



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

**“ESTUDIO DE LA FIGURA DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y
PROPUESTA PARA SU INCLUSION EN EL DERECHO
MEXICANO”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LAURA CRISTOBAL RICO

ASESOR: LIC. JOSE ARTURO ESPINOSA RAMIREZ

NOVIEMBRE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por permitirme llegar a este momento en mi vida profesional y personal

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN, por ser mi alma mater y abrirme sus puertas para poder realizar uno de los mayores sueños de mi vida; el concluir una carrera profesional.

A MIS PADRES, Por ser un gran ejemplo a seguir, por todo su apoyo, su tiempo, su confianza, sus consejos, pero sobre todo por su amor y dedicación durante toda mi vida. Gracias a ustedes he podido llegar a realizar una de las principales metas en mi vida, la cual también es de ustedes, los quiero mucho.

A MIS 7 HERMANOS, por sus consejos y su confianza en mí para poder llegar a este momento, porque gracias a ustedes he aprendido mucho a lo largo de mi vida, de los buenos y de los momentos difíciles que hemos compartido juntos.

A JOSÉ ANTONIO, por el apoyo incondicional que me brindaste para la realización de ésta investigