



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN

ANALISIS JURIDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA,
SUS EFECTOS DENTRO DEL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y
PROPUESTA DE ADICION A LA LEGISLACION DE LA
MATERIA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ELIZABETH COLIN REYES

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA



MAYO. 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS

A Dios: por brindarme la oportunidad de realizar una de las más importantes metas de mi vida.

A mis padres: como testimonio de mi infinito aprecio y agradecimiento por toda una vida de esfuerzos y sacrificios, brindándome siempre su cariño y apoyo cuando más lo necesité especialmente a mi papá (q.e.p.d) que siempre permanecerá en mi mente y en mi corazón.

A mis hermanas Claudia y Diana: por brindarme su apoyo y su consejo en los momentos en que más las he necesitado, esperando que mis logros los hagan suyos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente a la F.E.S Acatlán: por permitirme ser parte de una generación más que egresa de sus aulas y poder contribuir con los conocimientos adquiridos al mejoramiento de nuestra sociedad.

A mi cuerpo de sínodos.

Al licenciado Jorge Dionisio Guzmán González: gracias por brindarme la oportunidad de formar parte de su equipo de trabajo y así poder incrementar día a día mis conocimientos dentro de esta carrera.

A los licenciados José Guadalupe Sánchez González y María de Jesús Galindo Ramírez: porque además de brindarme su amistad, atinadamente me han impulsado a seguir superándome y dar lo mejor de mí como ser humano y profesionalista.

A la licenciada Xenia Quintero Cano: alguien que sin duda es el motor que me impulsa a seguir adelante, gracias por transmitirme tus conocimientos, pero sobre todo, gracias por tu amistad, por tu sencillez y calidad humana.

A mis amigos: Ari Vázquez, Beto, Joel, Julia, Janet, Gisela, Nancy, Marisa, José y Eugenia, gracias por su amistad, y por permanecer incondicionalmente conmigo incondicionalmente en los momentos en que mas los he necesitado, este trabajo también se lo dedico con cariño a Marco Antonio Peralta, deseando que realice todas sus metas propuestas.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Elizabeth Colín Reyes

FECHA: 21-mayo 2004

FIRMA: Elizabeth Colín Reyes

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, SUS EFECTOS
DENTRO DEL CAMPO DEL DERECHO CIVIL Y PROPUESTA DE ADICIÓN A
LA LEGISLACIÓN DE LA MATERIA.**

INDICE

INTRODUCCIÓN _____ 1

CAPITULO 1. GENERALIDADES.

1.1 La Familia. _____ 3
1.1.2 Concepto _____ 5
1.1.3 Orígenes y Evolución Histórica. _____ 10
1.1.4 Fines y Funciones de la Familia. _____ 14
1.2 Parentesco. _____ 15
1.2.1 Concepto. _____ 16
1.2.2 Tipos de parentesco. _____ 18
1.2.3 Consecuencias Jurídicas del Parentesco. _____ 20
1.3 Filiación _____ 21
1.3.1 Concepto. _____ 22
1.3.2 Tipos _____ 25
1.3.3 Consecuencias Jurídicas de la Filiación. _____ 30

**CAPITULO 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. EL CASO DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA.**

2.1 Reproducción Humana. _____ 33
2.2 Gestación y Nacimiento. _____ 35
2.3 Inseminación Artificial. _____ 39
2.4 Inseminación Intrauterina. _____ 47
2.5 Inseminación Post mortem. _____ 48
2.6 Fecundación In Vitro y Transferencia de Pre-embiones. _____ 53
2.7 Maternidad Subrogada. _____ 58

**CAPITULO 3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO.**

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. _____ 63
3.2 Ley General de Salud. _____ 65
3.3 Código Civil Federal. _____ 68
3.4 Código Civil del Distrito Federal. _____ 70
3.5 Código Civil del Estado de Tabasco. _____ 76
3.6 Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado. _____ 81
3.6.1 Francia. _____ 82
3.6.2 Estados Unidos de Norteamérica. _____ 83
3.6.3 España. _____ 89

CAPITULO 4. PROPUESTA DE ADICIONAR LA MATERNIDAD SUBROGADA AL ACTUAL CODIGO CIVIL FEDERAL.

4.1	Laguna en la Ley en cuanto a Maternidad Subrogada.	94
4.2	Problemática jurídica que se presenta con relación a la Maternidad Subrogada.	95
4.3	La Filiación en torno a la figura de la Maternidad Subrogada.	100
4.4	Análisis del Contrato de Maternidad Subrogada.	104
4.5	Propuesta de adicionar la Maternidad Subrogada al actual Código Civil Federal.	116

CONCLUSIONES.		125
----------------------	--	-----

BIBLIOGRAFÍA.		128
----------------------	--	-----

INTRODUCCIÓN

El propósito de realizar el presente trabajo surge debido a que en nuestro entorno social el desarrollo de la ciencia no ha encontrado fronteras, es por ello que el orden ya establecido en lo social y lo jurídico, debe ser actualizado para no quedar atrás.

Anteriormente, el determinar la paternidad y la maternidad no contemplaba gran controversia jurídica, pero en nuestros días, con la aplicación de las técnicas artificiales de la reproducción, (en este caso, la maternidad subrogada), otras figuras jurídicas corren la misma suerte; de esta manera podemos hablar del derecho familiar, sucesorio, contratos, etc, donde al presentarse una controversia y debido a la falta de disposiciones aplicables, el Juez resolverá aplicando otras disposiciones creadas con otro fin, lo anterior se evitaría si existiera una regulación jurídica aplicable a los casos de reproducción asistida; por lo que urge la necesidad de legislar sobre la materia.

La ciencia del derecho debe abrirse a los cambios que se suscitan diariamente, pues ante todos estos cambios a los que la sociedad actual se enfrenta, es necesario que existan ordenamientos jurídicos actualizados; luego entonces, la problemática que en este trabajo se plantea, consiste en disponer de una regulación congruente, a fin de que se reglamente la problemática que conlleva el uso de las técnicas de reproducción asistida (caso concreto, la maternidad subrogada).

Por lo anterior en el presente trabajo, se expondrán los efectos que pueden darse con motivo de las innovaciones tecnológicas, ya que nuestro derecho debe avanzar a la par que los avances científicos y de esta manera, evitar el abuso en el empleo de los métodos de Reproducción Asistida.

Es así como mediante el método deductivo, se tratará de demostrar la importancia de regular la práctica de la Maternidad Subrogada, dando paso al avance de la biotecnología, a fin de permitir el desarrollo del principal núcleo de la sociedad en un ambiente de afecto y responsabilidad para lo cual la presente tesis

profesional de desarrollará de la siguiente manera: En el primer capítulo se estudiarán Instituciones del Derecho como son: Familia, filiación y parentesco; esto es, su concepto, evolución histórica y las consecuencias jurídicas de las figuras señaladas en segundo y tercer término.

Posteriormente, en el capítulo dos, se estudiarán las diferentes técnicas de reproducción asistida que actualmente se practican; dentro del capítulo tres, se analizará en primer lugar la regulación jurídica de la maternidad subrogada en México, para después abordar dicho tema en el derecho comparado (Francia, Estados Unidos y España), a fin de entender la necesidad de modificar nuestras normas como en aquellos países.

Finalmente, se plantea la propuesta de adicionar la maternidad subrogada al actual Código Civil Federal, que permita la práctica de esta figura, bajo condiciones que protejan tanto al producto de la concepción como al orden social y a sus instituciones.

A lo largo del presente trabajo, se manejarán varios supuestos que pueden darse en torno a esta controversial figura como son: de practicarse la maternidad subrogada se considerará madre del niño, a la gestante, la genética o la estéril que desea al hijo. Otra polémica que se estudiará es si la figura de la maternidad subrogada debe darse dentro del matrimonio o concubinato; o bien, cabe la posibilidad de que una mujer soltera recurra a este método.

Asimismo, se tratará la problemática acerca de la celebración de contratos para practicar esta figura, que aunque para muchos no son válidos y contravienen las disposiciones de nuestro derecho, de ser permitidos se evitaría la confusión de la figura maternal.

CAPITULO 1. GENERALIDADES.

CAPITULO 1. GENERALIDADES.

1.1 LA FAMILIA.

La familia como institución tiene una fuerte influencia de cultura, originalmente se constituía por exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, así como por una necesidad de orden económico de los pueblos cazadores y agricultores.¹

La familia en nuestros tiempos está constituida por el conjunto de personas que descienden unas de otras o que proceden de un tronco común, incluyendo a los cónyuges a los nietos, sobrinos. Sus fuentes son el matrimonio, el concubinato la filiación y la adopción.

En sentido estricto la familia puede estar conformada por los padres e hijos. Sin duda alguna, la familia ha sido y seguirá constituyendo la célula fundamental de la sociedad, es el núcleo primario y fundamental para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos para su crecimiento y desarrollo.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, a través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel que les corresponde, constituye un fenómeno social total con repercusiones en todos los órdenes, al ser el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra.

La familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetas a la misma autoridad: la del cabeza de familia.

¹ Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia, Ed. Porrúa, 1998. Pág. 227.

Resulta de ello que la familia no comprende más que al marido, a la mujer y a sus hijos sometidos a su autoridad; es decir, sus hijos menores, solteros y no emancipados, porque la autoridad paterna cesa con la mayoría de edad, el matrimonio y la emancipación del hijo.²

La familia es una institución social, los estudios históricos muestran que la estructura familiar ha sufrido pocos cambios a causa de la emigración a las ciudades y de la industrialización. El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aún sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas.

La única función que ha sobrevivido a todos los cambios es la de ser fuente de afecto y apoyo emocional para todos sus miembros, especialmente para los hijos.

Otras funciones que antes desempeñaba la familia rural (trabajo, educación, formación religiosa, actividades de recreo y socialización de los hijos) hoy son realizadas por instituciones especializadas; sin embargo, la familia todavía es la responsable de la socialización de los hijos, aunque en esta actividad los amigos y los medios de comunicación han asumido un papel muy importante.

La composición familiar ha cambiado de forma drástica a partir de la industrialización de la sociedad.

Algunos de estos cambios están relacionados con la modificación actual del rol de la mujer. En las sociedades más desarrolladas la mujer ya puede ingresar (o reingresar después de haber tenido hijos) en el mercado laboral en cualquier etapa de la vida familiar, por lo que se enfrenta a expectativas mayores de satisfacción personal a través del matrimonio y de la familia. En los últimos tiempos se ha desarrollado un considerable aumento de la tasa de

² Mazeaud, Jean Henry y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volúmen III, Buenos Aires Argentina 1976. Pág 7.

divorcios, que en parte se ha producido por las facilidades legales y la creciente incorporación de la mujer al trabajo.

El que los historiadores siempre se ocupen por hablar de la familia, tal vez se deba a que la actualidad está impregnada de los problemas de la vida privada, a que los derechos y los deberes del marido y de la mujer, así como su autoridad sobre los hijos, las posibilidades de divorcio, de la anticoncepción o del aborto se han convertido en asuntos de Estado.

Como en otros países, en México a la familia se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social.

Es verdad que el concepto de familia no carece de ambigüedad, tratemos pues de definirlo antes de abordar el estudio de las realidades familiares.

1.2 CONCEPTO

Los intentos de definir que es la familia han sido múltiples. En tal variación advertimos nítidamente las dificultades con que tropiezan los autores para encontrar una descripción que tenga la suficiente generalidad como para aprehender las notas características de este componente de la sociedad humana, calificada como célula social por excelencia.³

El vocablo familia, deriva de famel, palabra que en la lengua de los oscos, significa siervo, esclavo. Pero hay quienes los derivan de *famul*, raíz de *famulus* siervo, y en efecto parece cierto que en un principio la palabra familia significaba un cuerpo de esclavos pertenecientes al mismo patrón.

Es así que la *familia* es la comunidad de vida formada por un grupo conviviente que consta de padre, madre e hijos, o sólo de los dos primeros, que posibilita la realización plena de la sexualidad del hombre y de la mujer, con vocación de permanencia, generando un ámbito natural irremplazable en el que

³ Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II. Carlos A. R. Lagomarsino, Marcelo U. Salerno. Ed. Universidad, Buenos Aires 1992. Pág

se desenvuelve bajo la dirección de los padres, una insustituible formación educativa, calificada por una especial afectividad que no puede desarrollarse en otro ámbito respecto de quienes por el hecho biológico o por la adopción, mantienen o mantendrán eventualmente con ellos una relación filial.

Esta definición se refiere a la que llamamos familia natural, cuya amplitud admite en nuestro criterio no solo la llamada familia matrimonial o familia legal, en el sentido de que su constitución deriva del acto jurídico solemne que representa el matrimonio legal, sino también a la que tiene su origen en la formación de un núcleo conviviente no matrimonial, cuando ostenta la existencia de una vocación de permanencia, edificada en torno a dos personas de distinto sexo, que tienen aptitud nupcial entre sí, Llamamos a esta última familia extramatrimonial.

En un sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación o también, pero excepcionalmente por la adopción.⁴

Mazeaud, refiere que se ha definido a la familia como el conjunto de personas sometidas, a causa de sus vínculos de parentesco o de su cualidad de cónyuges, a una misma autoridad. La familia se ha modificado, pues, en la medida en que esta misma autoridad ha variado. Esa autoridad del cabeza de familia se ha extendido unas veces a una vasta colectividad, y ha implicado poderes que casi no conocían límites. En otras ocasiones, se ha debilitado. La evolución no ha sido en un solo sentido. Según los períodos la familia se presenta como una colectividad sólidamente organizada y de gran estabilidad, o como una agrupación en que la autoridad se ha relajado a favor de la independencia de cada uno de sus miembros, agrupamiento precario,

⁴ Planiol Marcel, Fernand. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Cajjga 1853-1931. Pág. 345.

amenazado siempre de anticipada disolución. Hay que reconocer que, vista en su conjunto, la evolución revela una debilitación de la familia.⁵

Entre los varios conceptos que definen la familia, encontramos los siguientes:

Chávez Asencio, señala que la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco.⁶

Rojina Villegas, estima que la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además de manera excepcional el parentesco por adopción.⁷

En opinión de Galindo Garfias, la familia es el conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).⁸

Para el Maestro Antonio de Ibarrola la familia es la unidad básica de toda la sociedad y se ha basado en el matrimonio que es una institución jurídica; la primera y más importante de las instituciones jurídicas privadas, su antigüedad y su importancia en la historia humana, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales.⁹

⁵ Mazeaud, Jean Henry y León Op cit. Pág 28.

⁶ Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 2000. pág 246.

⁷ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia. 27ª edición, Ed Porrúa 2001. pág. 120.

⁸ Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso (Parte General, Personas, Familia). Editorial Porrúa, 19ª edición, México 2000. pág 413.

⁹ Ibarrola de, Antonio. Derecho de Familia, Ed Porrúa, 4ª edición, México 1996. pág. 11.

Observamos una gran cantidad de conceptos de familia; sin embargo, la mayoría de los autores citados coinciden en definir a la familia desde dos aspectos: uno en sentido amplio y otro en sentido estricto, en el primero se incluyen al padre, madre e hijos y el segundo abarca además a los parientes cercanos.

Desde mi punto de vista, la familia se deriva del vínculo consanguíneo o del parentesco que existe entre las personas que la forman, por lo que nos encontramos con un problema, ya que con la aplicación de los métodos de reproducción asistida se quebranta dicho concepto y ocasiona conflictos en lo que a filiación se refiere, por ello es necesario reformar los artículos que se relacionan con la familia atendiendo a los avances de la ciencia, debido a que en nuestra vigente legislación sustantiva no existe protección para el que nace bajo la técnica de la maternidad subrogada.

Por otro lado, cuando se habla de la naturaleza jurídica de la familia, la mayoría de los autores la consideran únicamente originada por el matrimonio, por lo que Chávez Asencio, refiere que *respecto a la naturaleza jurídica de la familia no hay criterios uniformes para determinarla, y por eso se ha estudiado desde el punto de vista de considerarla como un organismo jurídico, como una institución y en base a su personalidad jurídica.*¹⁰

En cuanto a su personalidad jurídica, hay varios criterios, unos afirman que la familia es una persona moral, con derechos y obligaciones, otros sostienen que no suele tener personalidad jurídica, pues a ella en sí no se le atribuyen derechos y obligaciones sino que estos van referidos a los miembros, por lo que en ese sentido en nuestro Derecho, la familia no es considerada como persona moral, es un hecho social, pero sin personalidad jurídica.

Como organismo jurídico se refiere a que la familia como conjunto orgánico se atribuye a cada miembro una actividad distinta y especial que

¹⁰ Chávez Asencio Manuel F. Op cita pág 236.

origina entre ellos vínculos recíprocos de interdependencia y subordinación a un fin común, que se traduce en los intereses familiares.

Sin embargo, gran parte de la doctrina la considera como Institución, en virtud de que en ella podemos observar la unión regular y permanente de personas que se desenvuelven dentro de una sociedad, teniendo como idea la procreación y educación de los hijos.

Por otra parte, tenemos que Marcel Planiol, señala que las fuentes constitutivas de la familia son tres; el matrimonio, la filiación y la adopción. Los diferentes estados que una persona puede tener en la familia son igualmente tres: los miembros de una misma familia son esposos, parientes por consanguinidad o parientes por afinidad. Pero estos tres estados diferentes no responden respectivamente a los tres hechos constitutivos de la familia: el matrimonio crea el estado de esposos; la filiación y la adopción crean el parentesco pues el parentesco adoptivo es una institución formada a imitación del parentesco natural. En cuanto al parentesco por afinidad es una combinación de los efectos del matrimonio y del parentesco por consanguinidad.¹¹

Podemos señalar tres conjuntos de fuentes:

1.- Las que implican a la unión de sexos, como del matrimonio y el concubinato.

2.- Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.

3.- Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

¹¹ Planiol Marcel, Fernand. Op cit. Pág 347.

Una vez estudiadas las diversas definiciones de Familia, podemos concluir que la familia es un grupo de personas que se encuentran ligadas por vínculos consanguíneos o jurídicos y se constituye principalmente por el matrimonio aunque no es su única fuente y da origen a derechos y obligaciones entre los miembros que la conforman; asimismo, constituye un factor fundamental en la vida social, como comunidad es el primer grupo de la organización social y a nivel individual contribuye a la formación y desarrollo de valores entre sus miembros.

1.1.3 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTORICA.

Existen diversidad de estudiosos sobre el origen de la familia, sin embargo en mi opinión personal la obra titulada El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, desarrollada por Federico Engels, tomando como punto de arranque los estudios de Henry Lewis Morgan, menciona los diferentes estados de la familia en sus orígenes. En primer lugar nos habla del salvajismo que subdivide en tres periodos: Inferior, en donde el hombre vive en los bosques, en los árboles, se alimenta de raíces y frutos; en el medio, se alimenta de pescado y usa el fuego y piedras como instrumentos; en el superior aparece el arco y la flecha y la cacería se convierte en ocupación ordinaria, el hombre empieza a ser sedentario. En segundo lugar se habla de la barbarie que se subdivide en tres periodos; el inferior en el que se empieza a introducir la alfarería. Se caracteriza por la domesticación, cría de animales y el cultivo de plantas. En el medio principia la domesticación de animales para el suministro de leche, carne y el cultivo de praderas. Aprenden a labrar metales. Domesticación de animales, forman rebaños. El estadio superior principia con la fundición del mineral de hierro. Aparece el arado de hierro tirado por animales domésticos, aparece la agricultura. En tercer lugar nos habla de la civilización en donde aparece la

industria y manifestaciones artísticas. Se perfeccionan los sistemas agrícolas y se reafirma el inicio de la civilización.¹²

Familia consanguínea. En el comienzo de la humanidad, existió un estado primitivo de comercio sexual sin trabas. El vínculo de hermano y hermana lleva aparejado, inevitablemente la relación sexual, sólo los ascendientes y los descendientes quedan excluidos entre sí de las obligaciones matrimoniales. El proceso de selección comenzó prohibiendo las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas uterinos, es decir, provenientes de la misma madre y concluyó llegando a vedar el matrimonio entre hermanos vínculo que según los cálculos de aquel entonces se extendía no sólo a los medios hermanos sino también a los primos en primer y segundo grado.

Familia punalúa.

Estaba organizada de la siguiente manera: un determinado número de hermanas formaba un grupo de mujeres comunes, quedando excluidos los hermanos de ellas o un determinado número de hermanos compartían en matrimonio común a cierto número de mujeres, del que se excluía a sus hermanos. Los hombres que formaban el conjunto compartido sexualmente por los hermanos o hermanas, se llamaban entre sí punalúa, que significaba compañero íntimo. Nunca se sabía quién era el padre, pero siempre se sabía a ciencia cierta quien era la madre.

Familia sindiásmca.

Bajo el régimen del matrimonio por grupos, comenzó ya a manifestarse una discriminación consistente en el aislamiento de parejas conyugales que mantenían un vínculo único durante un tiempo más o menos largo. Con el correr del tiempo fueron cada vez más numerosos los grupos de hermanos y hermanas entre los cuales estaba prohibido el matrimonio, y con esta creciente complicación de las prohibiciones sexuales se fueron tornando imposibles las uniones por grupos, que fueron sustituidas por la familia sindiásmca. En este

¹² Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, Ediciones Quinto Sol. 2002. Pág.

grupo de familia, el hombre vive temporalmente con una sola mujer, pero conservando su derecho a la poligamia; en cambio, mientras dura la vida en común, la mujer está obligada a conservar la más estricta fidelidad, so pena de espantosos castigos. El vínculo conyugal así creado era frágil y efímero y podía disolverse por voluntad de cualquiera de las partes; en ese caso, los hijos quedaban únicamente a cargo de la madre.

En este tipo de matrimonio, se sigue excluyendo a los parientes consanguíneos, luego a los parientes más cercanos y finalmente a los más lejanos hasta que se hizo prácticamente imposible todo tipo de matrimonio por grupos. Como consecuencia última quedó únicamente la pareja, cuyo vínculo carió paulatinamente hasta llegar a las formas actuales del matrimonio. Este proceso evolutivo hizo que los hombres comenzaran a notar la escasez de mujeres, imponiéndose la necesidad de conquistarlas o conseguirlas. Con el matrimonio sindiásmico comienzan a llevarse a la práctica la compra el rapto de la compañera. La primera se manifiesta en ciertas tribus de indios norteamericanos, en forma de un negocio liso y llano, mientras que en otras se rodea de un aura de gentileza, en forma de regalos que el futuro esposo hace a los padres o parientes de su prometida. El tránsito de la comunidad sexual al matrimonio sindiásmico, se hizo gracias al esfuerzo femenino, ya que la mujer luchó en diversas formas para conquistar el derecho de pertenecer a un solo hombre.

El matrimonio sindiásmico había dado visos de verosimilitud a la determinación de la paternidad, ya que normalmente, la mujer pertenecía a un solo hombre. Junto a la evolución sexual se produjo la económica, ya que correspondía al hombre procurar la alimentación y los instrumentos de trabajo necesarios para ello; consecuentemente era, por derecho el propietario de dichos instrumentos y en caso de separación se los llevaba consigo de igual manera, que la mujer conservaba los enseres domésticos. Por tanto, según las costumbres de aquella sociedad, el hombre era igualmente propietario del

nuevo manantial de alimentación, el ganado y más delante de un nuevo instrumento de trabajo, el esclavo.

Familia monogámica.

Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia de la sindiásmica por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo unilateral de cualquiera de las partes.

Este tipo de familia, en sus orígenes permitía que el hombre rompiera con el lazo conyugal y repudiara a su mujer, se le otorgaba el derecho de infidelidad conyugal, sancionado al menos, por la costumbre.

Época moderna y contemporánea.

Las uniones transitorias que vincularon a la pareja en el comienzo de los tiempos, fueron perfeccionándose hasta convertir los impulsos en sentimientos, que poco a poco transformaron el vínculo en una unión sólida de ayuda recíproca. La segunda etapa de la evolución le dio una mayor trascendencia al aspecto económico. El grupo se bastaba por sí mismo, vendiendo sus excedentes.

En las organizaciones modernas la convivencia determina la necesidad de un patrimonio común, integrado por el aporte de cada uno de los miembros para subvenir a las necesidades de todos.

Se agrega la sucesión legítima en prácticamente todos los países. El *homestead* o patrimonio familiar esta incorporado a la mayoría de las legislaciones.

En la época contemporánea la mujer llega a una igualdad jurídica, prácticamente en todos los renglones, esta igualdad se manifiesta en: el ejercicio de la patria potestad, derecho hereditario, derecho de propiedad, celebración de contratos, derechos laborales, práctica del comercio, etc.

Morgan fue el primero que con conocimiento de causa trató de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad, y su clasificación permanecerá en vigor hasta que una riqueza de datos mucho más considerable no obligue a modificarla.

1.1.4 FINES Y FUNCIONES DE LA FAMILIA.

En sus inicios, la familia tenía a su cargo múltiples y variadas responsabilidades respecto de sus miembros, los cuales tenía que enfrentar por sí misma sin ningún apoyo, actualmente varias de esas funciones se han transferido a diversas instancias sin que haya desatendido dichas funciones, sino que colabora en el logro de estas.

Si bien, como refiere Galindo Garfias Ignacio, la institución del grupo familiar tiene un origen biogénético que se prolonga en la protección y crianza de la prole, no debe olvidarse que aún en los grupos domésticos primitivos, la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar, que se resumen en la procreación y en la supervivencia de la especie.¹³

Antonio Cicu, citado por Ignacio Galindo Garfias señala que *de la familia ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana.*

Para Chávez Ascencio la familia tiene una triple finalidad que consiste en formar personas, educarlas en la fe y participar a través de sus miembros y como grupo familiar en el desarrollo integral de la sociedad, los dos primeros se refieren a las relaciones de los miembros de la familia y el tercero a su participación en la comunidad.

Los fines y funciones de la familia han evolucionado, debido a la transformación, avance y cambio de la sociedad dentro de la cual se encuentra inmersa.

¹³ Galindo Garfias Ignacio. Op cit. pág 424.

El aspecto de formar personas le corresponde por naturaleza a la familia, y ésta lo conserva como fin propio. La familia es la escuela del más rico humanismo, la situación actual de nuestra sociedad, nos hace ver la urgencia de que la familia cumpla su cometido de formar personas integralmente, de ésta manera, en la medida en que los hijos participan en la vida familiar, éstos van aportando sus elementos a esas relaciones interpersonales, haciendo más rica la relación formadora de personas. La formación personal comprende a toda persona, en lo físico y en lo espiritual. La educación debe ser integral, personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla.¹⁴

La familia constituye el lugar natural y el instrumento más eficaz de humanización y de personalización de la sociedad; colabora de una manera especial y profunda en la construcción del mundo.

Por lo anterior, es indudable que los fines familiares son supraindividuales, sin embargo, la familia está integrada por personas, y debe haber equilibrio entre los fines de sus miembros y los fines de la familia como institución natural.

Encontramos que los fines familiares son de dos órdenes, unos se refieren a los miembros de la familia y otros a la institución familiar, ambos aspectos están íntimamente unidos, es un conjunto armónico, porque al desarrollarse la familia se desarrollan sus integrantes.

En relación a los miembros, la familia busca formarlos como personas y educarlas, como institución natural debe tener un fin que se concreta en participar como núcleo en el desarrollo integral de la sociedad.

1.2 EL PARENTESCO.

En un plano social el parentesco se confunde con la familia concebida en sentido amplio; generalmente produce vínculos afectivos y a veces impone un comportamiento moral que se hace mas o menos imperioso, según el grado de

¹⁴ Ibid.

intercomunicación existente. La distancia del tronco común ha acuñado las expresiones "parientes próximos" y "parientes lejanos".

En sentido restringido, la palabra parentesco denota un lazo entre personas, determinado por reglas sociales o leyes biológicas y con mayor precisión se dice que expresa la relación existente entre personas que descienden unas de otras o que tienen un ascendente común y también la que se da entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, surgen así los parentescos por consanguinidad y por afinidad.

En el Derecho Romano se admitían dos conceptos distintos; la agnatio, que comprendía a todas las personas sometidas a la autoridad del jefe del grupo familiar; y la cognatio, basada en lazos de sangre y que muy tardíamente adquiere primacía en la organización familiar.

Hay que aclarar que el parentesco no debe confundirse con el estado civil de las personas, ya que éste tiene dos vertientes en cuanto relación interpersonal basada en vínculos familiares en cuanto a situación o modo de estar el individuo en la sociedad, contemplado y significado por el Derecho.

1.2.1 CONCEPTO

El parentesco expresa la relación existente entre personas que descienden unas de otras, o que tienen un ascendente común y también la que se da entre un cónyuge y los consanguíneos del otro.¹⁵

Para Ricardo Sánchez Marquéz es la relación jurídica que se da entre los ascendientes o progenitores y sus descendientes, entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, o entre los adoptantes y el adoptado, es lo que se denomina parentesco. Las personas físicas que se encuentran

¹⁵ Nueva Enciclopedia Jurídica. Carlos E. Mascareñas. Tomo XVIII. Barcelona, Ed. Francisco Seix, 1986. Pág 877.

vinculadas con esa relación son entre sí, parientes; asimismo, vincula a los miembros de la familia y limita el círculo del grupo familiar.¹⁶

El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo; o bien, que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular, llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.¹⁷

Para el maestro Antonio de Ibarrola es el lazo existente entre personas que proceden una de otra, o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía de los anteriores; lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre.¹⁸

Para Planiol, citado por el jurista Antonio de Ibarrola el parentesco constituye la relación que existe entre dos personas, de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un tronco común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real que es un hecho natural, y que deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio que se establece por un contrato particular llamado adopción.

Galindo Garfias considera que el parentesco es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado.

Es así como una vez analizados los conceptos anteriores, se advierte que al parentesco se le considera como una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de

¹⁶ Sánchez Márquez Ricardo. Op cit. Pág 247.

¹⁷ Planiol Marcel, Fernand. Op cit. Pág 347

¹⁸ Ibarrola de, Antonio, Op cit. pág 11.

la adopción para originar de manera constante un conjunto de derechos y obligaciones.

Así las cosas, a título personal, considero que el parentesco es el vínculo jurídico que se establece entre las personas por razones consanguíneas, de afinidad o adopción originando derechos y obligaciones.

1.2.2 TIPOS DE PARENTESCO.

De manera principal, se puede decir que el parentesco se deriva de los lazos de sangre, por constituir el parentesco consanguíneo la forma más integradora de la familia.

El matrimonio y el concubinato, son dos de los supuestos para establecer la filiación y por ende constituir la familia consanguínea.

Con el matrimonio nace el parentesco por afinidad y del parentesco consanguíneo surge la filiación legítima –matrimonio- o de la filiación habida fuera de matrimonio –concubinato-.

La adopción es el presupuesto para el parentesco civil o por adopción, entre adoptante y adoptado.

El Código Civil Federal, en su artículo 292 reconoce tres clases de parentesco: **CONSANGUÍNEO, AFINIDAD Y CIVIL.**

1.- El **consanguíneo**, que se establece entre personas que descienden de un tronco común, también se da en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan; en el caso de la adopción se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquél como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. (art. 293 C.C D.F)

2.- El de **afinidad**, que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos. (art. 294 C.C. D.F).

3.- El **civil**, es el que nace de la adopción (art. 295. C.C D.F).

LINEAS Y GRADOS.-

El parentesco como institución jurídica está organizado en líneas y grados, cada generación forma un grado y la serie de grados constituyen una línea de parentesco. La determinación precisa de estos grados y líneas es importante en materia de sucesiones, tutela legítima y alimentos.¹⁹

La línea es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común. (art. 297 C.C. D.F).

De acuerdo con el artículo 298 del C.C D.F La línea recta es ascendente o descendente:

- I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; y
- II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas excluyendo al progenitor. (art. 299 C.C. D.F).

En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. (art. 300 C.C. D.F.).

¹⁹ Planiol Marcel, Fernand. Op cit Pág 348.

Ahora bien, para contar los grados de parentesco existen dos formas que son las siguientes:

1.- Se cuenta el número de personas que forman la línea y se suprime al progenitor común.

2.- Se consideran las generaciones que separan a un pariente de otro u otros. Así entre padre e hijo hay una generación; por lo tanto el grado de parentesco entre ellos es el primero. Por su parte, entre el abuelo y el nieto hay dos generaciones: son parientes en segundo grado.

Para contar el parentesco en línea transversal o colateral, se inicia por el extremo de una de ellas, se sube hasta el progenitor común, y se baja hasta el otro pariente por la línea correspondiente. De tal manera que entre dos hermanos el grado de parentesco es el segundo, pues hay tres personas en la línea.

1.2.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PARENTESCO.

Antes de abordar este tema, considero oportuno mencionar que de los autores consultados, desde mi particular punto de vista, Antonio de Ibarrola, es quien de una manera clara y sintetizada expone lo referente a efectos del parentesco, así encontramos que: Otorga derechos, crea obligaciones, pero también entraña incapacidades²⁰, como a continuación se explica:

DERECHOS:

- a) Tienen derecho a suceder.
- b) Diversos derechos son concedidos por la ley a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos en virtud de la patria potestad.
- c) También tienen los padres, cuando se hallan necesitados, derecho a obtener alimentos.

²⁰ Antonio de Ibarrola. Op cit págs 123 y 124.

OBLIGACIONES:

Los padres tienen la obligación de educar a sus hijos dándoles alimentos impartiendoles vigilancia y educación.

a) Existe por parte de los descendientes un deber de respeto y veneración hacia sus ascendientes.

b) Los padres tienen la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos en términos de ley.

c) Tienen los parientes la obligación de alimentar a otros más necesitados y la de desempeñar el cargo de tutor, en su caso, de otro pariente durante su menor edad o mientras dure el estado de interdicción.

INCAPACIDADES:

La más grave de todas es la que imposibilita a un pariente a casarse con otro que lo es en grado próximo.

EXTENSIÓN DEL PARENTESCO:

Los efectos del parentesco no se producen con el mismo rigor, hay que tomar en cuenta, la proximidad de grado: a medida que el parentesco se aleja, el número de efectos disminuye.

1.3 FILIACIÓN

El tema que nos ocupa, resulta ser, sin duda, uno de los que más modificaciones ha sufrido a través del tiempo; ello ha ocurrido no sólo por las variaciones de los comportamientos sociales que produjeron cambios legislativos, sino también por la evolución de la ciencia, que posibilitó medios de prueba más fehacientes para determinar el vínculo biológico.

También es necesario agregar que los avances médico-genéticos están provocando una verdadera revolución en materias que durante siglos habían

permanecido inalteradas, así axiomas que parecían inamovibles hoy se encuentran en plena revisión.

Se ha dicho desde el Derecho Romano que la madre siempre es cierta porque lo es aquella mujer que da a luz un hijo; sin embargo, hoy ya no es posible ser tan categórico en esta afirmación, desde el momento en que puede haber una madre genética una madre biológica y una legal.

Lo mismo puede ocurrir con el padre, ya que el aportador del semen puede no ser el marido de la madre. La regla romana, según la cual padre es el que demuestra las nupcias con la madre está sujeta a una imprescindible revisión.

En un futuro no muy lejano resultará imprescindible repensar dichos conceptos para adaptarlos a esta nueva realidad que ha conmocionado las premisas tradicionales.

1.3.1 CONCEPTO

Filiación es el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró.²¹

Cuando se alude a la filiación de una persona se está haciendo referencia a que ésta es el centro de imputación de diversos derechos y deberes. El acento está puesto en el hijo (de ahí deriva el nombre de filiación), y no en los padres, ya que lo que está en juego es la ubicación de este hijo en su relación con aquéllos.

Este vínculo filial existe entre una persona y un hombre que será su padre y una mujer que será su madre.

Algunas definiciones de filiación aluden a que se trataría del vínculo de una persona con sus ascendientes sin tomar en cuenta que este término involucra a todos los antecesores de la persona y que el vínculo filial se limita al hijo, padre y madre.

²¹ Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II. Ibidem Pág 361.

Para el autor Ricardo Sánchez Márquez la filiación equivale a procedencia de los hijos respecto de los padres, tiene en el derecho dos connotaciones, una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado y en un sentido estricto es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, dando como consecuencia un conjunto de derechos y obligaciones que se crean entre el padre y el hijo. Filiación y paternidad son términos que expresan calidades correlativas; esto es, aquella la calidad de hijo y ésta la calidad de padre. Relación que une a los padres con los hijos.²²

El artículo 338 del C.C D.F establece que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

El autor Rojina Villegas, considera que la filiación en sentido amplio, comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras; y en sentido estricto, es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, aquí encontramos a la filiación legítima como la natural. Desde el punto de vista jurídico es aquella especial situación en que se encuentra una persona dentro del grupo de la familia como hijo de otra.²³

Antonio de Ibarrola señala que filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado.²⁴ Añadiendo que se debe considerar a la filiación como hecho natural y como hecho jurídico: Como hecho natural la filiación existe en todos los individuos, ya que siempre se es hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente, el derecho necesita asegurarse de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación.

²² Sánchez Márquez Ricardo. Op cit. Pág 419.

²³ Rojina Villegas, Rafael. Op cit. Pág 591.

²⁴ Ibarrola de, Antonio, Op cit. pág. 380.

Para Planiol, citado por el Maestro Ibarrola, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.

Ignacio Galindo Garfias, expone que la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.²⁵

Para Alicia Elena Pérez Duarte es la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija.²⁶ Refiere que a través de esta institución del derecho de familia se pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio; sin embargo, no agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción.

Finalmente, Chávez Asencio Manuel, refiere que la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada.²⁷

De acuerdo con los conceptos estudiados en este apartado, podemos definir a la filiación como la relación jurídica que se da entre padres e hijos y produce consecuencias jurídicas y se diferencia de la maternidad y paternidad en atención a que estas hacen referencia a los padres y madres y la filiación a los hijos, además de que dicha figura pretende regular el nacimiento de los hijos tanto dentro como fuera del matrimonio, incluso se extiende a personas extrañas, como en el caso de la adopción.

Cabe señalar, que los principios básicos de la filiación como son: que la maternidad siempre es cierta; que el marido de la madre es el padre de los hijos y a cada hijo sólo se le puede atribuir un padre y una madre, actualmente resultan obsoletos, debido a los adelantos científicos que existen en las técnicas

²⁵ Galindo Garfias Ignacio. Op cit. pág. 605.

²⁶ Pérez Duarte y Noroña, Alicia, Derecho de Familia, Ed. Mac Graw Hill/Interamericana 1998. pág. 55.

²⁷ Chávez Asencio Manuel. Op. cit. pág 2.

de reproducción artificial, que han roto con esos esquemas, por lo que al ser la filiación una Institución de suma importancia, debe ser revisada para realizar las respectivas reformas e incluir la figura de la reproducción asistida.

1.3.2 TIPOS DE FILIACIÓN.

La mayoría de los autores clasifican a la filiación en consanguínea o biológica y artificial o institucional como en el caso de la adopción. A la primera a su vez se le subdivide en matrimonial o extramatrimonial, según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trata, o por el contrario, que los ascendientes no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

En nuestro derecho la filiación se clasifica en matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, según que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trata.

Para Rojina Villegas, la filiación matrimonial es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres; es decir, un hijo es legítimo cuando ha sido engendrado por un hombre y una mujer casados válidamente.

En nuestro derecho, el hijo nacido después de la celebración del matrimonio es legítimo aunque haya sido engendrado antes del matrimonio por el varón que después se casa con su madre.

El Código Civil para el D.F en su artículo 324 tras la reforma del 25 de mayo de 2000 dispone:

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

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga 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 nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Con motivo de la reforma citada con antelación, el capítulo III del título Séptimo "Paternidad y Filiación" fue derogado totalmente, sin embargo por cuestiones del tema, haremos breves comentarios a lo que preceptuaba.

Dentro de la filiación legitimada, la conceptuaba como la situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad.

La legitimación era un beneficio por el que se confería el carácter de hijo legítimo con todas sus consecuencias a los hijos nacidos fuera de matrimonio, este beneficio trataba de favorecer a los padres e hijos.

El Código civil en su artículo 354 disponía que "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos antes de su celebración" y en el artículo 355 "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben de reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente", por lo tanto en cuanto atribuía la calidad de hijo la legitimación no tenía una función constitutiva, pues la misma confiere al hijo un status que antes ya tenía y por ello no tenía eficacia plena.

Los requisitos para que un hijo fuera legitimado estaban contemplados dentro de los artículos 354 al 359 y eran los siguientes:

- a) Que el hijo hubiera nacido antes de la celebración del matrimonio de sus progenitores.
- b) Que los progenitores del hijo hubieran contraído nupcias con posterioridad al nacimiento de este.

c) Que ambos padres reconocieran expresamente al hijo antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, junta o separadamente.

Sin embargo, el legislador pudo advertir que los hijos cualquiera que sea la situación jurídica de sus padres, no necesitan ser legitimados por estos, los hijos son legítimos cualquiera que sea el status jurídico de los padres.

La filiación extramatrimonial es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio, Rojina Villegas señala que las formas de filiación extramatrimonial son: la simple, la adulterina y la incestuosa; empero, en el vigente C.C.D.F se ha borrado hasta donde le fue posible al legislador esta clasificación, incluso era molesta para la doctrina o la jurisprudencia, pues no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen.

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

La filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio, en esta filiación los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre, en el momento de su nacimiento.

El artículo 326 del C.C. D.F señala que: El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta 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 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.

PLAZOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

Para conocer lo relativo a este tema considero pertinente mencionar los artículos del C.C. D.F que hacen referencia a dichos plazos y son los siguientes:

El ordinal 329 del C.C. D.F dispone que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código; en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

El vigente Código Civil Federal, en su artículo 330 respecto a los plazos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, establece que:

En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

Por su parte, el artículo 331 establece que si el cónyuge varón está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en el plazo señalado en el artículo anterior, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

El artículo 332 refiere que cuando el cónyuge varón habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, los herederos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre.

Finalmente, en el artículo 333, encontramos que los herederos del cónyuge varón, excepto en los casos previstos en el artículo anterior, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda. En los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con el acta de nacimiento del hijo unida a la identidad del presunto hijo con

aquél a que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentales.

Si el hijo no está en aptitud de presentar su acta de nacimiento:

A falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas se probará la filiación, con la posesión constante de estado de hijo, Mazeaud, citado por Chávez Asencio, la define como una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer.²⁸

Hay conformidad de los jurisconsultos en que para que se de la posesión de estado de hijo se requieren tres elementos:

1) Nombre.-

Se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

2) Trato.-

Se refiere al del padre en relación con el hijo, ya sea que lo haya alimentado o vivan juntos en familia y haya previsto su educación.

3) Fama.-

Es el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial si además concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.

2.- Que el padre lo haya tratado como a un hijo nacido de su matrimonio proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

3.- Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361 C.C.F más la edad del hijo que va a ser reconocido.

De lo anterior se desprende que la posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere de ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, y al respecto el artículo 341 del C.C. DF incluye aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen, sólo que la prueba testimonial

²⁸ Ibidem Pág 89.

no es admisible si no va acompañada de prueba escrita o indicios o presunciones que la complementen, a efecto de evitar una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del juez se consideren bastantes graves.

Ahora bien, cabe precisar que para probar la filiación legítima y para reclamar el estado de hijo legítimo, es necesaria tanto el acta de nacimiento como la de matrimonio de los padres, a falta de actas, o si estas fueren defectuosas incompletas o falsas se pruebe con la posesión de hijo nacido de matrimonio y que la falta de esa posesión se acredite con los medios ordinarios de prueba incluso por testigos; pero no serán admisibles si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones graves que relacionados con la prueba testimonial, puedan llevar al juez a una convicción respecto a la filiación legítima, el medio idóneo es, a falta de actas, el relativo a la posesión de estado.

1.3.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN

Las consecuencias son las mismas independientemente de que sea filiación matrimonial o extramatrimonial, pues la consecuencia directa del reconocimiento efectuado por los padres en la filiación extramatrimonial consiste en crear el lazo de filiación entre progenitor e hijo, como si se tratara de un hijo habido en matrimonio con los derechos y obligaciones inherentes a esta relación como lo expone el artículo 389 C.C. D.F y estas consisten en: el derecho de usar los apellidos del que lo reconozca, el ser alimentado; el derecho a heredar que como a cualquier pariente consanguíneo le correspondería en la sucesión intestada o legítima.

APELLIDOS: Consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, lo cual se deriva de la obligación que tienen los padres,

respecto de sus hijos, de darles su apellido para integrar el patronímico de sus descendientes.

ALIMENTOS. Es la obligación recíproca de dar alimentos, incumbe a los padres e hijo cumplir con tal obligación.

SUCESIÓN LEGÍTIMA: Los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria que les corresponde.

Al ser la filiación una forma de parentesco, las prohibiciones a que da lugar son las mismas.

**CAPITULO 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA. EL CASO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA.**

CAPITULO 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Antes de iniciar el presente capítulo, debemos aclarar que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico científicas que la hacen posible.

La reproducción humana asistida soluciona supuestos de infertilidad atribuidos tanto al hombre como a la mujer; como ejemplo mencionamos: transferencia de óvulos y espermatozoides a las trompas de Falopio, donde se produce la fertilización; transferencia de embriones u óvulos fecundados a las trompas de Falopio o transferencia intratubaria del cigoto.

La posibilidad de fertilizar el óvulo fuera del cuerpo humano permite transferir el embrión a una mujer distinta de la que proveyó el gameto, así como también utilizar el espermatozoide de donante, por lo tanto se resuelve el problema cuando el hombre y la mujer tienen algún tipo de dificultad para lograr que el espermatozoide fecunde el óvulo.

Otro supuesto es aquel en el que la mujer fértil no quiera o no pueda llevar adelante el embarazo, en cuyo caso es necesario recurrir a una tercera que gestará por ella, lo que se denomina *maternidad subrogada*, tema central del presente trabajo que analizaremos más adelante.

Cabe resaltar que la aplicación de estas técnicas desde su inicio, tuvieron como objetivo remediar la infertilidad de la pareja; no obstante, se ha recurrido a ellas como un medio alternativo de fecundación; en este supuesto la existencia de pareja no es un requisito ineludible. Ello acontece cuando la mujer no desea mantener una relación sexual, pero sí quiere tener un hijo; si se trata del hombre, deberá requerir no sólo material genético de donante, sino también un "vientre gestante". Es objeto de debate si la ley debe limitar la aplicación de las técnicas a parejas o si podrán recurrir a ellas las personas individualmente.

Del examen de la doctrina nacional y extranjera se observa una acentuada tendencia a favor de reservar el uso de estas técnicas para solucionar la esterilidad o infertilidad de parejas.

Como consecuencia de lo anotado anteriormente, resulta que los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos ponen ante situaciones que se proyectan a lo jurídico, puesto que los avances técnicos en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina, denotan que no siempre se encuentre respuestas específicas en la legislación vigente.

2.1 REPRODUCCIÓN HUMANA

La reproducción humana consiste en el mecanismo para la conservación de la especie, comienza con la fusión de una célula femenina preexistente llamada óvulo y una célula masculina denominada espermatozoide. Esta unión crea una célula única, la cual se divide y subdivide repetidamente, hasta formar toda la estructura multicelular que constituye el cuerpo humano.

Según el Diccionario Enciclopédico de términos médicos la reproducción humana es el proceso de reproducción sexual, donde los varones producen espermatozoides y las mujeres óvulos, éstos gametos contienen sólo la mitad del número normal de cromosomas, de modo que la fecundación de la célula resultante posee la dotación genética correcta.²⁹

La reproducción también es el mecanismo para la transmisión del material genético de una generación a otras para la supervivencia de la especie.

Los órganos que integran los aparatos masculino y femenino se pueden agrupar de acuerdo a sus funciones.

Los testículos y los ovarios, a los que también se les denomina gónadas, tiene a su cargo la producción de los gametos que son los espermatozoides y los óvulos; asimismo, llevan a cabo la secreción de hormonas, los conductos

²⁹ Diccionario Enciclopédico University de Términos Médicos Ed. Interamericana, México, Enciclopedia Médica, 4º edición, 1997. Pág 420.

reciben, transportan y almacenan a los gametos y las glándulas accesorias producen los materiales necesarios para el sostén de las mismas.

El aparato reproductor masculino está formado por dos glándulas que reciben el nombre de testículos que se comunican a través de los conductos deferentes a un reservorio llamado vesícula seminal que a su vez se comunica por los conductos eyaculadores con la uretra.³⁰

Los testículos son dos glándulas mixtas que producen espermatozoides y testosterona, hormona que regula el desarrollo, crecimiento, la conservación de los órganos sexuales, la conducta sexual, la aparición de los caracteres sexuales y la maduración de los espermatozoides.

El aparato reproductor femenino incluye los ovarios, en los que se forman los óvulos; las trompas uterinas que transportan los óvulos al útero; la vagina y los órganos exteriores que constituyen la vulva o pudendo.³¹

Los ovarios son dos cuerpos ovoides del tamaño de una almendra, situados en la parte superior de la cavidad pélvica, a cada lado del útero. Producen óvulos maduros que expulsa en las trompas uterinas. A éste fenómeno se le denomina ovulación y secretan las hormonas llamadas estrógenos y progesterona.

Los estrógenos son las hormonas del crecimiento e intervienen en el desarrollo y conservación de los caracteres sexuales secundarios y en el recubrimiento para la anidación del óvulo.

La progesterona es la hormona de la maduración, participa con los estrógenos en la preparación del útero para la implantación y con la glándula mamaria para la secreción de leche.

Las trompas uterinas (o de Falopia) son dos, transportan óvulos desde el útero, miden unos diez centímetros de longitud, poseen un extremo abierto denominado infundíbulo que se sitúa cerca del ovario y no está unido a él,

³⁰ Sánchez Torres, Fernando. Ciencia y Reproducción Humana. Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1991. Pág 80.

³¹ Ibidem. Pág 86.

rodeado de un conjunto de prolongaciones denominadas fimbrias, las cuales se contraen continuamente facilitando el desplazamiento del óvulo hacia el útero.

La fecundación fusión del espermatozoide con un óvulo, normalmente tiene lugar en la trompa de Falopio y siempre en las veinticuatro horas siguientes a la ovulación.³²

El útero por su parte es el órgano donde se efectúa la menstruación, la implantación del óvulo fecundado, el desarrollo del feto durante el embarazo y el parto. Está situado entre la vagina y el recto, tiene forma de una pera invertida, su porción inferior o cuello se comunica con la vagina.

El ciclo menstrual consiste en una serie de cambios en el endometrio (capa interna del útero) de la mujer no embarazada, el cual se prepara cada mes para la recepción del huevo fecundado, mismo que se transforma en embrión y luego en feto que permanece normalmente en el útero hasta el momento del parto; si no se lleva a cabo la fecundación ocurre la menstruación.

El ciclo ovárico es un conjunto de fenómenos que tienen lugar cada mes y que guardan relación con la maduración del óvulo y la intervención de diversas hormonas, entre ellas estrógenos y la progesterona, cuya función fue descrita con anterioridad. La ovulación es la rotura del folículo ovárico y el desprendimiento del óvulo, este fenómeno tiene lugar en el decimocuarto día de un ciclo de cuatro semanas.

2.2 GESTACIÓN Y NACIMIENTO.

Lograda la fecundación se da todo el proceso de la gestación, o embarazo, periodo que comprende desde la fecundación del óvulo hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos. Este se divide según etapas del producto. *Embrión* es el producto de la fecundación del óvulo hasta el final de la

³² Diccionario Enciclopédico University de Términos Médicos. Ibidem .Pág 120.

décima segunda semana de gestación, y éste será feto a partir de la décima tercer semana de la gestación hasta la expulsión o extracción.³³

También debemos entender a la **gestación** como el "periodo de tiempo durante el que el embrión está implantado en el útero, antes del nacimiento, en la especie humana abarca unos 280 días o 40 semanas desde el inicio del último periodo menstrual hasta el parto.³⁴; asimismo, se le considera como el estado fisiológico especial de la mujer durante el cual permanece el feto embrión en el útero, por lo que es sinónimo de embarazo, en los seres humanos abarca unos 280 días o 40 semanas desde el inicio del último periodo menstrual hasta el parto.

La gestación se puede clasificar en:

- Normal o complicada, en relación con una solución normal o no.
- Simple o múltiple, en relación con el número de óvulos fecundados que dan como resultado un número mayor de embriones o fetos.
- Uterina o extrauterina, depende del lugar en el que se localice el óvulo fecundado.

Después de que se une el óvulo y el espermatozoide el producto crece paulatinamente conforme avanza el embarazo. Para que pueda realizarse este proceso son necesarias algunas estructuras de sostén como son:

Membranas y líquido amniótico.- después de la implantación de embrión se forman dos membranas alrededor de éste. La membrana externa es el corion y la membrana interna se llama amnios. Además del feto el amnios contiene un líquido casi transparente llamado líquido amniótico que desempeña las siguientes funciones:

- Evita la adhesión del amnios al feto.
- Permite el movimiento casi libre del feto.

³³ Chávez Ascencio Manuel. Op cit. pág 40.

³⁴ Diccionario Enciclopédico University de Términos Médicos. Ibidem .Pág 126.

- Mantiene constante la temperatura que rodea al feto.
- Protege al feto de lesiones por causas externas.
- Provee de nutrientes al feto el cual se cree que consume de 180 a 210 mililitros de líquido al día.

Al inicio del trabajo de parto se produce una ruptura en el amnios y el líquido escapa por la vagina, a este fenómeno se le llama comúnmente "ruptura de la fuente".

Una vez efectuada la implantación hasta el final de la quinta semana se declinan todos los rudimentos de los órganos del cuerpo. En esta etapa el organismo en desarrollo es llamado embrión. Durante el resto del embarazo o gestación, hasta el momento del nacimiento al producto de la concepción se le llama feto.

Alrededor del décimo sexto día después de la fecundación la masa de células internas empieza a diferenciarse en tres capas: en ectodermo, mesodermo y endodermo. De cada hoja se desarrollan estructuras específicas del embrión. Del ectodermo se desarrollan la piel, el sistema nervioso las vías nasales, el cristalino, la faringe y las glándulas mamarias y salivales. Del mesodermo se desarrollan los músculos, el sistema circulatorio, los huesos, el aparato reproductor, tejido conectivo, los riñones y los uréteres.

Del endodermo, por su parte, se desarrollan el tubo digestivo, el aparato respiratorio, la vejiga, el páncreas y el hígado.

La placenta: esta estructura suele desarrollarse al final del primer mes después de la fecundación, es la encargada de proveer oxígeno y nutrientes al feto y es a través de la cual se eliminan los productos de desecho. La placenta también produce tres hormonas: gonadotropina coriónica, estrógeno y progesterona.

La superficie materna de la placenta se adhiere al útero, la cual se cubre con la membrana amniótica que contiene muchos vasos sanguíneos que son ramificaciones del cordón umbilical.

Cordón umbilical: Es el eslabón entre el feto y la placenta, se extiende desde el ombligo del feto hasta el centro de la superficie fetal de la placenta. La sangre con el oxígeno y los nutrientes es transportada por dos arterias.

NACIMIENTO:

Debemos entenderlo como el acto de expulsión del niño del cuerpo de la madre al finalizar la gestación. En sentido amplio, periodo de tiempo que comprende el parto y el alumbramiento del bebé.³⁵

Puede ser "vivo" cuando es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta, o "muerto" si no se dan esos supuestos.

Cuando el proceso del parto comienza al término de la gestación, el cuello del útero de torna blando y está preparado para borrarse y dilatarse.

Al comenzar el parto la porción superior del útero, se contrae y transmite su fuerza a la bolsa del líquido amniótico en todas direcciones, lo que tiende a empujar el feto hacia abajo y enderezarlo un poco. La bolsa de líquido amniótico hace presión hacia abajo del cuello del útero y poco a poco aumentan las contracciones, provocando con esto su ruptura y la pérdida de líquido amentando las contracciones hasta que el cuello del útero alcanza 10 centímetros de dilatación, entonces está completo el procedimiento y está lista para que el producto pase sin peligro.

Cuando el cuello del útero está completamente dilatado el producto es obligado por la acción combinada de las contracciones y la presión intra-abdominal ejercida por la madre con esfuerzo expulsivo. Habiéndose producido el nacimiento se expulsa la placenta, con lo que da inicio la involución uterina, proceso a través del cual éste vuelve en un periodo aproximado de cuarenta días a su estado normal.

³⁵ Diccionario Enciclopédico University de Términos Médicos. Ibidem .Pág 130

Pueden presentarse complicaciones al momento del parto que impidan el nacimiento normal, que impliquen el uso de fórceps, o la realización de una cesárea.

Comprendidos los tres eventos: concepción, gestación (embarazo) y nacimiento el que jurídicamente sólo tiene efectos cuando desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

2.3 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Antes de comenzar a abordar este tema, hay que mencionar que existen tantos conceptos como autores han abordado el tema en cuestión, sin embargo, comenzaremos por definir a la Inseminación, (que proviene del latín *inseminatum*, significa sembrar en), es la introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o la matriz, para producir el embarazo.³⁶

Javier Gafo, establece que la inseminación artificial consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante el dispositivo instrumental específico.³⁷

Ahora bien, considero importante resaltar que no obstante que se acostumbra emplear el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, esto no es correcto, Desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de **esterilidad** que indica la posibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, en cambio el de **infertilidad** significa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y, por lo tanto el desarrollo del embrión o feto.

³⁶ Soto la Madrid, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho. Buenos Aires, 1990, Ed. Astrea. Pág 19.

³⁷ Gafo, Javier, et al. Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales, Madrid, Universidad Pontificia, 1998. Pág 15.

La **fecundación artificial** hace referencia a la concepción como resultado y la **inseminación artificial** se refiere al hecho de que se introduzca esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado, la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación, pero los avances científicos hacen posible la fecundación artificial, cuando se logra esta gestación en tubo de ensayo llamada in vitro, es estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.³⁸

Originalmente, este método fue utilizado por los ganaderos para mejorar la raza con esperma de sementales, en el siglo XX empezó a desarrollarse para su uso en la especie humana con el fin de resolver los problemas de esterilidad.

Criterios meramente técnicos de distinción de los diferentes tipos de inseminación atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, o a la técnica utilizada. De este modo, según la preparación del semen puede tratarse de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado. "Dependiendo el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla de inseminación artificial vaginal, intrauterina, endocervical y exocervical.

Se distingue entre inseminación artificial con semen del marido o de la pareja de la mujer inseminada y la inseminación artificial con semen de donante, sea éste anónimo o conocido.³⁹

Tal vez el antecedente más antiguo que se tiene de la inseminación artificial en seres humanos es el que describe Munther en un viaje que hizo a Portugal y España, a finales del siglo XV, que narra el *modus operandi* como unos médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro en la persona de la reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV el impotente (1424-1474), con esperma del monarca.

Es a Hatwing a quien se considera el descubridor de la fecundación in vitro, con estudios realizados en el erizo de mar que tenía lugar en el exterior de

³⁸ Chávez Asencio Manuel. Op cit, pág 22.

³⁹ Lema Añón Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. Madrid, Ed. Trotta 1999 pág 76.

su organismo, este procedimiento de la fecundación artificial da la posibilidad de aplicarla en la especie humana, para poder darse la unión de las células sexuales masculinas y femeninas fuera del organismo en una probeta o tubo de ensayo.

En 1978 nace Louis Joy Brown, primer ser humano procreado con la técnica de inseminación artificial in vitro y desde entonces, en todos los países del mundo se practica la inseminación de vientres tras la fecundación intermedio de laboratorio de los óvulos maduros. En 1989 fue gestado en Monterrey un bebé probeta, el primero que en estas circunstancias nace en México.

TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Esta técnica reconoce variantes. Según el lugar del aparato reproductor femenino donde se inocule el espermatozoide, podemos distinguir: 1) Inseminación artificial (I.A) intravaginal: se inyecta el espermatozoide fresco en el fondo de la vagina, mediante una jeringa; 2) I.A intracervical, en la cual se deposita el espermatozoide en contacto con la secreción cervical, para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello de útero y el resto del espermatozoide se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir. 3) I.A intrauterina, se recurre a esta técnica cuando existen diversas alteraciones del cuello de útero y de la secreción cervical. Entonces, hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del espermatozoide que no ha sido "filtrado" por la secreción cervical.⁴⁰

En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparación del semen, que tiene por objeto la separación de espermatozoides del plasma seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles.

⁴⁰ Loyarte, Dolores Adriana y coaut. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético, Buenos Aires, Ed Depalma, 1995. pág 109.

Indudablemente, son cada vez mayores las intervenciones de seres humanos, en casos en que la fecundación no puede producirse por vías naturales o cuando se registran enfermedades ginecológicas que impiden el normal desarrollo de la gestación y el embarazo.

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable, que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales, tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

- Asegurar la existencia de óvulos disponibles.
- Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino.
- Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides, realizando una serie de procedimientos de laboratorio al semen eyaculado, llamados en conjunto captación espermática.

La inseminación artificial se realiza en aquellas parejas que no se han podido embarazar debido a alguno de los siguientes padecimientos:

1. La mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como: alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, secuelas de conización, tratamiento con láser o criocirugía, etc.
2. El hombre muestra alteraciones en el semen como son: disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas en su aparato reproductor o alteraciones de la eyaculación.
3. La pareja presenta una esterilidad inexplicable.

Cabe mencionar que el Instituto Nacional de Perinatología, dependiente del Sector Salud, y la Clínica Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados dependiente del Hospital Angeles de la ciudad de México, son instituciones que

se han distinguido por la aplicación de esta técnica de reproducción asistida y por la obtención de buenos resultados en su aplicación.

La inseminación artificial se puede clasificar en:

Inseminación homóloga.- Es aquella donde se utiliza el semen de la pareja.

El procedimiento para este tipo de inseminación comienza cuando se obtiene la muestra de semen de la pareja y se deposita en un catéter especial conectado en una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cérvix y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si es necesario se puede depositar semen capacitado en el interior del cérvix (inseminación intracervical).

Se realiza generalmente cuando existe:

- a) Alteración inmunológica: Si hay anticuerpos antiespermáticos en el moco cervical la penetración espermática se verá dificultada, o también cuando los anticuerpos se hallan en el semen.
- b) Semen patológico: Tanto en las alteraciones del volumen como en el recuento del número y movilidad de los espermatozoides.
- c) Esterilidad de origen desconocido.

Actualmente, la inseminación artificial conyugal con semen congelado o en crio conservación permite la conservación del semen del marido cuando este haya de ser sometido a alguna forma de tratamiento quirúrgico (vasectomía) químico o radioterapéutico que comprometa o anule su capacidad fecundante.

Inseminación heteróloga.- Cuando se utiliza semen de un donador. Se aplica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad.

Se realiza generalmente en problemas:

a) Andrológicos: Cuando el hombre presenta un trastorno de eyaculación o de semen, ya sea una ausencia total de espermatozoides o una disminución severa en cuanto a su número o movilidad, y que no sean corregidos por tratamientos convencionales.

b) Enfermedad hereditaria: Cuando el varón puede transmitir a su descendencia una enfermedad hereditaria.

c) Mujer sin pareja: En esta situación se solicita un informe psicológico.

d) Esterilidad de origen desconocido: Después de haber fracasado los tratamientos adecuados, incluso la fertilización in vitro, al respecto debemos señalar que la ley permite utilizar estas técnicas siempre que se utilicen como último recurso.⁴¹

Cabe señalar que dentro de las políticas que norma la actividad de algunos centros de especialidades como el Centro de Urología, Andrología y Sexología en México se prohíbe llevar a cabo una inseminación artificial heteróloga a una mujer soltera.

Podemos darnos cuenta de que en este tipo de inseminación se presentan mayores problemas cuando una mujer casada la realiza con semen de un donador que no es su marido, la inseminación puede llevarse a cabo, con autorización del marido o sin esa autorización, cuando se realiza con consentimiento del marido presenta algunos problemas que es conveniente considerar, la carga de la prueba corresponde a la esposa y además el juzgador debe ser cauteloso en la admisión de la prueba y en su valoración, considerando que sólo debería admitirse la prueba documental suscrita por el marido, en la que éste expresamente declare que otorga su consentimiento para la fecundación de su mujer, de igual forma, el médico que practique la inseminación bajo su responsabilidad, deberá exigir la autorización escrita del

⁴¹ Benitez Ortúzar, José Ignacio. Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, Ed. Camares 1998. Pág 65.

marido antes de proceder a la inseminación, otro problema que enfrenta esta hipótesis es el tiempo en que se debe considerar subsistente la autorización, de esta manera si no es fijado el plazo de duración para hacer uso de la autorización del marido, esta fue otorgada para una sola operación de fecundación. Si se señala un término, la mujer podrá hacer uso de ella en un número indeterminado de inseminaciones, dentro del plazo establecido en el documento que contiene el consentimiento. En todo caso el acuerdo marital, puede ser revocado en cualquier momento.

También se puede clasificar tomando en cuenta el lugar en el que se deposita el semen, es decir:

Intravaginal: Se inyecta el esperma fresco en el fondo de la vagina, por medio de una jeringa, alrededor del cuello uterino, según 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.

Intracervical: Se realiza introduciendo la cánula en el cerviz, en la cual se deposita el esperma en pequeñas cantidades, para evitar producir calambres o inflamaciones en el endometrio, el esperma 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 esperma

Intraperitoneal: Es la que se lleva a cabo por medio de una inyección de espermatozoides en a 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 recorren a la inversa el camino que cormalmente recorren (vagina, útero y luego trompas), en esta técnica llegan directamente a las trompas saltándose las otras escalas.⁴²

PROBLEMAS QUE GENERA LA INSEMINACION:

Para nuestro estudio los dividimos en tres principalmente: a) Psicológicos, dentro de los cuales atacaremos las dificultades a las que se enfrentan las

⁴² Nassal G.J.V. Los Límites en la Manipulación Genética 1ª edición, Ed. Gedisa, España, 1997. Pág. 130.

parejas que se someten a estas técnicas; b) Físicos, en este apartado 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 derivadas de la aplicación de la inseminación artificial, en materia civil.

PSICOLOGICO: Los problemas de carácter psicológico son entre los cónyuges y se presentan por el crecimiento de la identidad del donador de semen en la inseminación heteróloga. En el caso de la esposa, 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.

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 y materiales especializados. 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.

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

Señala el tratadista Xavier Hurtado 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.

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 a cabo.

2.4 INSEMINACIÓN INTRAUTERINA

Es la técnica más recomendable en los casos de esterilidad causada por factor cervical e inmunológico y requiere una preparación previa del eyaculado que consiste en obtener primeramente la muestra de semen, para obtener mejores resultados en la aplicación de esta técnica, se recomienda un periodo de abstinencia sexual previa, de la menos tres días, tiempo indispensable para que las vesículas seminales estén llenas de líquido seminal, según la valoración y condición del paciente, se puede solicitar la totalidad del eyaculado o solo la primera fracción del mismo, denominado split que contiene el 80% del total de espermatozoides del eyaculado. Posteriormente, se elimina del semen el plasma seminal porque contiene sustancias que producen contracciones uterinas al entrar en contacto con el endometrio, eliminado el plasma seminal, se valora la concentración de espermias, su aspecto, volumen y movilidad y aquellos que resulten idóneos para la técnica serán depositados en la cavidad uterina mediante una fina cánula acoplada a una jeringa, en este caso es muy importante la aplicación de las técnicas de preparación del semen para seleccionar los espermatozoides más aptos.

Este procedimiento consta por lo menos de cuatro ciclos y si las pacientes no consiguen quedar embarazadas después del sexto ciclo de tratamiento, se les debe completar su estudio de esterilidad practicando laparoscopia en aquellos casos en que no se hizo con anterioridad o bien, pasar a técnicas de fecundación in vitro que permiten un estudio más riguroso del proceso de fertilización.

Al igual que las otras técnicas, este procedimiento no está exento de contraindicaciones y complicaciones, entre las contraindicaciones más frecuentes

se encuentran razones médicas o psíquicas que contraindiquen el embarazo por inseminación intrauterina debido a la presencia de enfermedades en uno de los miembros de la pareja como sífilis, diabetes, etc o cuando hay una infección genital. Entre las complicaciones que pueden resultar del tratamiento, destacan la presencia de dolor abdominal, fatiga y edema pulmonar.

En este procedimiento, la ovulación es estimulada con hormonas y el espermatozoide es artificialmente introducido directamente dentro del óvulo. Esta técnica puede ser usada cuando la infertilidad es causada por endometriosis o problemas con la producción de espermatozoides, movilidad o calidad y por aquellos casos en los cuales se desconoce la causa; no obstante que este método es más simple, seguro y mucho menos costoso que la fecundación in vitro, envuelve al igual que el resto de las técnicas un alto riesgo de embarazos múltiples debido al uso de drogas de fertilidad.

2.5 INSEMINACIÓN POST MORTEM.

La expresión dice Serrano Alonso, citado por Soto la Madrid puede ser tomada en varios sentidos: a) Referirse al supuesto en que el donante del semen o los donantes del embrión, fallecido antes de su empleo o implantación e una mujer receptora; b) implantación en mujer viuda de un embrión humano, en cuya formación no ha tomado parte el esposo fallecido, y c) inseminación de mujer viuda con semen de éste. La fecundación post mortem y su problemática, dice este autor, debe limitarse a éste último supuesto.

Efectivamente para hablar de inseminación o fecundación homóloga, practicada después del fallecimiento del marido, es necesario que haya habido matrimonio y que el material genético provenga del cónyuge premuerto, pues sólo en este caso podemos usar el adjetivo homólogo para calificar el método de reproducción asistida.

La inseminación post mortem sólo es pensable si atendemos a las técnicas de congelación de gametos y embriones.

La fecundación post mortem consiste en la utilización de material reproductor congelado de un hombre después de su muerte para proceder a la fecundación de su viuda. También es pensable el caso de que sea la esposa quien muera antes, y que estando almacenados los embriones los utilice el marido superviviente. La ley sin embargo, no se refiere a este caso, en el que los embriones se implantarían en otra mujer. Para este caso las dos posibles soluciones para determinar la filiación materna sería asimilándola a una maternidad subrogada, o más bien tratándolo como una donación. En cualquier caso, la madre legal sería la mujer gestante.

En relación a este tema tan controversial como reseña histórica menciono el conocido caso Parpalaix, en 1983 una mujer, C. Parpalaix reclamaba el semen almacenado de su marido fallecido, para proceder a una inseminación artificial.

El banco se negó alegando que la autoconservación era únicamente para uso y disposición del hombre a quien pertenecía el semen. El caso llegó a los tribunales y a diferentes instancias en las que se cruzaron los más sorprendentes razonamientos jurídicos.⁴³ Lo cierto es que con él se dio a conocer esta cuestión, con todas las paradojas a las que podía dar lugar: se trataba de reproducirse una vez muerto, lo que por ejemplo podía dar lugar a una quiebra de las generaciones, o a problemas sucesorios.

Entre la doctrina jurídica española la utilización de la inseminación artificial post mortem su admisión se limita a determinados supuestos en la ley española, provocó innumerables críticas. Se ha argumentado incluso su inconstitucionalidad. Los principales argumentos en los que se fundamenta este rechazo son:

- Se cuestiona su finalidad, visto que no puede ser el tratamiento de la esterilidad de una persona ya fallecida.
- Se está condenando al hijo a nacer huérfano.

⁴³ Lema Añón Carlos. Op cit pág 150.

□ Se está instrumentalizando al hijo para la mera satisfacción de intereses personales.

□ La decisión de que el semen sea utilizado con fines reproductivos, por tener carácter personalísimo, no puede tomarse para el futuro de forma irrevocable, sino que tiene que ser actual, en el momento en que la inseminación tenga lugar. Y es evidente que ni el difunto puede manifestar su voluntad actual, ni es susceptible de ser sustituido en ello por sus sucesores.

□ Podría producir inseguridad jurídica en las sucesiones *mortis causa*.

□ Se contraviene el mandato constitucional que erige como criterio rector para los padres prestar asistencia en todo orden a sus hijos; que estos encuentren ab initio la existencia de una familia del doble modelo, y no monoparental, potenciada por el propio legislador.

Para Jaime Vidal Martínez la fecundación post mortem implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad que, en cuanto tal, termina con la muerte del titular, por ello la virtualidad del consentimiento prestado por un hombre para utilizar con fines de fecundación su esperma no puede ser otra sino la enervación del ilícito que en otro caso supondría la utilización de sus fuerzas genéticas sin o contra su voluntad.⁴⁴

Hasta ahora la mayoría de los códigos civiles se han concretado a negar derechos hereditarios a los que no estuviesen concebidos al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

Sin embargo este tipo de fecundación no está del todo prohibida en la legislación española que en su artículo 9 de la Ley de técnicas de reproducción asistida que en el segundo apartado de su artículo 9º dispone que ...el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

⁴⁴ Vidal Martínez Jaime et al Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida. Ed. Comares, Granada, España 1998, pág 58.

Si el marido, ante la inminencia de la muerte, manifestó su deseo ante testigos o de otra manera indubitable, pero no en las formas dispuestas por la ley, el hijo no gozará de esa prerrogativa, y ni siquiera podrá ejercer la acción de filiación extramatrimonial, a través de las pruebas biológicas que podrían favorecerle o de otros indicios positivos, como la conservación del esperma autorizada por el difunto, o de embriones producidos con su material genético, o el hecho de que ambos padres hubiesen solicitado la aplicación de estas técnicas antes del fallecimiento del esposo.

Miguel Angel Soto la Madrid considera que si el material reproductor no es utilizado en los seis meses que siguen a la muerte del varón, entonces se saldrá de la hipótesis de excepción y operará plenamente la prohibición, es decir, no podrá determinarse legalmente la filiación. Pero aun suponiendo que esto pudiera ocurrir, no se trataría de la filiación matrimonial, pues ni la fecundación ocurrió durante el matrimonio, ni el nacimiento se produjo en el término previsto por el artículo 116 del Código Civil Español.⁴⁵

Por otra parte, e independientemente de los efectos civiles que pudiera producir la inseminación post mortem realizada sin autorización del cónyuge fallecido, cuando ésta se exprese en forma distinta de la legal o cuando se produzca fuera del plazo establecido, la ley en análisis considera como una infracción grave la omisión de los consentimientos que ella misma exige, lo que supone sanciones administrativas para el equipo médico que intervenga culpablemente en la inseminación irregular, al igual que para la viuda que la solicite.

La determinación del status familiar del hijo que ha nacido por fecundación artificial después de 300 días de disuelto el matrimonio por muerte del marido (fecundación post mortem) es difícil de establecer, porque la legislación mexicana no ha previsto la situación de que la esposa pueda llevar a cabo la inseminación con semen congelado del marido, después de muerto éste.

Tratándose **de** embriones congelados, la incapacidad para heredar no procede, pues el **hijo ya estaba** "concebido" aunque congelado al momento de morir el autor de la **sucesión**.

Es imprescindible **proceder** a una adecuación de las normas sucesorias del Código Civil, de modo **que** queden recogidas las variantes determinadas por esta nueva forma de **procreación**; modificación que afectaría a las reglas de la legítima y de la **sucesión forzosa**.

Aun **admitiendo que** el hijo nacido de la inseminación post mortem no tuviera derechos **hereditarios**, según resulta de las disposiciones vigentes en materia sucesoria, **su carácter** extramatrimonial no le priva de las demás prerrogativas, como **serían**: llevar el apellido del padre y emparentar con la familia de éste, en **los grados** que fija la ley, exigiendo a sus miembros que le provean de alimentos **en** caso de necesidad, pudiera sostenerse además que a falta de derechos **hereditarios**, el hijo póstumo podría reclamar alimentos a la misma sucesión, si **ésta no** hubiese concluido, o a los herederos o legatarios que se hubieran **beneficiado** de la partición y adjudicación del caudal hereditario, dentro de ciertos **plazos y** siempre bajo beneficio de inventario.

Por lo que **toca a** los derechos del hijo póstumo, García Mendieta al aplicar el Código Civil Mexicano manifiesta que un hijo que fuese producto de una inseminación **artificial** con semen del esposo fallecido solo tiene derechos sobre la masa **hereditaria** el que esté concebido a la fecha de la muerte del causante, siempre **que nazca** viable.

Al respecto, **considero** que no debería cuestionarse qué derechos tiene el hijo nacido de la **inseminación** post mortem, sino cuáles son los que no puede ejercitar en razón **de la forma y** época en que se produjo la concepción.

⁴⁵ Soto la Madrid Miguel Angel. Op cit pág 525.

2.6 FECUNDACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE PRE-EMBRIONES.

La fecundación in vitro es la técnica que permite la unión de óvulos y espermatozoides en un laboratorio para formar el embrión (fase temprana de desarrollo que sigue a la fecundación del óvulo). El término embrión también se usa para referirse al óvulo fecundado durante sus siete primeras semanas de existencia, que de la octava semana en adelante recibe el nombre de feto.

Los embriones producidos se implantan posteriormente en el útero de la madre que en otros casos sería estéril, se considera una extensión de la inseminación artificial.

Las técnicas de fecundación in vitro, inicialmente estaban orientadas únicamente a resolver el problema de la paciente con obstrucción o ausencia de trompas, la FIV en el momento actual cubre varias otras indicaciones, y no estrictamente de patología genital femenina, como son: la infertilidad masculina, patología tubárica, la esterilidad de origen inmunológico y la infertilidad de origen inexplicado.⁴⁶

1.1 La infertilidad masculina.- esta manipulación puede ayudar a resolver problemas de subfertilidad masculina, en la medida en que se puede concentrar por centrifugación el número de espermatozoides por unidad de volumen, además de que en sí misma los requerimientos numéricos de espermatozoides son menores por la propia esencia de la técnica. Pueden asimismo incluirse casos de infertilidad masculina tanto tratables como potencialmente tratables, sean funcionales u orgánicos, post-inflamatorios y algunos casos de malformaciones.

1.2 Patología tubárica.- Se aplica de modo fundamental a la ausencia de trompas por extirpación quirúrgica previa, a la obstrucción de ambas trompas, sea ésta de origen quirúrgico derivada de una esterilización voluntaria por ligadura de trompas, sin que se haya hecho recanalización de las trompas, o

⁴⁶ Gafo Javier et al. Pág 28.

habiendo fracasado este intento; sea de origen inflamatorio por el desarrollo previo de una enfermedad inflamatoria pélvica, sea debida a cualquier otra patología obstructiva o funcional de la trompa.

1.3 La esterilidad de origen inmunológico.- Es decir, el rechazo de defensa inmunitaria, por parte del organismo femenino, bien de los propios espermatozoides, o mediante respuesta contra estructuras del huevo recién fecundado, produciéndose anticuerpo antizona pelúcida.

1.4 Infertilidad de origen inexplicado.- Dentro del desconocimiento preciso de su mecanismo, agrupa aún hoy el 25% del total de las esterilidades femeninas, habiéndose observado como pueden beneficiarse muchas parejas de la FIV para resolver su problema.

La fecundación artificial extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno está siendo cada vez mas frecuente, la ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen problemas para lograr la fecundación por vía natural.

La fecundación artificial nos plantea un problema adicional; la persona humana; es decir, se debe cuestionar la determinación jurídica sobre el comienzo de la vida en cuanto a la personalidad jurídica y consecuentemente, la protección del nasciturus tanto desde el punto de vista civil como penal.

Fecundación heteróloga in vitro, tiene lugar cuando se realiza con espermatozoides de un donador de óvulo de mujer fértil, para después de producida la fecundación llevar a cabo o la implantación del embrión en la matriz de la mujer en cuyo vientre se producirá la gestación y posteriormente el parto.

El procedimiento, desde el punto de vista de la técnica operatoria es igual que la fecundación in vitro, llevada a cabo con semen del marido; pero desde el punto de vista jurídico, plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo que de esa manipulación resulte y da a luz una mujer casada.

Es importante hacer notar que la fecundación in vitro difiere de la mera inseminación artificial in vivo o in vitro. Ya que tratándose de la inseminación artificial in vivo, la manipulación termina antes del momento de la concepción,

mientras que en la fecundación in vitro la manipulación tiende primeramente a producir la formación del embrión y consecuentemente la concepción, inicio del periodo de la gestación que se producirá por implantación del embrión en la matriz de quien a la postre dará a luz al ser así concebido.

En nuestro derecho podemos aceptar que la personalidad se inicia con la concepción, la capacidad de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte (artículo 22 del C.C D.F); sin embargo, el mismo artículo agrega: "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...".

Para nuestra legislación el concebido in vitro ya tiene personalidad jurídica, y, consecuentemente, entra bajo la protección de la ley, que comprende los aspectos civiles y penales.⁴⁷

La fertilización in vitro es aplicable a mujeres cuyas trompas de Falopio aparecen imposibilitadas de cumplir sus funciones naturales. Capturado el ovocito y mezclado con el semen, los gametos son cultivados en un dispositivo que reemplaza a la trompa de Falopio, hasta que empiezan a desarrollarse las células embrionarias, las que luego se colocan en la cavidad uterina donde el proceso del embarazo transcurrirá normalmente.

Esta manipulación puede tener lugar empleando esperma del marido, de una donadora de óvulo extraído o por medio de la fecundación del óvulo.

Respecto del empleo de gametos del marido y de la extracción de un óvulo de la mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea, (excluyendo en esta manera la procreación por vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), debe decirse que ésta delicada manipulación sólo debe ser permitida por la ley en los casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir, por causa de mala conformación de su aparato genital o por otras razones de origen orgánico.

⁴⁷ Chávez Asencio Manuel Op cit. pág 78.

La fecundación in vitro consiste en la fecundación de los ovocitos obtenidos por punción folicular fuera del organismo materno, en la división celular de los cigotos en laboratorio y en la posterior introducción de los embriones en el aparato genital de la mujer. De ahí que el término correcto sería fecundación "in vitro" con transferencia de embriones.

"Se recomienda en los casos de: factor tubárico: Ausencia o destrucción de las trompas; factor masculino: Con semen de mala calidad o por la ausencia de espermatozoides y la necesidad de la utilización de semen de donante, si previamente ha fracasado la inseminación artificial con semen de donante; fallo de tratamientos previos: Cuando después de realizar tratamientos médicos y de inseminación no se consigue gestación, aún no teniendo causa aparente.⁴⁸

Se suelen transferir de 2 a 4 embriones, y el resto, si existen, se guardan mediante congelación (crío conservación) para ser utilizados en ciclos posteriores. Los embriones crío conservados pueden ser donados por la pareja a otra pareja estéril.

En los procesos de fecundación in vitro es habitual que se fecunde un número de embriones superior al que se va a transferir, o desde luego superior a los que se van a transferir en una primera tentativa. Así pues, los embriones son conservados a bajas temperaturas, de forma que se interrumpe su desarrollo, pero pudiendo ser recuperados en un momento posterior y utilizados para intentar otro embarazo.

Los posibles destinos para los embriones almacenados, una vez que acaba el tiempo que se considera aconsejable mantenerlos almacenados, pasan por tres posibilidades; la primera es su transferencia, intentando lograr un embarazo al igual que en cualquier procedimiento de fecundación in vitro con transferencia de embrión; o intentar lograr un embarazo la madre genética del embrión, o bien intentarlo en otra mujer, en lo que será una donación de embrión o

⁴⁸ Gafo Javier et al, Op cit pág 75.

adopción antenatal. Las otras dos posibilidades son la destrucción y la utilización para la investigación y experimentación.⁴⁹

El término preembrión designa al cigoto que no ha sido implantado todavía en el seno materno y que no ha superado los catorce días de vida extrauterina, designa el grupo celular en el curso de división, hasta la aparición de la línea primitiva y que es invisible al ojo humano, los términos cigoto, preembrión, embrión y feto, en el vocabulario biológico pueden indicar sucesivos estadios en el desarrollo del ser humano. La verdad biológica de nuestro tiempo no pone en cuestión que el desarrollo embriológico sea continuado, desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento, si se produce. Lo que si dice es que hay momentos cronológica y biológicamente diferenciables.

Esta técnica está conformada por cuatro etapas básicas:

- Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. La estimulación se realiza con gonadotrofinas para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado en uno de los factores determinantes para el éxito del procedimiento.
- Se requiere capturar ovocitos directamente del ovario a través de laparoscopia o por punción transvaginal dirigida con control ultra sonográfico. Todo el líquido extraído de los folículos pasa de inmediato al Laboratorio de gametos para la identificación y
- Preparación de los óvulos. La captura por ultrasonido se hace sedando a la paciente, por lo cual a las dos horas aproximadamente la mujer puede salir del hospital y al día siguiente volver a sus actividades.
- Cultivo de ovocitos e inseminación de los mismos en el Laboratorio.
- Transferencia de pre-embiones al útero a las 48-72 horas después de la captura.

El éxito de este procedimiento estriba en cinco fases:

- 1.- Adecuada selección de los casos.

⁴⁹ Lema Añón Carlos. Op cit, pág 145.

2.- Disciplina de la pareja para seguir al pie de la letra las indicaciones médicas.

3.- Estimulación ovárica óptima de acuerdo a los protocolos actuales.

4.- Abordaje de captura ovular que reúna facilidad en el acceso al ovario.

5.- El laboratorio de Gametos en el que se realice el procedimiento deberá reunir los elementos necesarios para que el procedimiento que se llevará a cabo se realice adecuadamente, sin poner en riesgo la salud de la mujer.

2.7 MATERNIDAD SUBROGADA.

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y, en las desgracias extremas cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética.⁵⁰

Para el autor Miguel Ángel Soto la Madrid, la verdadera subrogación presupone que el embriones ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

Es así como entre todas las técnicas de reproducción asistida destaca la de madre/maternidad subrogada, que es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia.

Sin embargo, lo que mas interesa son las diferentes variedades que pueden darse en la práctica de maternidad subrogada, entre las cuales están:

a) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide y óvulo de la pareja, sólo hay prestación de útero por parte de tercera persona.

⁵⁰ Soto la Madrid Miguel Ángel. Op cit pág 316.

b) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización permisiva de la comparte. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.

c) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los miembros de la pareja. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.

d) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la misma mujer que presta el útero. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero tercera mujer como en c) con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer.⁵¹

Jaime Vidal Martínez sostiene que llamamos sustituta o madre subrogada a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que éste ha nacido, la madre cede su custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Se ha dicho que la maternidad es el vínculo que une al hijo con la madre, situación que de acuerdo con el concepto actual de filiación, es comprobada plenamente con el hecho del parto, sin embargo es preciso analizar en qué situación se encuentran el hijo y su madre quien en el caso de maternidad subrogada, se rata de la mujer que contrató con la mujer gestadora para que a través de ella se llevara a cabo el nacimiento de su hijo.

Para establecer la identidad de la persona que debe ser considerada como madre es necesario mencionar que no es necesario mencionar que no es suficiente haber dado a luz un producto, dado que la responsabilidad que surge

⁵¹ Gafo Javier et al, *Opcit.* Pág 91.

de este hecho implica el cumplimiento de una terminable lista de obligaciones para con el hijo.

Además, la mujer que concibe al hijo, tal vez no sea la propietaria de los gametos con los que éste ser se formará y crecerá; en este sentido lo más seguro es que no guarde parecido con la mujer que podría ser llamada madre.

Anteriormente, para acreditar la maternidad bastaba con probar: 1) el parto de la madre; y 2) la identidad del nacido. Comprobados fehacientemente estos dos extremos, la certeza de la filiación era absoluta, empero con el uso de ésta técnica esta unidad puede fracturarse cuando el niño nacido no es hijo genético de la mujer que dio a luz. Tal sería la consecuencia en los supuestos de donación de óvulos o de gestación por otra mujer con material genético de la donante. En ambas hipótesis, conforme a la ley vigente, madre será la del parto.

Para el jurista Chávez Asencio, como en este caso se trata de un proceso biológico de gestación y nacimiento que se hace por una tercera persona extraña a los consortes, la solución que parece más aconsejable es tratarlos en forma semejante a la adopción, aun cuando el hijo tenga el elemento del padre, pues a diferencia de la inseminación heteróloga en el matrimonio, en donde la madre es la que recibe o el semen de un tercero o el óvulo de una extraña, aquí es la tercera la que realiza toda la gestación y el parto, Se trata de recibir al ser humano ya nacido; por lo tanto, pueden aplicarse las reglas de la adopción.

No debemos olvidar que está fuera de la voluntad de los particulares negociar con la persona humana, cuya indisponibilidad es absoluta. En relación a la madre sustituta, conviene preguntar si tiene derecho a concebir un hijo y luego abandonarlo o entregarlo a una tercera. No lo permite nuestro derecho, está penalizado además el abandono de personas.

Finalmente, no menos importante y polémico resulta el hecho de reconocerle efectos jurídicos a los contratos celebrados en materia de maternidad subrogada al efecto, Zannoni propone que en una futura legislación sobre la materia, no debería permitirse este tipo de prácticas, sea la inseminación de una mujer que se obliga a entregar el hijo, como la

implantación de un embrión fertilizado in vitro, en una madre portadora, y ello tanto sea que los acuerdos al respecto sean a título oneroso o lo fueran a título gratuito. Y para el caso en que judicialmente pretendieran alegarse derechos derivados de este tipo de acuerdos, la ley debería establecer que ninguna pretensión será atendida, por ser ellos nulos, de nulidad absoluta.

Mucho se comenta que esta manipulación requiere la celebración de un convenio entre la mujer estéril y la madre sustituta conforme al cual ésta última consiente en ser inseminada con gametos del marido de aquélla y en soportar el embarazo y los riesgos del parto dicho convenio incluye una cláusula en la cual la mujer que ha prestado su útero renuncia a la maternidad y acepta, antes de la concepción del hijo, en que sea acogido por la pareja que pretenda con ello aparecer ante la sociedad y ante el derecho como el padre y la madre de ese infante.

Sin embargo esta polémica discusión será tratada con mayor énfasis en el capítulo IV de la presente tesis, en la que se destacarán las posturas adoptadas por diferentes autores, acerca de si se la considera como contrato de compraventa, arrendamiento de útero, donación o de prestación de servicios.

**CAPITULO 3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO Y
EN EL DERECHO COMPARADO.**

CAPITULO 3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

En el presente capítulo se analizará la regulación jurídica de la maternidad subrogada en el ámbito nacional e internacional, cabe mencionar que elegí estudiar las legislaciones Francesa, Española y la Estadounidense por ser de las más avanzadas en cuanto a técnicas de reproducción asistida se refiere.

Es indudable que las nuevas técnicas de procreación humanas, han hecho evidente la imperiosa necesidad de realizar una nueva apreciación de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, en virtud de que la actividad legislativa de muchos países ya no responde al avance de la era moderna y sólo actúa en torno a principios y supuestos propios de otras épocas. Sin embargo, las condiciones socio económicas de algunos países como los que en este apartado se analizarán, dan pauta a que en ellos se hable sobre el tema, buscando posibles soluciones a la nueva realidad que ha desencadenado la ciencia biológica, en especial la biotecnología y la ingeniería genética, lo que conlleva a tener que adecuar los sistemas jurídicos de países como el nuestro, en donde el derecho comparado es de gran utilidad, puesto que con una reglamentación adecuada de los métodos de reproducción asistida, en particular de la maternidad subrogada se evitará el que se efectúe una mala aplicación de ellos.

El problema de la reproducción asistida, en este caso, la maternidad subrogada presenta serios problemas en el panorama jurídico internacional, tal situación es más complicada en el caso de México que tiene un derecho escrito y estricto, al que le cuesta trabajo adaptarse a los cambios que presenta la realidad social y adaptar el texto de sus leyes a ellos.

En Derecho Civil existe la posibilidad de recurrir a la analogía aplicando una misma figura jurídica que puede dar solución a casos similares, sin embargo

nuestro código civil federal carece de artículos que regulen lo relativo a las técnicas de fecundación o reproducción asistida.

Nuestros legisladores comienzan a plantearse la necesidad de adecuar los ordenamientos jurídicos a las condiciones del mundo moderno en materia de reproducción asistida, parece ser que se han olvidado de analizar esta materia que puede producir problemas que podrían romper el orden jurídico establecido. Hay que estar preparados para resolver cualquier controversia que se pueda suscitar y así poder dar soluciones eficaces al caso que se presente.

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Nuestra Constitución Política parece consentir la utilización de la tecnología moderna para la reproducción humana, pues en su parte dogmática que consagra las garantías individuales, se concede la libertad procreacional para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos y no hay limitación en cuanto al método que se utilice.

El artículo 1º dispone que:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Como vemos, este precepto alude al derecho natural del ser humano, consigna derechos básicos inherentes al hombre, los cuales deben ser respetados por toda la sociedad, y especialmente por las autoridades para no obstaculizar el bien común.

El artículo 4º de nuestra Carta Magna señala:

... “El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

* De dicho precepto se deduce que el varón y la mujer son iguales ante la Ley, no hay distinción en el trato de las personas por razón de su sexo.

* La mujer y el hombre tienen la obligación de vigilar a la familia y recaer sobre ellos la responsabilidad de cuidar y proteger a los hijos para que se desarrollen normalmente.

Ahora bien, el artículo 4º en su párrafo tercero dispone que:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Este artículo plantea un precepto legal que garantiza la libertad de cada pareja para decidir el número de hijos que tendrá y el tiempo que existirá entre cada uno de ellos, también refiere que ésta toma de decisiones debe hacerse de manera responsable a fin de asegurar que los hijos al nacer cuenten con un futuro prometedor en el que gocen de estabilidad social desde el primer momento, dicho ordinal, entre otras cosas, abre la posibilidad para que algunos matrimonios que por causas de salud no pueden concebir hijos o llevar a término un embarazo, puede acercarse a los medios de que dispone la ciencia médica para cumplir con ese cometido.

Además considero importante mencionar que en dicho precepto constitucional se observa una marcada diferencia en relación con otros países del mundo, en donde se les obliga por ley, a procrear uno o al máximo dos hijos, so pena de sufrir privaciones y serios perjuicios. Por ello esta libertad debe ser tomada en cuenta dentro de un marco de responsabilidad y compromiso hacia los hijos.

Dicho precepto constitucional no exige calidad alguna (como sería el estado civil del gobernado), para que se encuentre en posibilidad de ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que desea tener, tampoco establece la forma en que deban ser concebidos los hijos, situación en la que bien podría colocarse la mujer soltera.

Actualmente algunas técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas en la Ley General de Salud, de forma imprecisa, lo que impide determinar el procedimiento a seguir para la aplicación de dichas técnicas.

Por otra parte, tomando en cuenta que el derecho es una ciencia que debe evolucionar a la velocidad de los cambios sociales, es indispensable plantear la posibilidad de que la Ley General de Salud reglamente de manera precisa, las nuevas técnicas de reproducción asistida y, en particular, la práctica de la maternidad subrogada.

3.2 Ley General de Salud.

Este cuerpo de normas en su artículo 3º, fracción XXVI, menciona que la salubridad general se encarga de vigilar el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.

Asimismo, el Título Segundo en su primer capítulo menciona quienes son las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Salud, y las normas que regulan sus actividades, así como sus objetivos, establece que los servicios que la Secretaría de Salud debe vigilar se presten a cada individuo en su beneficio y en general a la sociedad, dirigidas a proteger promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad, están los que se refieren a la planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo Nacional de Población, así como el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Sin embargo, es de destacar que este cuerpo de normas no cuenta con un apartado en el que se regulen de forma precisa las técnicas de reproducción asistida, empero, los capítulos I y II del Título Décimo Cuarto establecen en términos generales que la Secretaría de Salud es el órgano competente dentro de la Administración Pública Federal para realizar el control sanitario para el

transplante y donación de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado Centro Nacional de Transplantes y la regulación y control sanitario de los cadáveres (artículo 313 de la L.G.S).

El artículo 314 del citado ordenamiento legal señala:

Artículo 314.- Para efectos de este título se entiende por:

- I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.
- II. ...
- III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano.
- IV. ...
- V. ...
- VI. Disponente, a aquel que conforme a los términos de la Ley corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.
- VII. ...
- VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional.
- IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.
- X. ...
- XI. ...
- XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos.
- XIII. ...
- XIV. ...

Asimismo, el artículo 315 de la Ley General de Salud señala que los establecimientos que requieren autorización sanitaria, a saber: los que se ocupen de la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de

órganos, y tejidos: los bancos de órganos, tejidos y células; y los bancos de sangre y servicios de transfusión.

Además de cumplir con las disposiciones que señala el artículo 315 las instituciones que realicen transplantes o extraigan órganos y tejidos, deberán contar con un Comité Interno de Transplantes, así como un Coordinador que se ocupe de tales asuntos cuyas acciones serán supervisadas por el Comité Internacional de Biotecnología respectivo.

Por lo anterior, es preciso señalar que la Secretaría de Salud debe mantener una estricta vigilancia sobre las instituciones que lleven a cabo actividades en las que se manejen elementos tan delicados como son los componentes de cuerpo humano, como es el caso de la maternidad subrogada.

Las técnicas de reproducción asistida son aplicadas tanto por instituciones de salud pública como privada, sin embargo el ámbito patrimonial al que pertenecen no exime a alguna de ellas de someterse al control que determinadas áreas de Gobierno deben mantener, lo que sin duda representa seguridad para las personas que se encuentren con la necesidad de hacer uso de estos medios. (Artículo 315 L.G.S).

Ahora bien, el artículo 318 establece que para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto por la propia L.G.S en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan, razón por la que es importante analizar que este cuerpo de leyes no plantea de forma precisa los lineamientos a seguir para que las técnicas de reproducción asistida, en este caso concreto la maternidad subrogada, que abre la posibilidad de tener hijos para parejas con problemas de infertilidad.

En el reglamento de la L.G.S en materia de investigación para la Salud, que establece las normas a seguir en los procedimientos de Investigación para la Salud, reglamentario de la L.G.S que en su capítulo IV dispone criterios normativos sobre la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas,

durante el parto, puerperio, lactancia y recién nacidos, de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida.

En este reglamento se define a la mujer fértil como "aquella que se encuentra en el inicio de la pubertad, hasta el inicio de la menopausia, es el tiempo en el que una mujer puede quedar embarazada", sin embargo según diversos doctrinarios de la ciencia médica señalan que la edad ideal para tener hijos es entre los 25 y 31 años.

Asimismo, define a la fertilización asistida como "aquella en la que la fertilización es artificial (homóloga o heteróloga e incluye la fertilización in vitro. (artículo 40 fracciones I y XI).

Establece las normas que regulan las investigaciones que se realicen en mujeres embarazadas con beneficios terapéuticos, relacionados con el embarazo, las que únicamente pueden llevar a cabo cuando el tratamiento tenga como finalidad que mejore la salud de la mujer embarazada, con riesgo mínimo para el embrión o feto y cuando estén encaminadas a incrementar la viabilidad del feto, con un riesgo mínimo para la embarazada.

En este sentido, el Reglamento no prevé el hecho de que una mujer se someta a tratamiento para quedar embarazada, y que otra a través del procedimiento de fertilización in vitro se convierta únicamente en la gestadora. Solamente el artículo 52 de este reglamento señala que los fetos serán sujetos de investigación, si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la mujer embarazada.

El artículo 56 del Reglamento establece que estará permitida la aplicación de técnicas de fertilización asistida únicamente cuando con ellas se resuelvan problemas de infertilidad en la pareja, respetando el punto de vista moral, social y cultural de ellos, aún cuando difieran de la del investigador.

3.3 Código Civil Federal.

Antes de abordar este apartado, quiero mencionar que llama mi atención el hecho de que el Código Civil Federal, que se supone deberían tomar como

esquema las legislaciones estatales, esté tan olvidado por nuestros legisladores, pues sus artículos han permanecido sin reformarse desde hace tiempo, y actualmente resulta obsoleta su aplicación, sobre todo en temas tan innovadores como la reproducción asistida, caso concreto la maternidad subrogada, ya que el citado cuerpo de leyes no las contempla; si bien es cierto el Código Civil para el Distrito Federal rige en dicho territorio en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal, considero que ambas legislaciones deberían ir a la par en cuanto a reformas se refiere, ya que del contenido del Código Civil Federal, podemos percatarnos que se ha estancado y no han habido reformas a sus artículos; sin embargo, me avocaré a comentar sobre la materia que nos ocupa (reproducción asistida-maternidad subrogada), temas que ni siquiera contempla, por lo que es urgente actualizar dicho Código a fin de que se encuentre acorde a los avances científicos que se están suscitando en nuestra sociedad.

A continuación se enuncian artículos en los que debería regularse la reproducción asistida, y en el siguiente apartado se analizarán los mismos ordinales que figuran dentro del Código Civil para el Distrito Federal, para apreciar la diferencia y lo obsoletos que resultan los artículos del Código Civil Federal, y así darnos cuenta de la imperiosa necesidad de legislar sobre el tema, y con ello evitar la práctica ilegal de las distintas técnicas de reproducción asistida.

El artículo 162 del C.C.F. dispone que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Mientras que en el C.C. D.F. este artículo contempla la posibilidad de que los cónyuges recurran a cualquier método de reproducción asistida para lograr

su propia descendencia, siempre que ese derecho sea ejercido de común acuerdo.

En relación con el parentesco el artículo 293 del C.C.F menciona: "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor...".

Siendo que en el C.C. D.F. refiere que también se da parentesco por consanguinidad en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

El artículo 326 del C.C.F. dispone: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

La legislación sustantiva para el D.F señala que el marido 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.

"Artículo 338. No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros"

En el C.C. D.F a lo anterior le añade que la filiación no puede ser materia de convenio entre partes.

3.4 Código Civil del Distrito Federal.

Es obvio que la legislación sustantiva civil, recoge lo señalado por la garantía individual establecida en el artículo 4º constitucional en comento, con lo cual la procreación responsable alcanza el rango constitucional.

Las reformas al Código Civil no son substanciales, puesto que dejan dudas en relación a la inseminación artificial, que debe regularse en forma adecuada y expresa.

En este ordenamiento legal no encontramos una sola disposición en la que se contemple la maternidad subrogada, ni como contrato, ni como alguna modalidad en la filiación. En el supuesto que se diera un caso de maternidad subrogada y se aplicara dicha legislación, en materia de filiación se aplicaría la regla general de madre es la mujer que da a luz al niño, y la paternidad si se pudiera investigar, se aplicaría la regla de que los hijos que nacieron dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio será su hijo, o si nació dentro del matrimonio.

El artículo 162 C.C.D.F abre la innovación a la ciencia médica, lo que demuestra que nuestros legisladores se van adecuando a la realidad que se vive y dan su autorización a los cónyuges a emplear cualquier método de reproducción asistida, sin embargo, debe regularse de forma expresa cada uno de los métodos para evitar problemas.

“Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

El artículo que menciona lo relacionado con la filiación y la paternidad, derivado de las técnicas de inseminación artificial es el 326, párrafo segundo, del C.C.D.F que fue recién reformado y que a la letra dice:

“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”.

Dicho ordinal contempla el caso en que en el nacimiento de un niño concurren las técnicas de inseminación artificial, incluso implícitamente contempla la inseminación heteróloga, es decir, que biológicamente no coincidan los gametos masculinos o femeninos, con la mujer del matrimonio que va a dar a luz un bebé, pero en sentido estricto la ley es omisa en cuanto a maternidad subrogada se refiere.

La misma ley señala que la filiación en ningún caso estará sujeta a ningún convenio, transacción o compromiso arbitral, tomando como base al artículo 326 de dicho Código Civil, y por lo tanto, en este artículo se deja fuera a la maternidad subrogada, en la que la pareja contratante adquiriría la filiación y en el que la madre sustituta renuncia 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, al embrión concebido in vitro debe considerársele concebido para efectos legales donde su condición de persona y su protección legal no está en discusión.

Los artículos 326 y 329 protegen a los nacidos bajo la reproducción asistida, que por ningún motivo será impugnada la paternidad conservando la adquirida inicialmente para siempre.

El Título Séptimo del libro primero de este código, plantea las normas bajo las cuales deberán regularse las relaciones familiares en cuanto a los lazos filiales que existan entre los miembros de la familia.

El artículo 324 del Código Civil señala quiénes serán considerados hijos de los cónyuges, y son: los nacidos de matrimonio, los nacidos dentro de 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, estableciendo que esta disolución sea a consecuencia de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge; asimismo, determina que este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho hayan quedado separados los cónyuges por orden judicial.

En este sentido la ley establece que contra la presunción de hijo de los cónyuges se admitirán como pruebas las de haber sido imposible que los cónyuges hayan tenido relaciones sexuales, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que hayan precedido al nacimiento, así como aquellas que teniendo en cuenta los avances científicos se puedan ofrecer, abriendo con esto el criterio para analizar los hechos que se relacionen con la filiación entre hijos y padres.

Sin embargo, este no es el único precepto legal en el que el vertiginoso avance de la ciencia ha provocado que las técnicas para resolver los asuntos de filiación evolucionen, esto de acuerdo a lo que establece el artículo 326 en relación a la impugnación de la paternidad, ya que en el segundo párrafo dice:

...“Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio concibe su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubiera consentimiento expreso en tales métodos”.

Con la aplicación de técnicas que impliquen la utilización de medios que permitan la concepción distintos a los naturales, debemos observar que algunos conceptos relacionados con los vínculos entre padres e hijos comenzarán a resultar obsoletos, sin que esto implique la falta de una normatividad adecuada que establezca los procedimientos y métodos que la moral y las buenas

costumbres permitan, de igual forma podrían variar los conceptos y las situaciones a las que se tildará de ilícitas, ya que las puertas que actualmente abren los adelantos de la ciencia permiten hacer muchas cosas, y si bien es cierto que no todo lo que se puede hacer debe ser permitido, aquellas cosas que no impliquen la pérdida de valores y contrario sensu ayuden a la creación del ambiente propicio para el desarrollo físico y emocional de los hijos, el derecho como ciencia que busca el bien común está obligado a atenderlo.

El artículo 338 de este código señala que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo que no puede ser materia de convenio entre las partes, ni transacción, ni sujetarse a compromiso en árbitros, al respecto, no debemos entender como transacción ni compromiso en árbitros el hecho de que una pareja a través de diversas técnicas de reproducción asistida se encuentre en posibilidad de concebir un hijo, ya que los medios por los que se obtenga éste no están relacionados con el vínculo que la ley reconoce entre los padres y el hijo, situación que implica que sea reconsiderado el concepto con el que el derecho define a la filiación, ya que si bien el Código Civil no la define, la doctrina señala que el término filiación es el vínculo existente entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden unas de otras y que conforman una sola familia.

Esta relación se establece creando derechos y obligaciones constantes entre el padre o la madre y el hijo, constituyéndose un vínculo jurídico que el derecho reconoce por el hecho de la procreación o por alguna situación de derecho que permita a una pareja adquirir el estado de padres respecto de alguien, como sería el caso de la adopción, empero, la realidad actual y los adelantos científicos no permiten que se continúe aplicando este criterio, ya que las formas en las que una pareja puede procrear un hijo ya no se limitan al hecho del nacimiento, es decir, existe la posibilidad que de la mujer que da a luz un hijo, para la ley no sea a quien se le reconozca como su madre, lo que podría

ser equiparable a una adopción, en donde la madre del menor es una mujer distinta a quien lo concibió.

Por lo anterior, podemos concluir que el derecho debe avanzar al ritmo que la sociedad le exige, puesto que es su deber regular todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro potencial en el desarrollo de la humanidad.

El artículo 338 Bis del Código Civil del Distrito Federal señala:

“La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”.

Es decir, ya sea por adopción, técnicas de reproducción asistida e inclusive maternidad subrogada.

Por otra parte, este ordenamiento legal establece los medios de prueba con los que la filiación puede ser probada, es decir:

- a) Con el acta de nacimiento (artículo 340 C.C.D.F)
- b) Cuando el acta fuera defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo, y a falta de alguno de estos, se tomarán en cuenta aquellos que los avances de la ciencia permitan conocer lo que se busca sea probado, pero la testimonial no será aceptada salvo en el caso de que exista prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que pudieran considerarse bastante graves para considerar su admisión (artículo 341 del C.C.D.F)

Asimismo, en caso de que una persona haya estado en posesión de estado de hijo, reconocido por su madre, padre, familia, etc, esa posesión

quedará probada si además concurrieran alguna de las siguientes circunstancias artículo 343:

- Utilizar durante toda su vida los apellidos de sus padres, con anuencia de estos.
- Que sus padres siempre lo hayan tratado como hijo, proveyéndolo de alimentos, estudios, establecimiento; y
- El presunto padre o madre deberá tener la edad exigida por la ley para contraer matrimonio mas la edad del hijo que pretende como suyo, según lo establece el artículo 361 del C.C.D.F.

Entre las reformas aplicadas a este ordenamiento legal encontramos el artículo 378 del C.C D.F que a la letra dice:

“La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y lo ha proveído de su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será de sesenta días, contados desde que se tuvo conocimiento de él”.

De lo anterior, se desprende que si bien es cierto que la legislación sustantiva para el Distrito Federal, contempla a la reproducción asistida, como una forma de integrar una familia, también lo es que lo hace en forma escueta, y respecto a la maternidad subrogada, no la contempla de manera directa, lo que ocasiona las prácticas ilegales de éstos métodos dentro de nuestra sociedad.

3.5 Código Civil del 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 reciente creación publicada en Villahermosa Tabasco, en el suplemento al número 5696 del Periódico Oficial de 9 de abril 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 el artículo 324 señala lo siguiente:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial”.

En este precepto además de presumir como hijos de los cónyuges:

- I. Los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y
- II. Los nacidos dentro de los 300 días posteriores a su disolución, también se contempla los que nacen por las técnicas de inseminación artificial.

El numeral 327 del mismo ordenamiento, nos dice cuando no podrán desconocerse a los hijos por el varón:

“Artículo 327. 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 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. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 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 180 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. 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, encontramos que el concubinario no podrá desconocer a un hijo, que nazca después de los 300 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 el capítulo IV encontramos lo referente a las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges. En su numeral 347 establece:

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 un 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 artículo 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 a dar a luz, ya sea que ésta 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 a parir, se establece a favor de la madre contratante.

Este es el artículo que de manera expresa permite que se lleven a cabo los contratos de maternidad subrogada, aunque no dice cual deba ser la denominación del contrato.

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

“Artículo 349. 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 cual señala 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 a ser implantado en el útero de una madre sustituta.

El artículo 360 del mismo ordenamiento dispone lo siguiente:

“Artículo 360. 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”.

Este precepto legal 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. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

...

III. A llevar el apellido del que lo reconoce.

IV. A ser alimentado por éste.

V. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión intestamentaria, y

VI. A ejercer los derechos que este código concede a los hijos póstumos.

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

Este artículo nos señala los derechos de los que goza un hijo reconocido por su padre o madre o por ambos, y no excluye sino que los equipara a los hijos que se reconozcan, y que hayan nacido como resultado de las técnicas de reproducción humana artificial, puesto que un hijo nacido de un contrato de maternidad subrogada en el que se usaron las técnicas antes aludidas goza de todos los derechos prescritos en este artículo, de la pareja que contrató 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 a heredar de ellos en caso de intestado.

3.6 Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado.

Con la aplicación a nivel mundial de nuevas técnicas de reproducción o concepción asistida, han surgido nuevos y graves problemas de índole ético legal, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, incluso la creación de nuevas leyes, que rigen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia y hasta el derecho a la vida.

El cambio de los patrones demográficos ocurridos en los últimos cincuenta años en los países desarrollados y en los últimos veinte años en algunos países en desarrollo hace que la infertilidad adquiera una nueva magnitud y se convierta en un motivo de preocupación pública.

En el presente capítulo se hará una revisión de los problemas surgidos a nivel internacional con motivo de la aplicación de la maternidad subrogada, y de esta manera analizar las propuestas de órganos e instituciones internacionales para su aplicación, a fin de demostrar las limitantes que suponen las normas dispersas en las leyes vigentes y la ausencia de una legislación específica en nuestro país.

3.6.1 Francia.

En este país, existe desde julio de 1983 L.A.N.I.A.S (Assotiation Nationale pur 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 trató 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 Secretaría de Estado para la Sanidad, indicó que dichas asociaciones de madres substitutas eran ilegales.

El tribunal de apelación de París, en contra de la corriente sostenida por el Consejo de Estado Francés y el Comité Nacional de Etica, 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 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.⁵² 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 daño a la sociedad.

En París, 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

⁵² "La maternité en questions; etat d'akerte" Recueil Dalloz. No. 39, Novembre 1er Cahier, 2001, París Francia. Pág 45.

Magali, en este caso, Christine tuvo que someterse a un tratamiento psicológico por la tensión que implicó gestar al niño para después entregarlo.

En Francia, observamos 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 a cabo, además existen asociaciones profesionales que se dedican a esa actividad, incluso los mismos tribunales han convalidado la adopción de los niños a las esposas de los padres biológicos.

3.6.2 Estados Unidos de Norteamérica.

En los Estados Unidos de Norteamérica, a diferencia de nuestro país, se practica el derecho consuetudinario, que evoluciona según las necesidades de la sociedad, esto sumado al adelanto tecnológico, ha originado que surjan problemas y controversias derivados de la procreación asistida, y por ser un país al igual que el nuestro en el que existe soberanía estatal para regular y legislar en materia jurídica, han habido resoluciones contradictorias, como veremos más adelante.

Muchos Estados han promulgado leyes que por sus términos pudieran ser interpretadas como una prohibición de celebrar contratos subrogados cuando la madre natural recibe una remuneración, según las leyes de California es un delito pagar a un padre natural para que de a su hijo en adopción o colaborar con dinero en los procedimientos que culminen en tal situación, cuando menos otros quince Estados poseen normas similares.

Las leyes mencionadas aunque tienen como fin prohibir un mercado negro de adopciones y venta de niños, también podrían aplicarse al contrato con la madre subrogada. Se señala en muchos estados norteamericanos que cualquier remuneración que se haga a fin de obtener el consentimiento para una adopción es ilegal, razón por la cual los médicos deben solicitar a la madre subrogada que dé por terminados sus derechos maternales.

En el Estado de Nueva Jersey, en 1985, se practicaba ya la maternidad subrogada, con lo cual diversas personas obtenían beneficios, ya fuera el económico, o bien el hecho de poder contar con un hijo en el seno familiar, mismo que llenaba el hueco de aquella pareja que no podía concebirlos por diversos motivos que iban desde la infertilidad hasta problemas de salud.⁵³

La forma de obtener el hijo deseado se realizaba a través de la celebración de un contrato específico de prestación de servicios oneroso mediante el cual una mujer saludable se obligaba a prestar su cuerpo a fin de que en el se gestara un nuevo ser, en este contrato participaban además del padre y la madre del menor y en caso de que uno de los otorgantes fuera casado, intervendría también su cónyuge en la celebración del contrato el Instituto de infertilidad, ya que era el que se encargaba de la obtención de la mujer que se convertiría en el ente receptor y gestador del producto.

En los Estados Unidos se hacen contratos en los cuales las mujeres que suelen tener problemas económicos y que ya tienen hijos propios reciben dinero para llevar el embrión de una mujer que no puede retenerlo en su cuerpo, en los contratos se estipula que la madre portadora no debe preguntar nada sobre el bebé ni sobre dónde vivirá, después del nacimiento, su función es parecida a la de una probeta humana⁵⁴; sin embargo, se olvidan de que para una mujer estar embarazada y parir nunca es inocuo, muchas terminan queriendo retener el bebé con ellas y ahí empiezan larguísimos juicios en los tribunales.

En realidad son pocos los Estados de la Unión Americana que tienen estatutos que prohíban específicamente los contratos subrogados, pero en muchos de estos se interpretan como ilegales. Algunas legislaturas estatales, han comenzado a introducir o promulgar leyes al respecto, muchos estados lo han hecho respecto a normas que podrían considerarse como una prohibición

⁵³ Garrison, Marsha. "Law Making for baby making". Pág 62.

⁵⁴ Ibidem pág. 64.

para celebrar contratos si la madre natural recibe una remuneración aún cuando esas leyes son aplicables a situaciones de adopción.

El Dr. Richard Levin, de la ciudad de Louisville, del Estado de Kentucky, fue la primera persona en organizar contratos de maternidad sustitutiva, al abrir en 1980 una asociación de Maternidad por Sustitución, el Dr. Levin dijo que miles de parejas sin hijos buscaban sus servicios y que millares de señoras se mostraron interesadas en ser madres por sustitución, comenta que las candidatas deben someterse a un examen físico y psiquiátrico muy completo, firman un contrato mediante el cual ellas se comprometen a entregar al niño cuando nazca y a abstenerse de fumar, tomar licor e ingerir drogas durante el embarazo, la pareja y la madre por encargo nunca se encuentran cara a cara ni conocen sus nombres.⁵⁵

El Procurador General del Estado de Kentucky sostiene que pagar por contratos de maternidad por sustitución es violatorio de la ley del estado que prohíbe pagar por la consecución de un niño con fines de adopción.

En Washington la legislatura incluye un estatuto que prohíbe la venta de niños pero que dispone específicamente que una transacción entre los padres de un menor no constituye una venta. Así, en este estado los contratos subrogados pudieran considerarse como legales.

En Nueva York, un Tribunal sostuvo que el acuerdo que la madre natural tiene antes del parto para ceder a su hijo es contrario al instinto natural de maternidad y va contra las buenas costumbres.

En el caso de que la madre o el padre natural no cumplan el contrato subrogado y esto sea declarado así, con base en las buenas costumbres y el interés público, el tribunal podrá resolver que si la madre natural decide quedarse con el niño el padre natural no podrá solicitar la custodia fundamentándose en el contrato, y es probable que no se le reintegre al padre

⁵⁵ "A comparative análisis of Surrogacy Law in the U.S.A and Gran Bretaña". Louisiana Law Review. Vol 60, No. 3, Spring, 2000. Pág 35.

natural el dinero que pagó por adelantado porque según la ley se le considera como participante en un contrato ilegal.⁵⁶

Tratándose de un contrato si es la madre natural la que rompe el acuerdo el laudo del cumplimiento específico obligaría a quitarle la custodia de su hijo y que de por terminados sus derechos maternales.

Como se puede apreciar, en este tipo de contratos trajo aparejado el incumplimiento de las partes, siendo más frecuente el de la madre subrogada quien se negaba a entregar el producto. Tal es el caso del juicio seguido ante el Tribunal en el Estado de Nueva Jersey denominado "Baby M" que es uno de los más comentados en la literatura.

Según se sabe el seis de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, se celebró en los Estados Unidos un contrato de maternidad subrogada, suplente o sustituta, entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procreando una niña que nació el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y seis, establecida la controversia legal entablada por el señor Stern para obtener la patria potestad de la menor, producto de la inseminación artificial, el Tribunal inferior resolvió que el contrato era válido, beneficiando al padre biológico; sin embargo, ante la apelación presentada por la señora Whitehead, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey resolvió revocar la decisión del Tribunal inferior, declarándose que la madre subrogada biológica y gestante era la madre legal de la criatura a su vez la adopción de ésta por los señores Stern se declaró inválida e ineficaz.⁵⁷

Lo más sobresaliente del caso fue lo siguiente:

La madre subrogada fue inseminada artificialmente con el semen del padre biológico, procreando una criatura que nació el 27 de marzo de 1986, la misma fue inscrita con el nombre de Elizabeth e hija de los esposos subrogantes, tres días más tarde la madre biológica gestante y jurídica entregó a la recién nacida a los esposos, los cuales la llaman Melissa, al día siguiente la madre subrogada visitó a los esposos y ante la crisis emocional por la cual atravesaba, le dejan se lleve a la bebé por una semana, transcurren cuatro meses que comprenden hasta la huida a otro Estado de la Unión Norteamericana, antes de que la criatura regrese a casa de los esposos, después de varias órdenes judiciales, fundamentalmente relacionados con la custodia de la niña, los contratantes exigieron el cumplimiento del contrato.⁵⁸

⁵⁶ Louisiana Law Review. Vol 60, No. 3, Spring, 2000 Pág 42.

⁵⁷ "A comparative Analysis of Surrogacy Law in the U.S.A and Gran Bretaña". Ibidem Pág 38.

⁵⁸ Ibidem Pág 38.

Ante la controversia legal planteada, el Tribunal Supremo Estatal resolvió lo siguiente:

Determinó la invalidez e inexigibilidad del contrato celebrado, pues uno de los fines principales del contrato de maternidad subrogada de lograr la adopción de un niño por gestiones de una agencia privada, el uso de dinero para lograr ese propósito es ilegal, ya que el dinero fue pagado para lograr una adopción y no por los servicios personales de la madre subrogada, aunque la esposa del padre biológico no fue parte del contrato entre él, la madre biológica y su cónyuge, la renuncia de la madre subrogada a todo derecho materno filial sobre la criatura facilitó y posibilitó a la esposa del padre biológico la adopción de la criatura, de donde se transparenta uno de los fines del contrato. Explica además la ausencia como parte contractual de la esposa del padre biológico: evadir el posible argumento de que estaba comprando un niño, acto prohibido por la ley, porque el acto fue uno de adopción; en consecuencia, se declaró que la madre subrogada biológica y gestante, era la madre legal de la criatura, a su vez, la adopción de la criatura por la esposa del padre biológico posibilitada por el fallo del Tribunal inferior declarando válida la renuncia de todo derecho materno filial por la madre subrogada, fue declarada inválida e ineficaz. La custodia de la niña fue concebida a su padre biológico, también legal, confirmándose en este aspecto la decisión del tribunal Inferior y se le concedieron derechos de visita a la madre.

Hay otros pronunciamientos de interés en el caso que nos ocupa, el mismo tribunal señala que no es lesivo al ordenamiento jurídico vigente en el Estado de Nueva Jersey el que una mujer voluntariamente y sin que medie pago, convenga en ser madre subrogada, siempre que no esté obligada a renunciar a su criatura. El pago y la renuncia de derechos materno filiales son los elementos que difieren de esta alternativa de contrato de maternidad subrogada y la del caso Baby M.

Así como se resolvió el caso descrito con anterioridad, a favor de la madre subrogada, hay otros contrarios como lo sucedido en Nueva York, en el cual se celebró un contrato de ese tipo en el que la mujer en lugar de dar a luz un solo hijo tuvo gemelos, ante tal situación, la parte aportante de la célula germinal masculina decidió conservar a uno de los recién nacidos y dar en adopción al

otro, ante lo cual la madre subrogada demandó ante el tribunal correspondiente la nulidad del contrato y la guarda y custodia de ambos nacidos.

El tribunal que conoció de los hechos resolvió a favor del padre biológico, bajo el argumento de que había cumplido en su totalidad con las obligaciones del contrato, por lo que al tener la responsabilidad y guarda de los menores, podía resolver y decidir sobre la situación jurídica y moral de éstos, por lo que si deseaba dar en adopción a uno de ellos podía hacerlo libremente.

En U.S.A han proliferado los despachos jurídicos que brindan un servicio completo que va desde la selección de la madre subrogada hasta supervisar el cumplimiento del contrato, el cual es redactado por ellos garantizando el cumplimiento y comprometiéndose en caso necesario a defenderlo ante cualquier tribunal, cuentan para ello con una amplia gama de posibles madres subrogadas y dan a escoger a los contratantes a la persona que servirá como vientre de cría o como parte aportante del óvulo, acreditando los antecedentes familiares a fin de que se conozcan los rasgos del posible hijo, además de garantizar la salud de la madre subrogada.

Los despachos jurídicos garantizan el cumplimiento del contrato por parte del aportante mediante el depósito de las cantidades pactadas en cuentas bancarias, incluyendo en éstas sus honorarios que son divididos por partes, una por la selección de la posible candidata, otra por la elaboración del contrato y una última que se pagará una vez entregado el producto.

Por todo lo anotado anteriormente, podemos concluir que en Estados Unidos de Norteamérica se ha creado una industria alrededor de la maternidad subrogada que genera grandes beneficios económicos y simplifica en tiempo y trámites los necesarios para una adopción que en muchos casos no era conseguida.

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

Uno de los principales motivos para que en los Estados Unidos se modificaran sus criterios legislativos sobre la maternidad subrogada fue la falta de leyes que la prohíban o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de contratos aumentarán paulatinamente.

3.6.3 España.

España es considerado el primer país europeo en emitir una Ley que regula la inseminación artificial y la fecundación in vitro, aunque ya el 22 de diciembre de 1985 Suecia había dictado una ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial.

España es uno de los pocos países donde se tiene regulada la maternidad subrogada, el Informe de la Comisión Especial de Estudios 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 (dedicada a la gestación por sustitución) contiene las siguientes recomendaciones...⁵⁹

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 realicen las técnicas para la gestación de sustitución.

⁵⁹ Leonseguí Guillot, Rosa Adela. "En torno al estado de Bienestar". Revista.- Boletín de la facultad de derecho. 2ª época, No. 7, 1994. Madrid, España.

El 20 de octubre de 1988, fue aprobada la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida, la cual cuenta con 21 artículos, y es muy precisa al regular la materia, señalando entre otras cosas:

- a) Que las formas de reproducción humana asistida son la inseminación artificial, fecundación in vitro, con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos, los cuales podrán ser practicados siempre que estén científica y clínicamente indicados.
- b) Deberán realizarse en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, con equipo especializado.
- c) Las técnicas de reproducción asistida tiene como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros medios se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.
- d) Las técnicas solo podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible reforzarlas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas.
- e) Se regula el secreto que debe existir en torno a la identidad del donador del semen, en el artículo 5.5 en el que se prescribe que debe mantenerse el anonimato, pero el niño o niña tienen derecho a recibir toda la información general que requieran sin que le sea revelada la identidad, derecho que asiste también a las receptoras de los gametos.
- f) Cualquier mujer puede ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas siempre y cuando tenga al menos 18 años de edad, plena capacidad de obrar y conste su consentimiento por escrito.
- g) Respecto a la fecundación post mortem, la ley española indica que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse

efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, empero, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento que su material reproductor se utilice en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciéndose así los efectos legales de la filiación matrimonial.

- h) Será nulo el contrato en el que la mujer renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, ya que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 10.1 de esta ley establece 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 reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”.

Este artículo de manera expresa prohíbe y dispone que serán nulos los contratos de maternidad subrogada, independientemente 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 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.

De lo antes expuesto, surgen varias interrogantes por ejemplo, ¿es diferente cuando la madre portadora es familiar de la mujer que no puede llevar el embarazo y lo hace en forma altruista?, ¿qué pasará cuando el niño crezca y sepa que fue parido por la abuela o por la tía y no por la madre? Y la abuela o tía ¿tendrán algún instinto maternal hacia ese hijo-nieto o hijo-sobrino?, otra pregunta válida es si mujeres del sectores medio-altos que quieran tener una vida profesional plena no le encargarán a mujeres pobres que lleven el embarazo del embrión que ellas gestaron con su marido, así se ahorran los nueve meses de preñez, estos temas no son ciencia ficción, sino algo que ya sucede en nuestros días y merece ser debatido socialmente.

Una vez analizadas las diferentes posturas que han asumido los países mencionados en el presente capítulo, observamos que no obstante la infertilidad y por ende la recurrencia a las técnicas de reproducción asistida, en este caso la maternidad subrogada, se trata de un problema social en la dinámica interna de la pareja, bien pudiera constituir un serio problema de salud que los gobiernos sin descuidar el destino de los recursos y atendiendo al orden de prioridad que debe existir cuanto a los males que aquejan la salud de la humanidad, están obligados a solucionar.

**CAPITULO 4. PROPUESTA DE ADICIONAR LA
MATERNIDAD SUBROGADA AL ACTUAL
CODIGO CIVIL FEDERAL.**

CAPITULO 4. PROPUESTA DE ADICIONAR LA MATERNIDAD SUBROGADA AL ACTUAL CODIGO CIVIL FEDERAL.

Una de las causas que ha despertado mi inquietud por elaborar esta tesis, es el hecho de que en nuestro país la práctica de la inseminación artificial es una realidad, y la falta de una adecuada regulación, ha desencadenado conflictos sin solución jurídica. Cabe aclarar que si bien, el Código Civil para el Distrito Federal regula a los métodos de fecundación asistida, lo hace de forma muy genérica, por otra parte, la Ley general de Salud y su reglamento, abordan este tema de forma no muy precisa y estableciendo los requisitos para la práctica de este método, lo que nos lleva a darnos cuenta de la imperiosa necesidad de regular dicha figura jurídica en dicho ordenamiento federal, y porque no, que sea tomado como modelo para el resto de las entidades federativas.

Por ello, nuestra propuesta va encaminada a regular la Maternidad Subrogada dentro del Código Civil Federal, y proporcionar mejores condiciones para las parejas deseadas de tener hijos e imposibilitadas para engendrarlo y de igual forma proteger los derechos de los nacidos bajo la técnica de la inseminación artificial.

En este sentido podemos señalar que el hecho de que una ley en el momento en que se estudia, no tenga previsto determinado hecho, es debido a que en el momento en que se realizó el análisis y el estudio jurídico que derivó en determinada norma, debe haber sido adecuada a la realidad social de la época; sin embargo, la evolución social provoca la necesidad de actualizar los preceptos, rompiendo con los paradigmas que, de prevalecer podrían significar un retraso irreparable en la aplicación de la ley.

4.1 Laguna en la Ley en cuanto a Maternidad Subrogada.

Desde hace aproximadamente dos décadas, hemos sido testigos de la enorme y generalizada expansión de las nuevas técnicas de reproducción humana. Los desarrollos de la genética, han desarrollado una importante laguna legal.

Mientras médicos, biólogos, sociólogos, psicólogos y moralistas discuten, la pregunta del jurista se hace obligada: ¿debe el derecho prestar su atención a este reciente fenómeno?, ¿debe aguardar por el momento, dejando las posibles cuestiones litigiosas que se originen sin regular para que sean resueltas por los tribunales en aplicación de unas normas que se revelan insuficientes?.

Para que cualquier problema social tenga una relevancia tal que le haga apto para merecer la atención del ordenamiento jurídico sería preciso que, cuando menos, se diera una sola de estas condiciones; a) la proliferación del propio hecho social y b) que, aun siendo escaso su número, el hecho tenga un contenido importante, por lo que es claro que en el problema que nos ocupa, concurren ambos requisitos.⁶⁰

La laguna legal originada, debe cubrirse de modo urgente, ya que la ausencia de normas es sorprendente, no obstante que muchos países europeos han llevado a cabo sustanciales reformas de su derecho de filiación, en donde los intentos de definir y regular las situaciones que la ciencia ha creado y que el Derecho debe contemplar.

No debemos olvidar que no legislar sobre algunas conductas, acarrea el riesgo de que sean reputadas lícitas por no estar expresamente prohibidas, la procreación humana artificial, merece un encuadre legislativo que garantice el respeto de los derechos fundamentales del hombre.

Efectivamente, si tratamos de implantar la utilización de la maternidad subrogada, tomando las leyes actuales, estaremos hablando de actos ilícitos y carentes de obligatoriedad, ya que no tendrían fundamento legal y por lo tanto

⁶⁰ Gafo, Javier et al, Op cit pág 107.

serían nulos, empero, no podemos pasar por alto la realidad social, ya que actualmente es un medio que cualquier persona puede utilizar para obtener sus fines y que en ese supuesto el derecho puede regular estableciendo alcances y limitaciones o puede mantenerse sin movimiento dejando que cada cual se conduzca de acuerdo a sus intereses, para después regularlas porque se hubieran presentado situaciones en exceso.

Si estamos de acuerdo en que no todo lo que se puede hacer debe realizarse ya que estaría en peligro la individualidad del ser humano, debe ser importante reformar las hipótesis jurídicas que ya no sean viables de aplicación por el rápido desarrollo social y estar a la vanguardia, y que dichas normas estén apegadas a la realidad, orientando las líneas de interpretación legal, para dejar al arbitrio de los jueces la valoración de problemas con criterios sutiles y la evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan suscitando con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y de la misma sociedad abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

Podemos darnos cuenta de cómo las diversas técnicas de reproducción humana asistida, han modificado la naturaleza misma de la maternidad, con lo que ha dejado de ser cierto que la misma se prueba únicamente con el parto, lo que plantea a los juristas interrogantes a la que nunca se había enfrentado por ejemplo: ¿a qué mujer debe atribuirse la maternidad de un menor, cuando por medio de la reproducción asistida, dos o incluso más mujeres pueden determinar el nacimiento de un hijo: la que decide que nazca (sea una mujer soltera, casada, o bien, unida en concubinato); la que aporta el óvulo (puede ser o no la anterior) y la que gesta y alumbró el hijo?.

4.2 Problemática jurídica que se presenta con relación a la Maternidad Subrogada.

Dentro del ámbito jurídico se produce una situación especial en la que un avance científico produce el cambio de las tradicionales estructuras del Derecho.

Se producen graves consecuencias en la institución jurídica de la familia, tanto en su estructura como en sus funciones tales como han sido hasta hoy.

En el caso que nos ocupa, hasta hace poco tiempo la maternidad se probaba con dos elementos: el parto y la identidad del producto del parto con el sujeto cuya filiación se trate; sin embargo, desde que aparecen y se practican las técnicas de reproducción asistida, se produce una disociación en el concepto de madre, es así como después de consultar diversos autores podemos concluir que:

Dicha disociación se refleja en el hecho de que se puede hablar de tres figuras maternas:

1.- Madre genética: La que aporta los gametos para la fecundación, aquella de quien procede el óvulo fecundado.

2.- Madre gestante: Es la que lleva a término el embarazo, una vez implantado en su útero un óvulo ya fecundado pero no aportado por ella.

3.- Madre legal o social: Es la que reconoce la sociedad y la ley como madre, es decir, por ser ella la que asume las responsabilidades, deberes y derechos inherentes a la maternidad.

La problemática materna se agrava cuando la técnica a utilizar consiste en la maternidad subrogada, ya que es aquí cuando se pueden presentar las tres figuras maternas.

Por una parte, tenemos a la mujer que aporta el óvulo (madre genética), por otra a la mujer que va a ser intervenida con dicho óvulo ya fecundado y la cual va a desarrollar el embarazo (madre gestante); pero una vez que de a luz entregará el recién nacido a la mujer que se hará cargo de él (madre legal o social).

En este procedimiento, la madre genética también puede ser la gestante, por ser ella misma quien aporte el óvulo y quien lleve a cabo el embarazo para entregarlo posteriormente a la madre legal.

Hasta hace poco tiempo resultaba increíble que existiera esta disociación en el concepto de maternidad, ahora es una realidad que pone en entredicho,

los conceptos tradicionales que desde siempre se han venido manejando en nuestro derecho de familia, concretamente en el ámbito de la filiación.

Ante esta situación y sin una regulación adecuada, nos preguntamos ¿quiénes son los padres que tienen el derecho sobre el hijo nacido?, como este puede surgir una gama de conflictos en torno a la maternidad subrogada.

Por otra parte surgen otras controversias, como lo es el hecho de que al reconocer la calidad de sujeto de derecho al embrión a partir de la concepción, evidentemente, él es titular de derechos hereditarios, desde aquel momento, condicionados a que el nacimiento se produzca con vida, por tanto, el embrión generado por técnicas de fecundación extracorpórea es titular de derechos hereditarios, aunque en el momento de la apertura de la sucesión todavía no esté en el cuerpo de la madre.⁶¹ Obviamente, resultaría más sencillo privar de derechos sucesorios al concebido no implantado; pero ello no resulta coherente con su calidad de sujeto de derecho.

En los supuestos de maternidad subrogada si el hijo es, como se ha dicho, de quien da a luz, no será tenido en cuenta en la sucesión de quienes no son sus padres, es decir, de quienes aportaron sus gametos, sino solo en la de sus padres legales (los únicos).⁶²

En materia de alimentos, el licenciado Rojina Villegas en su obra titulada Derecho Civil Mexicano define el derecho a percibir alimentos de la siguiente manera:

Podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona llamada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.⁶³

Tal y como lo establece la anterior definición, los alimentos constituyen aquello que le es necesario a una persona para poder subsistir.

⁶¹ Loyarte, Dolores Adriana y coaut. Op cit.pág 413.

⁶² Gafo Javier et al. Op cit. pág 133.

⁶³ Rojina Villegas, Rafael. Op cit. Pág 320.

Como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, en el derecho positivo civil existen varias y muy graves lagunas respecto de la paternidad y/o maternidad y la patria potestad que corresponden al hijo producto de una inseminación artificial, lagunas de ley que repercuten directamente en materia de alimentos, ya que, como es sabido, la obligación alimentaria es una consecuencia jurídica de la paternidad y/o maternidad y la patria potestad.

En el caso de la celebración de un contrato de maternidad de sustitución por inseminación artificial, si dicha inseminación fue consentida por el cónyuge de la madre gestante, sólo a dicho cónyuge se le atribuiría la paternidad del hijo nacido en virtud de dicho contrato, estableciéndose así la obligación alimentaria, ello de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 326 y 329 del código civil para el D.F.

Como acertadamente lo indica Javier Arellano García, en su tesis profesional para obtener el título de licenciado en Derecho, *en el supuesto de que no fuera casada la mujer que interviene con el carácter de madre gestante en la celebración del contrato de maternidad de sustitución, y conoce la identidad del donador de semen, (quien podría ser el esposo de la madre social), dicha madre gestante podría ejercitar una acción de investigación de la paternidad en contra del padre biológico del niño, obligándole a ministrarle alimentos. En este caso, la obligación alimentaria sí se encuentra a cargo de la persona correcta, es decir, el hombre que desde un principio quería que le fuera atribuida la paternidad legal del infante.*

El cuerpo legislativo del fuero federal, debe analizar cuidadosamente las diversas situaciones que pueden generarse con motivo de una inseminación artificial, máxime si se trata de algo tan imprescindible para la vida humana como lo son los alimentos.

Observamos que en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. En nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta, para el derecho, el padre es el marido o concubino

de la madre; que a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre; sin embargo, las técnicas de reproducción asistida que ya forman parte de nuestra vida diaria, nos enfrentan a la realidad que cuestiona desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables como son la filiación, maternidad, paternidad, patria potestad, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias y la posibilidad de contratar con una tercera persona para que sea el vehículo a través del cual se obtenga el hijo deseado. Estos avances científicos nos obligan a replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora, puesto que nos llevan a reflexionar en particular sobre la filiación, ya que de la aplicación de estas técnicas y con base en el concepto que conocemos actualmente de la filiación, surgen por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre.

Por lo anterior, es preciso tomar en cuenta que a pesar de que al parecer la maternidad subrogada representa un riesgo para nuestra sociedad, es cierto que ya es una realidad y que se practica en algunos centros de salud nacionales e internacionales, por lo que resulta necesario legislar de manera amplia y tolerante dando respuestas alternativas a la Institución de la Filiación, es decir, no destruir la Institución como tal, sino adecuarla a las expectativas que están creando el uso de estas técnicas, es decir, permitiendo el uso de las mismas, cuando se observe un deseo de asumir la maternidad y paternidad con responsabilidad y verdadero compromiso hacia los menores que nacen a través de estas técnicas por lo que también se hace indispensable establecer límites a las manipulaciones genéticas cuando éstas atentan contra la dignidad e integridad humana.

En ese sentido, podemos afirmar que es obligación de nuestra ciencia jurídica evolucionar y romper con los paradigmas que detienen su crecimiento para estar en posibilidad de velar por el bien común y al mismo tiempo regular aquellas actividades que se realizan sin que existan normas y órganos de control que vigilen su aplicación.

4.3 La Filiación en torno a la figura de la maternidad Subrogada.

Como se ha visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo, con el empleo de las diferentes técnicas de inseminación artificial en esta caso, la maternidad subrogada, nos obligan a replantear el concepto que hasta este momento tenemos de la filiación, ya que puede darse el supuesto de que el padre y la madre de los menores nacidos a través de este método sean los padres genéticos, no así los biológicos por encontrarse la mujer imposibilitada para la procreación por diversos factores que ya han sido comentados.

En este supuesto, se desdobra la vinculación genética: por un lado existe un nexo físico entre madre e hijo, por el embarazo y el parto; pero por el otro, falta el nexo genético, ya que la madre parturienta no concibió al niño con su propio óvulo sino con uno ajeno.⁶⁴

Es así como la actual redacción del Código Civil establece la identificación entre la madre gestante y la madre legal que es la aplicación del principio del Derecho Romano *partus sequitur ventrem*, sin embargo con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, esta unidad puede fracturarse cuando el niño nacido no es hijo genético de la mujer que dio a luz, como en el caso de la maternidad subrogada, empero, en ambas hipótesis conforme a la ley vigente, madre será la del parto.

La solución que se le puede dar en nuestra legislación a la maternidad subrogada, es que la mujer del varón que aportó su gameto, adopte por la vía legal al niño, para que establecer el vínculo de la filiación.

Para Gafo, en los supuestos de maternidad subrogada, si el hijo lo es, como se ha dicho de quien da a luz, no será tenido en cuenta en la sucesión de quienes no son sus padres, es decir, de quienes aportaron sus gametos, sino solo en la de sus padres legales.⁶⁵

⁶⁴ Loyarte, Dolores Adriana y coaut. Op cit Pág 260.

⁶⁵ Gafo, Javier, et al. Op cit Pág 133.

Respecto a los usuarios de la técnica de maternidad subrogada, cuando el hombre y la mujer han dado sus gametos y éstos al ser inseminados en una tercera persona, siendo esta última la que de acuerdo con nuestra legislación es la madre y en consecuencia los parientes de esta son parientes del niño, existe una negación del hecho natural ya que este tipo de parentesco se establece por los "lazos de sangre", que el menor tenga con sus padres y al no tener este ningún vínculo de este tipo con la gestante y sí con los portadores de los gametos el menor debe tener derecho a que estos sean reconocidos como sus padres y de esta manera, poder tener la certeza de conocer sus orígenes, puesto que los donantes han dado la totalidad del patrimonio genético del menor y con la ayuda de la tercera persona los usuarios de esta técnica pueden tener descendencia. El jurista Soto Lamadrid respecto de la maternidad subrogada opina lo siguiente: 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 y la visible nulidad del contrato de subrogación materna, pero no será así en la hipótesis de quien solo 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 llevó a cabo el embarazo y soportó el parto.⁶⁶

Sin embargo, de acuerdo con nuestra legislación cuando la madre subrogada, ya sea que aporte o no su óvulo, si es ella quien da a luz, para nuestra ley sigue siendo la madre para todos los efectos legales y en cuanto al contrato, es inexistente. 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 duda sobre la paternidad del niño, porque ésta se establece por el consentimiento del marido para que la mujer se

⁶⁶ Soto la Madrid, Miguel Angel. Op cit Pág 79.

insemine artificialmente, por lo que esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico, como origen de la relación paterno filial.

Ahora bien, en el supuesto de que la arrendadora del útero esté casada, y el óvulo y el espermia 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, empero, para todos 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.

En síntesis, 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 ya lo mencionamos, podrá ser atribuida al marido de la mujer portadora si está 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. Y si él no dio su consentimiento expreso, podrá impugnar el nacimiento y será hijo extramarital, dándose la opción de que el padre que donó el semen lo reconozca basándose en los preceptos legales precitados.

Por lo tanto, los efectos en relación a los hijos habidos de matrimonio, y a aquellos hijos que estuvieren dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de los padres, o por sentencia en la investigación de la paternidad o maternidad son:

Apellido: Este efecto consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, que se deriva de la obligación que tienen los padres, respecto a los hijos de conceder su apellido para integrar el patronímico

de sus descendientes. Es un deber fundamental y necesario para acreditar el estado civil (artículos 55 y 59 C.C D.F).

En el acta de nacimiento deberán constar el nombre y apellido que le correspondan al hijo. Se asentarán los nombres de los padres y de los abuelos; si se trata de filiación por reconocimiento se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen. (artículos 58 y 389 fracción I C.C D.F). La misma regla se aplica para el caso de adopción (artículo 395 C.C D.F).

Alimentos: Como consecuencia de la relación jurídica paterno- filial, incumbe a los padres respecto a los hijos matrimoniales como a los reconocidos, la obligación de alimentarlos en los términos establecidos por el Código Civil, incumbe a los hijos dar también los alimentos a los padres en los supuestos establecidos por el mismo código (artículos 303 y 304 C.C D.F).

Patria potestad: Al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores (artículo 414 C.C D.F).

Nuestra legislación no distingue entre hijos según su origen. La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial. Se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio y por ambos cuando los padres que reconocen viven juntos. En caso de divorcio o separación, uno de ellos ejercerá la patria potestad y el otro puede conservarla o perderla según las circunstancias.

Derechos sucesorios: Establecida la relación paterno-filial, los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley. Siendo los alimentos un derecho evidente de los hijos habidos de matrimonio, el artículo 389 en su fracción III lo consagra para hijos reconocidos.

En relación a los alimentos el testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga la obligación de proporcionárselos al momento de la muerte; en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

La forma en que está regulada la filiación en nuestra ley, 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 nuestra legislación civil existe la obligación a cargo de los padres a proporcionar los alimentos, sin embargo creo que difícilmente a través de una pensión alimenticia, se pueda garantizar los derechos de un menor cuyas circunstancias de nacimiento implican el desconocimiento de sus antecedentes genéticos, sin embargo la procreación asistida debe ser controlada por el derecho siendo el medio de control de la misma la Institución de la Filiación.

Es importante replantear los fundamentos que hasta hoy regulan lo relativo a la filiación ya que en esta Institución se encuentran los derechos fundamentales de la sociedad y como consecuencia de toda persona, por lo que resulta primordial legislar de manera amplia y tolerante dando respuestas alternativas a la Institución de la Filiación, no destruirla como tal sino adecuarla al uso de estas técnicas.

4.4 Análisis del Contrato de Maternidad Subrogada.

Antes de entrar al análisis del contrato de maternidad subrogada, explicaremos lo que es un contrato:

Debemos comenzar por señalar que el artículo 1792 del Código Civil Federal, define al convenio como "el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones"; asimismo, el artículo 1793 de dicho ordenamiento establece que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Miguel Ángel Zamora y Valencia, establece que en el derecho positivo mexicano, se precisa una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que

ambos son a su vez, especies de actos jurídicos y que todas las disposiciones jurídicas aplicables a los actos también lo serán a los convenios.⁶⁷

La mayoría de los autores mexicanos, por no decir todos, siguiendo el criterio del Código Civil, clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez, la falta de los requisitos de validez producen nulidad y los de existencia producen inexistencia.

Un contrato es considerado como acto jurídico, toda vez que existe consentimiento así como la intención de crear consecuencias de Derecho y que además reúne los elementos de existencia y validez que debe contener un acto jurídico y se mencionan a continuación:

Para que se pueda decir que un acto jurídico existe, son tres los elementos esenciales: consentimiento, objeto y solemnidad: (los dos primeros encuentran su fundamento en el artículo 1794 del código civil y el tercero se deduce de la ley).

Consentimiento: Siguiendo a Ramón Sánchez Medal, dicho término debe entenderse en dos sentidos: como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades⁶⁸ y a su vez se descompone en dos momentos: la oferta o propuesta y la aceptación.

Objeto: Conforme a la definición del contrato (1793), el objeto directo del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos, mientras que el objeto indirecto se refiere a que el deudor cumpla una prestación de dar, hacer y no hacer. "El objeto de la obligación deberá tener las siguientes características: *que sea determinado, estar dentro del comercio, que sea posible física y jurídicamente, que sea lícito*".⁶⁹

En cuanto a los elementos de validez, establecidos por el artículo 1795, que son aquellos que la ley exige no solo para dar firmeza, sino la certeza de que el contrato se ha realizado conforme a los requisitos de ley, estos son:

⁶⁷ Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Ed Porrúa, 8ª edición, México 2000. Pág. 21.

⁶⁸ Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Ed. Porrúa, 17ª edición, 1999. Pág 30.

⁶⁹ Ibidem pág 37.

- **Ausencia de vicios de la voluntad (lesión, dolo, error, violencia y mala fe).**

Lesión. *Prevista en el artículo 17 del Código Civil, es la desproporción entre lo que se da y lo que se recibe, y quien la sufre tiene derecho a pedir la nulidad del contrato, la reducción equitativa de la desproporción más el pago de daños y perjuicios, acción que de no ejercerse dentro de un año prescribe.*

Dolo. *Son las maquinaciones, artificios de los que se vale una persona para hacer caer en el error a otra.*

Error. *Es la falsa creencia de la realidad.*

Violencia. *Puede ser física o moral, son actos tendientes para que una persona exprese su voluntad.*

Mala fe. *Consiste en hacer actos encaminados para que a una persona se le haga permanecer en el error.*

- **Capacidad, dividida en capacidad de goce** (derechos y obligaciones) **y capacidad de ejercicio** (ejercer o cumplir esos derechos u obligaciones).

Capacidad de goce. *Se adquiere desde que el individuo es concebido, según la disposición del artículo 22 del Código Civil, y la denominada **de ejercicio**, conforme a la cual podemos ejercer nuestros derechos y cumplir nuestras obligaciones según nuestra propia voluntad, capacidad que adquirimos al cumplimiento de la mayoría de edad y en disfrute de nuestras facultades mentales.*

- **Formalidad,** (Es la manera de expresar la voluntad, exigen una forma, ya sea por escrito por escritura pública, son la excepción de los consensuales); y
- **Licitud.**

Siguiendo a Miguel Ángel Zamora y Valencia, los contratos se clasifican en:

1) Contratos Unilaterales y Bilaterales: Los contratos desde el punto de vista de las obligaciones que generan se clasifican en unilaterales o bilaterales. Si generan obligaciones para ambas partes son

bilaterales; si sólo generan obligaciones para una de las partes y derechos para la otra, son unilaterales.

2) Contratos Onerosos y Gratuitos. Si genera provechos y gravámenes recíprocos es oneroso; si sólo genera provechos para una de las partes y gravámenes para la otra, es gratuito.

3) Contratos Conmutativos y Aleatorios. Si los provechos y gravámenes que genera para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración misma del contrato, será conmutativo; si esos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias o situaciones posteriores a su celebración, será aleatorio.

4) Contratos Solemnes, Formales y Consensuales. Desde el punto de vista de la manera en que puede o debe manifestarse la voluntad y por ende el consentimiento, los contratos se clasifican en solemnes, formales o consensuales. Cuando la ley exige una forma determinada y no otra diferente para que se produzcan ciertas y determinadas consecuencias y prevé que si no se satisface esa forma, no se producirán esas consecuencias el acto se califica de solemne. Cuando la ley exige una forma determinada y no otra diferente para que se produzcan determinadas consecuencias pero esas consecuencias se producen también aunque no se satisfaga la forma prevista y sólo se establece la nulidad del contrato por la falta de tal forma, destruyéndose retroactivamente esos efectos cuando se pronuncie por el juez la nulidad el contrato se clasifica y califica como formal. Cuando la ley no exige forma determinada para la validez de un contrato, sino que deja a las partes la libertad más absoluta para darle la forma que ellas determinen, el contrato es consensual, sin que eso signifique que el contrato pueda celebrarse sin forma.

5) Contratos Reales y Consensuales. Si la entrega de la cosa es indispensable para la existencia del contrato, éste es real; si la

entrega no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato, sino que éste se perfecciona por el acuerdo de las partes, el contrato será consensual y como consecuencia del mismo, nace la obligación de la entrega.

- 6) Contratos Principales y Accesorios.** Los principales son aquellos que su existencia y validez no dependen de la existencia o validez de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado; los accesorios son los que su existencia y validez dependen de la existencia o de la posibilidad de que exista una obligación o de un contrato previamente celebrado y en atención a esa obligación se celebra el contrato.
- 7) Contratos Instantáneos y de Tracto Sucesivo.** Los instantáneos son aquellos en que las prestaciones de las partes pueden ejecutarse o pueden cumplirse en un solo acto; los de tracto sucesivo son aquellos en que las prestaciones de las partes o los de una de ellas, se ejecutan o cumplen dentro de un lapso determinado, porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un solo acto.
- 8) Contratos Nominados e Innominados.** La ley no reglamenta el contenido de todos los contratos, sólo lo hace con los contratos más frecuentes e importantes; a los contratos que menciona y cuyo contenido disciplina el legislador se les llama contratos nominados o típicos y a los que no reglamenta aunque a algunos de ellos simplemente los mencione se les llama innominados o atípicos. En los contratos innominados o atípicos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por voluntad de las partes, en ejercicio también de la libertad contractual; asimismo, a los contratos innominados se les puede dividir en dos grandes grupos; *contratos innominados en sentido estricto* o *contratos innominados puros*, que comprenden tanto los contratos que tienen un contenido completamente extraño

a los tipos legales como los contratos que tienen un contenido sólo parcialmente extraño a los tipos legales.⁷⁰

Para Javier Gafo, es posible la existencia de un contrato en el que siendo la mujer capaz de concebir, pero no para gestar, decide "alquilar" el útero de otra mujer como medio portador del embrión fecundado in vitro con gametos de la pareja. Estaremos ante el caso de un niño concebido por una mujer y alumbrado por otra. O más difícil todavía: siendo la mujer incapaz para concebir y para gestar, el semen de su marido o compañero es utilizado para fecundar el óvulo de otra mujer que, a su vez va a asumir el embarazo por encargo. Se trataría entonces de un "alquiler de útero con compra de óvulo". Por lo anterior, dicho autor propone que si a pesar de la prohibición, se verifica el nacimiento por medio de un acuerdo de subrogación la ley debe regular los efectos en cuanto a la filiación del así nacido, adoptando una normativa que evite situaciones confusas y peligrosas.

Para Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, los casos de maternidad subrogada o maternidad por encargo, o alquiler de útero, les parecen inadmisibles y deben ser objeto especial y expreso de rechazo por parte de la legislación civil, por cuanto desnaturalizan el vínculo de la maternidad, lo escinden y corroen en su esencia misma, ya que tanto su causa-fin como su objeto son ilícitos.⁷¹

El profesor Ernesto Gutiérrez y González señala que no todos los hechos o abstenciones que van contra la ley son ilícitos, pues existen diversos tipos de ley, a saber: supletoria o permisiva, prohibitiva, preceptiva, imperativa u ordenadora. Y una vez que se determine frente a que tipo de ley se produce una conducta, se podrá precisar si tal conducta es lícita o ilícita.⁷²

Cuando se trata de una ley supletoria, es aquélla que el Estado crea para regir las conductas humanas cuando los sujetos que producen estas conductas no tienen previstas todas las consecuencias de su conducta. Esta ley es aplicable

⁷⁰ Sánchez Medal, Ramón. Op cit, pág 521

⁷¹ Loyarte, Dolores Adriana y coaut. Op cit, pág 416.

⁷² Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 12ª edición, México 1998. Pág 314

cuando aquella encargada de regular una situación es omisa en algunos aspectos, en este sentido, aún cuando se está pactando un hecho que no está previsto por la ley, no se trata de un hecho ilícito.

Existen disposiciones prohibitivas, que aún cuando los particulares las atacan, por conveniencia social, se permite que subsistan sus efectos, es decir las consecuencias del acto y se les aplica a los infractores una sanción de tipo administrativo.

Esta última clasificación de las leyes nos permite analizar el hecho de que en ocasiones la hipótesis planteada en un ordenamiento jurídico puede verse rebasada por la realidad social y el derecho, en este entendido, permite que las consecuencias de este hecho persistan por considerar que más que perjudicar el orden y la legalidad, representan la necesidad de reconocer la amplitud de ideas que debe tener el derecho al establecer las normas que regulan la actividad humana.

El jurista Soto Lamadrid respecto de la maternidad subrogada opina: 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 llevó a cabo el embarazo y soportó el parto.⁷³

Pero en nuestro marco jurídico, cuando la madre subrogada, ya sea que aporte 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, en cualquiera de las dos hipótesis es inexistente.

⁷³ Soto la Madrid, Miguel Ángel. Op. cit. pág 79 y 80.

Si llegara a considerarse como válido este tipo de contratos, la atribución de la maternidad y paternidad se determinará según lo estipulado por las partes contratantes; es decir, la paternidad y maternidad se imputa a la pareja deseosa, de acuerdo con el 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.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Estado de Tabasco, 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 contrató. (Artículo 347)".

El Código Civil del 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 la renuncia que realiza la madre subrogada de sus derechos de filiación con el niño, de forma legal.

De celebrarse este tipo de contratos, surge la cuestión sobre cual debe ser la naturaleza del mismo, a la fecha todos los contratos de fecundación se han celebrado dentro del cuadro que se designa como contratos innominados; sin embargo, siguiendo a Miguel Ángel Zamora y Valencia, llamarlos innominados no es, actualmente lo correcto, ya que los contratos innominados son aquellos que, aun cuando reciben un nombre específico (en el presente caso

sería el de contrato de maternidad subrogada), no está reglamentado en forma especial por la ley; es decir, el nombre adecuado para este tipo de contratos debería ser atípico o no reglamentado, debiendo ajustarse en sus cualidades intrínsecas a las ya señaladas de consentimiento y objeto lícito, pero en su clausulado son libres las partes para establecer sus obligaciones y derechos recíprocos.

Es un contrato principal porque no tiene relación necesaria con ningún otro negocio jurídico y cumple por sí un fin autónomo, es bilateral porque en los contratos celebrados entre el donante y el receptor se dan obligaciones recíprocas para las partes, es conmutativo y en ocasiones aleatorio, pero en ambos casos será oneroso, porque genera provechos o gravámenes recíprocos; formal, porque será necesario que sea efectuado en forma escrita, dada la naturaleza y la trascendencia que implicaría el resultado de este contrato; real porque quedará perfeccionado hasta la entrega del producto de la implantación del embrión en el útero receptor.

Actualmente, las partes de este contrato, no están protegidos por normas especiales, apenas se empieza a manifestar entre los juristas un deseo de formar la nueva rama del derecho.

Así, unos juristas opinan que el contrato que celebra el donante con el receptor, debe mantenerse dentro del derecho civil, dentro de la gama de los contratos innominados; y otro grupo, pretende que la contratación debe ser regida por el derecho del trabajo, también puede celebrarse entre la gestadora y una institución que a solicitud fecunda un óvulo y lo implanta en la solicitante. Este será el supuesto cuando la gestadora sea la interesada en el producto, y los proveedores serán anónimos o su identidad se guardará en secreto por la institución intermediaria.

La opinión general, es la de considerar inaceptables los convenios pecuniarios concertados por las partes ya que se considera que el corazón del convenio lo constituye el comprar y vender un niño, y si bien es cierto que estos actos pueden ser realizados de forma gratuita, la realidad es que, salvo casos

excepcionales, en la práctica actual no solamente son retribuidos los servicios prestados por la madre gestante, sino también los proporcionados por otros intermediarios.

Debemos tocar también la situación que se presenta cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un óvulo fecundado, o se le insemine con elementos del marido. Se trata de la utilización del útero de una tercera mujer, bien sea en forma gratuita o remunerada.

Así las cosas, después de haber consultado a diversos autores, para la realización del presente capítulo, me parece que el maestro Manuel F. Chávez Asencio, desarrolla de una manera muy entendible el tema que nos ocupa, ello sin restar de ninguna manera méritos a los demás autores que han sido citados en el presente trabajo, así pues, para dicho autor, como se trata en estos casos de un proceso biológico de gestación y nacimiento que se hace por una tercera persona extraña a los consortes, la solución más aconsejable es tratarlos en forma semejante a la adopción, aun cuando el hijo tenga el elemento del padre, pues a diferencia de la inseminación heteróloga en el matrimonio, en donde la madre es la que recibe o el semen de un tercero o el óvulo de una extraña, aquí es la tercera la que realiza toda la gestación y el parto. Se trata de recibir al ser humano ya nacido; por lo tanto, pueden aplicarse las reglas de la adopción.

En estos casos se requiere la existencia de un contrato entre la mujer que procrea al niño y los cónyuges. Contrato que de acuerdo con la legislación actual es difícil de exigir en caso de que la "madre" se rehusara a entregar al hijo de ella nacido al matrimonio con el cual contrató.

Este autor recomienda plantear esta materia dividiéndola en dos. Una para tratar sobre la naturaleza del contrato a celebrarse; la segunda, sobre el aspecto moral y su licitud, y refiere que se puede definir al contrato como el acto jurídico por el cual una pareja (o una persona sola) contrata con una mujer para que a ésta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que *a posteriori* lo entregue a la pareja solicitante. Lo anterior nos plantea problemas entre la maternidad gestante (madre sustituta) y

la maternidad genética (la madre que aporta el óvulo). Puede también coincidir que la madre sustituta aporte también su óvulo, lo cual agrava el conflicto. También se presenta controversia con el varón de la pareja solicitante que puede o no aportar su gameto.⁷⁴

Considerando lo anterior, el contrato de maternidad subrogada, tiene analogía con los siguientes contratos conocidos:

- a) **Compraventa.** Se trata de un contrato traslativo de dominio en los términos del artículo 2248 del C.C. y conviene preguntar si el niño es propiedad de alguien, y se puede ser materia de algún contrato. El artículo 2269 C.C. nos previene que sólo se puede vender lo que es propio. El hijo no es un objeto o bien propio.
- b) **Arrendamiento.** Por este contrato se proporciona el uso y goce temporal de una cosa, (art. 2398 C.C). Conviene preguntar si el útero es una cosa, y si se puede proporcionar el uso y goce temporal del cuerpo humano o una parte de él. El cuerpo humano está fuera del comercio, además, ¿cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?.

Analizando esta figura jurídica, nos encontramos que cuando las dos partes se obligan recíprocamente, la madre subrogada se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa (el útero) y la otra, la pareja deseosa a pagar por ese uso o goce un precio cierto. Pero aquí 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, como tampoco se puede comercializar con ninguna parte del cuerpo.

- c) **Prestación de servicios.** En el Código Civil se reglamenta el contrato de prestación de servicios profesionales. Desde luego

⁷⁴ Chávez Asencio Op cit. pág 74.

habrá que excluir éste, pues no se trata de una profesionalista en gestación: la madre sustituta no cuenta con conocimientos profesionales en esta materia. Es una relación natural y biológica. Podría ser un contrato de prestación de servicios en general, pero no de obra, porque la madre sustituta no se compromete a un resultado, sino a prestar un servicio. Vemos, como en el contrato de subrogación, la mujer gestante más allá de la ejecución de un hacer, se compromete a entregar al niño.

- d) Como contrato innominado, este sería bilateral, puede ser oneroso cuando hay prestaciones recíprocas; puede considerarse gratuito y la mujer sustituta solo recibe el dinero necesario como compensación por los gastos habidos. Es formal, pues requiere forma escrita. De ejecución sucesiva, porque las prestaciones van ejecutándose durante la gestación. Llega a un término con la entrega del niño.

Este contrato puede ser dos clases; cuando la madre sustituta sólo aporta sus servicios; o cuando aporta además su óvulo.

Dicho contrato se estima inmoral e ilícito porque está fuera de la voluntad de los particulares negociar con la persona, cuya indisponibilidad es absoluta. En relación a la madre sustituta, conviene preguntar si tiene derecho a concebir un hijo y luego abandonarlo o entregarlo a una tercera persona. Nuestro código civil para el D.F se basa en lo genético, al no disociar el componente genético del obstétrico, y valorarse el hecho del parto. La inseminación artificial disocia lo genético de lo obstétrico, y por eso se presenta el problema.

En relación a la paternidad, si la gestante como madre sustituta está casada, el padre es su marido con base en la presunción juris tantum establecida en el artículo 324 C.C, el contrato no puede excluirlo de la paternidad, no obstante que revele a otro varón como aportante del semen pues al ser nulo no

produce efecto alguno, opera la presunción *pater es et quem nuptiae demonstrant*.

Una vez estudiados los diversos criterios que existen en torno a la figura del contrato de maternidad subrogada, observamos que algunos autores lo consideran ilícito por razón de su objeto; es decir

4.5 Propuesta de adicionar la Maternidad Subrogada al actual Código Civil Federal.

El incremento de las prácticas médicas tendientes a colaborar en la fecundación humana y las consecuencias jurídicas que de tal actividad se derivan, demuestran que la legislación en vigencia no da solución a las cuestiones que se plantean. Por lo que el legislador no puede negar la actividad científica y tendrá que valorar cuáles son los descubrimientos y avances de la ciencia que merecen recepción legal a fin de contribuir al mejoramiento y bienestar de la sociedad.

Una de las razones por las que no se le da tanta importancia a la regulación de la maternidad subrogada es porque no se cuenta con estadísticas sobre el número de casos que se han realizado en México, debido a que en los hospitales que cuentan con la infraestructura para realizarlos, como son el Centro Médico la Raza y el Hospital Centro Médico, los casos que se han llevado a cabo son información confidencial. Lo que su es una realidad es que hay empresas extranjeras y mujeres que de manera individual ofrecen sus servicios de préstamo de útero a través del Internet.

Las manipulaciones genéticas, concretamente la procreación asistida son actividades que deben realizarse dentro de un marco normativo nacional e internacional, ya que como lo señala la licenciada Pérez Duarte, existe un absoluto silencio en nuestros ordenamientos jurídicos en torno a estos adelantos científicos, y trae como resultado que los usuarios de estas técnicas así como los menores que nacen a través de las mismas se encuentren en un total estado de

indefensión, por lo que es necesario la regulación de las mismas, lo que conlleva a violar lo que establece el artículo 4º párrafo quinto de nuestra carta magna, que establece la obligación de los padres de preservar el derecho de sus hijos a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, determinando la protección de los mismos a cargo de las Instituciones Gubernamentales.

Indudablemente, el problema de la maternidad subrogada, no se resolverá totalmente con las adiciones que llegaran a hacerse al Código Civil Federal, puesto que a su vez, ello equivaldría de realizar reformas a la Ley General de Salud y su Reglamento, por lo que considero que lo ideal sería seguir el modelo de países como España o Francia, que cuentan con una ley especial de técnicas de reproducción asistida, empero nuestra propuesta se enfoca específicamente en el Título Séptimo de la Filiación, Capítulo I, Disposiciones Generales del Código Civil Federal, para quedar como la legislación del Distrito Federal, por lo que considero innecesario transcribir los artículos que integran dicho capítulo, por lo que sólo me referiré a los que deben ser objeto de revisión por parte de nuestros legisladores, no sin antes mencionar que a pesar de la prohibición para llevar a cabo la práctica de la Maternidad Subrogada, esta es una realidad, por lo que dicha figura debe regularse para evitar abusos en su utilización y las controversias que atañe su aplicación, ya que la solución no está en prohibirla tajantemente, pues de todas maneras se seguirían llevando a cabo contratos de esta índole, aunque de manera personal optaría por la figura de la adopción y con ello evitar la distorsión de las figuras maternas.

Dentro de las disposiciones generales, en el artículo 324 se debería adicionar una tercera fracción para quedar 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 provenga 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 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, o en el útero de madre sustituta y/o subrogada, se presumirá para todos los efectos legales como hijo de la pareja contratante.

Cabe precisar que al realizar esta adición, conlleva a la modificación de otros artículos relacionados con la maternidad, paternidad.

Al 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”.

No podrá la madre subrogada impugnar la paternidad o la maternidad, que le corresponde a la pareja contratante, cuando previamente se firmó un contrato de maternidad subrogada.

Adicionar un párrafo segundo al artículo 329, para quedar como sigue:

“Artículo 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el

cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”.

El nacido a través de la técnica de la maternidad subrogada, será hijo del varón y de la mujer que contrataron los servicios de una madre sustituta y tendrá los derechos que tiene un hijo de matrimonio en relación a los que contrataron dicho servicio.

Por último, el **artículo 338** del actual Código Civil del D.F señala “La filiación es la relación que existe entre el padre y la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre las partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”.

Observamos que dicho artículo contradice la evolución del derecho en materia de reproducción, pues actualmente se realizan convenios de marea escrita o tácita para donar células germinales, o para que una mujer geste en el lugar de otra al hijo de la primera.

Considero importante mencionar el hecho de que los tratadistas no establecen fundamento jurídico valedero que evite que los contratos en maternidad subrogada se realicen, siendo que lo fundamental es que se regulen los efectos de tales contratos, así dicho contrato deberá contar con la voluntad expresa de cada una de las partes intervinientes y al concluirse con el nacimiento de un niño entregarlo a la pareja que desea ese hijo para que lo inscriba en el Registro Civil; asimismo, contendrá los riesgos que se corren de que el niño nazca con alguna deficiencia de cualquier sentido, así los padres no podrán fincar ninguna responsabilidad al médico ni negarse a recibir a esa criatura como hijo suyo.

De igual forma, con antelación a la firma del contrato debe existir:

- Certificado de infertilidad o esterilidad a la pareja o mujer soltera hasta sus últimas consecuencias.
- Certificado de estudios psicológicos a todas las partes involucradas.

- Examen médico al donador con el fin de comprobar su salud física y psíquica para prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias al niño que nazca.
- Certificado de salud de la mujer que proporcionará el óvulo y el vientre para tener la seguridad que no son afectas al alcohol, las drogas o portadoras del VIH.

Lo mas recomendable, es que sean dos mujeres distintas la que aporte el óvulo y la que aporte el vientre, para evitar que sea mas fuerte el lazo de unión con el bebé y evitar el riesgo de que se resista a entregarlo a la madre legal.

Es así como con la existencia de los contratos obligatorios que se proponen para realizar un procedimiento de reproducción asistida, así como de una buena regulación normativa, la determinación de la filiación no correrá los riesgos que ahora ya se pueden prever y la voluntad de ser padres será el origen del establecimiento de la filiación; puesto que un hijo nacido derivado de un contrato de maternidad subrogada y reconocido por el padre, la madre o por ambos tiene derecho a llevar sus apellidos, a que lo alimenten y heredar de ellos en caso de intestado.

Otro de los objetivos de la presente tesis profesional es demostrar si la maternidad subrogada debe beneficiar no solamente al matrimonio, sino también a la pareja heterosexual estable que mantenga una relación similar (concubinato), así como a la mujer sola que padece un esterilidad irreversible.

El artículo 4º Constitucional, en su párrafo tercero dispone que:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Observamos que dicho precepto constitucional no exige calidad alguna (como sería el estado civil del gobernado), para que se encuentre en posibilidad de ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que desea tener, tampoco establece la forma en que deban ser concebidos los hijos, situación en la que bien podría colocarse la mujer soltera.

No obstante lo anterior, el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 162 párrafo segundo que los cónyuges tienen derecho a emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, por analogía, tal facultad se haría extensiva no sólo a la pareja unida en concubinato, lo cual es adverso a lo dispuesto por el ya transcrito artículo 4º en su párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos quebrantando el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Federal, según el cual la legislación de las partes integrantes de la Federación no puede contrariar lo dispuesto por la ley suprema.

Si la mujer soltera comprueba de manera fehaciente que ha decidido inseminarse artificialmente con absoluta conciencia y responsabilidad, y demuestra tener la el compromiso hacia el hijo que nazca, no existe razón alguna para negarle la posibilidad de recurrir a dicho procedimiento y negarle su derecho a ejercer la maternidad, siendo su único defecto el permanecer soltera, cuando por el contrario el matrimonio no ha demostrado ser la institución de sostén al bienestar de la infancia que se pretende.

Por otra parte, un sector de la Doctrina Internacional, se ha inclinado por asimilar algunos casos relacionados con la práctica de la inseminación artificial con la figura jurídica de la adopción y si una mujer soltera puede legalmente adoptar a un infante, no existe razón alguna para que el Estado restrinja la procedencia de la inseminación artificial en una mujer también soltera.

De lo antes expuesto, se deduce que de prohibirse esta práctica en el Distrito Federal, no constituiría un impedimento para que la mujer que así lo desee y cuente con los recursos necesarios, se traslade a una entidad federativa o incluso a un país diferente cuya legislación si le autorice acceder a la maternidad deseada en tales términos, para posteriormente volver a radicar en la propia ciudad e México, ya que la prohibición de la inseminación artificial en la mujer soltera conduce a que la misma se siga llevando a cabo, solo que en

forma clandestina lo que incluso pone en peligro la vida de la usuaria de la técnica.

Observamos también que la recurrencia a esta figura obedece a que la adopción como alternativa no satisface con la misma plenitud que la maternidad subrogada.

En el capítulo de Contratos del Código Civil Federal, debe adaptarse una norma que regule a la figura de la Maternidad Subrogada, que a su vez contemplara los derechos y obligaciones de los padres biológicos como son:

- 1) Tiene derecho a procrear un hijo toda pareja y/o mujer en el caso de que los gametos sean viables para procrear.
- 2) El médico en ocasiones les asegura que no es posible la procreación entre ellos, pero que sin embargo son funcionales sus gametos para procrear por lo que tiene la posibilidad de que por otro método puedan engendrar un hijo.
- 3) La pareja o la mujer contratante debe cubrir los gastos ocasionados por el embarazo y el parto a la mujer que prestará el servicio de útero, desde los exámenes preliminares de la concepción, hasta el total restablecimiento de la salud de la madre subrogada, para que esta se realice en óptimas condiciones; los gastos que cubran no deben entenderse como remuneración económica a la mujer.
- 4) La pareja o la mujer contratante se hará responsable del producto de la gestación, independientemente de las circunstancias en que nazca; es decir, la pareja contratante como padres de la criatura se harán responsables de ella aun cuando nazca con alguna enfermedad congénita, defectos o malformaciones imputables a los médicos o a la madre gestadora, independientemente de las responsabilidades que se puedan fincar a estos últimos.

Ahora, por lo que respecta a la madre subrogada:

- 1) Deberá ser atendida en un hospital en el que previamente de común acuerdo se haya estipulado en el contrato por las partes involucradas.
- 2) Deberán ser cubiertas sus necesidades que enfoquen al bienestar del producto mientras dure el embarazo.
- 3) Estará bajo la supervisión de los padres biológicos durante el tiempo que dure el embarazo, y abstenerse del consumo de alcohol, drogas y cigarrillo de tabaco comercial.
- 4) Una vez firmado el contrato y la madre sustituta se rehusara a ser inseminada podrá hacerlo y el contrato quedará invalidado, pero una vez realizada la inseminación, no podrá invalidar el contrato.
- 5) En caso de que atentara contra el producto será penalmente juzgada.
- 6) No deberá recibir remuneración por el servicio, la mujer que preste su útero loo hará con un fin altruista, de lo contrario provocaría que las mujeres por necesidad o con un fin lucrativo, reiteradamente realicen esta práctica, perdiendo el respeto a la dignidad humana.

El hecho de proponer la existencia de un contrato a través del cual se manifieste libremente la voluntad de las mujeres que desean participar en la maternidad subrogada que contenga las condiciones y consecuencias que implica su práctica, no resulta aberrante, al marcar límites se estará en posibilidad de llevarla a cabo de forma natural, manteniendo el orden y la paz social.

De realizarse esta técnica dentro del matrimonio, debe exigirse el consentimiento del marido, ya que de lo contrario éste último podrá impugnar su paternidad y constituir a la vez una causal de divorcio.

Con nuestra propuesta tratamos de contribuir a solucionar los posibles problemas que pudieran originarse con la práctica de esta técnica de

reproducción asistida, por lo que la finalidad que se persigue es contribuir a incrementar la calidad de nuestras normas jurídicas para que se ajusten a las situaciones que vivimos actualmente, como resultado de los avances científicos, toda vez que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, son una realidad dentro de nuestra cultura y por ello el derecho debe reconocerlas, regulándolas y sancionándolas.

CONCLUSIONES

- 1.- La filiación debe entenderse como el vínculo jurídico que une al hijo con sus padres (madre y padre), y parientes sin límite de grado que genera derechos y obligaciones recíprocas.

- 2.- La filiación respecto de la madre es nuestros días no se determina únicamente por el hecho del nacimiento, es posible que existan situaciones que generen vínculos filiales entre la madre y el hijo, distintas al hecho del nacimiento, como son la adopción y la maternidad subrogada.

- 3.- Las técnicas de inseminación artificial constituyen la solución a los problemas de infertilidad que presentan las parejas deseosas de tener descendencia.

- 4.- Los nacidos a través de la maternidad subrogada serán tratados igual que los nacidos por concepción natural y gozarán de los derechos que se desprenden de la filiación, como son: llevar el apellido de los padres, derechos hereditarios, alimentos etc.

- 5.- Se propone la siguiente definición de maternidad subrogada *Es la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, por encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia.*

- 6.- La maternidad subrogada, resulta un tema muy polémico, para muchos dicha figura atenta contra la dignidad de la mujer, pues de realizarse la subrogación será por medio de un contrato, sea escrito o tácito, quedando el cuerpo humano sometido al comercio, además de que ni la mujer es incubadora ni el niño una mercancía; asimismo, se deforma la relación madre-hijo, ocasionando problemas jurídico - sociales de doble maternidad.

7.- Lo ideal, sería seguir el esquema de países como España o Francia y elaborar una ley que reglamente la utilización de las técnicas de reproducción asistida, (maternidad subrogada) que contenga las consecuencias jurídicas generadas por las mismas.

8.- Es de llamar la atención que el Código Civil para el Estado de Tabasco, regule la figura jurídica de la maternidad subrogada, y de manera expresa permite que se lleven a cabo los contratos de maternidad subrogada, aunque omite señalar cual deba ser la denominación de dicho contrato, estableciendo además que el niño en relación con la pareja contratante tendrá derecho a llevar sus apellidos, a que lo alimenten y a heredar de ellos en caso de intestado.

9.- Considero de vital importancia regular una figura tan controversial como lo es la maternidad subrogada en el actual Código Civil Federal, que ha permanecido olvidado por nuestros legisladores desde hace tiempo y actualmente resulta obsoleta su aplicación, es cierto que cada Estado de la República goza de autonomía para dictar sus propias leyes; sin embargo considero que de cierta manera debería tomarse como esquema dicho ordenamiento legal para el resto de las legislaciones estatales.

10.- Una vez realizado el presente estudio, se deduce que no obstante la maternidad subrogada no está contemplada en nuestra legislación, y aún cuando para muchos de nuestros legisladores resulta inadmisibles, lo cierto es que actualmente dicha figura es una realidad y debe legislarse al respecto; observamos que han quedado comprobadas las hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo dentro de los capítulos tres y cuatro. Está claro que lo no prohibido está permitido y conforme al actual Código Civil Federal, madre es quien da a luz al niño; sin embargo con la aplicación de esta técnica y a fin de evitar confusiones en la figura materna, por aberrante que para muchos resulte, se debe crear un contrato de maternidad subrogada con las características

precisadas en el capítulo cuatro, en el que conste por escrito la voluntad de asumir la maternidad y/o paternidad en su caso, y evitar los problemas de filiación que conlleva su aplicación.

Finalmente, ha quedado demostrado que no existe impedimento legal para que una mujer soltera con la suficiente capacidad económica y psicológica recurra a este método; si bien, lo ideal es que un menor crezca en el seno de una familia, no menos cierto resulta que en muchos casos el matrimonio no garantiza el mejor bienestar y desarrollo de este último.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Benitez Ortúzar, José Ignacio. Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, Ed. Camares 1998.
- 2.- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 2000.
- 3.- Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, Ediciones Quinto Sol. 2002.
- 4.- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso (Parte General, Personas, Familia). Editorial Porrúa, 19ª edición, México 2000.
- 5.- Gafo, Javier, et al. Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales, Madrid, Universidad Pontificia, 1998.
- 6.- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 12ª edición, México 1998.
- 7.- Ibarrola de , Antonio. Derecho de Familia, Ed Porrúa, 4ª edición, México 1996.
- 8.- Lasarte Alvarez, Carlos. Principios de Derecho Civil: Contratos. Ed. Trivium, 5ª edición, 1999.
- 9.- Lema Añón Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. Madrid, Ed. Trotta 1999.
- 10.- Loyarte, Dolores Adriana y coaut. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético, Buenos Aires, Ed Depalma, 1995.
- 11.- Mazeaud, Jean Henry y León. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volúmen III, Buenos Aires Argentina 1976.
- 12.- Nassal G.J.V. Los Límites en la Manipulación Genética 1ª edición, Ed. Gedisa, España, 1997.
- 13.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia, Derecho de Familia, Ed. Mac Graw Hill/Interamericana 1998.
- 14.- Planiol Marcel, Fernand. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Cajiga 1853-1931.

- 15.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia. 27ª edición, Ed Porrúa 2001.
- 16.- Sánchez Márquez Ricardo. Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia, Ed. Porrúa, 1998.
- 17.- Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Ed. Porrúa, 17ª edición, 1999.
- 18.- Sánchez Torres, Fernando. Ciencia y Reproducción Humana. Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1991.
- 19.- Soto la Madrid, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho. Buenos Aires, 1990, Ed. Astrea.
- 20.- Vidal Martínez Jaime et al Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida. Ed. Comares, Granada, España 1998.
- 21.- Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Ed Porrúa, 8ª edición, México 2000.

OTRAS FUENTES

- Diccionario Enciclopédico University de Términos Médicos Ed. Interamericana, México, Enciclopedia Médica, 4º edición, 1997.
- Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II.
Carlos A. R Lagomarsino, Marcelo U. Salerno. Ed. Universidad, Buenos Aires 1992.
- Nueva Enciclopedia Jurídica.
Carlos E. Mascareñas. Tomo XVIII. Barcelona, Ed. Francisco Seix, 1986.

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 General de Salud.
- 5.- Reglamento de la Ley General de salud en Materia de control Sanitario de la Disposición de Organos Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- 6.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

REVISTAS

- 1.- Garrison, Marsha.
"Law Making for baby making".
Law Review
Vol 113, No. 4, Feb 2000.
Harvard E.U.A
- 2.- Garrity, Amy.
"A comparative análisis of Surrogacy Law in the U.S.A and Gran Bretaña".
Law Review.
Vol 60, No. 3, Spring, 2000.
Louisiana E.U.A
- 3.- Granet, Frédérique.
"La maternité en questions; etat d' alerte".
Recueil Dalloz.
No. 39, Novembre 1er Cahier, 2001.
París Francia.
- 4.- Pitt, Jonathan B.
"Fragmenting Procreation".
The Yale Law journal.
Vol 108 No. 7, May 1999.
New Haven Connecticut, E.U.A
- 5.- Leonseguí Guillot, Rosa Adela.
"En torno al estado de Bienestar".
Revista.- Boletín de la facultad de derecho.
2ª época, No. 7, 1994.
Madrid, España.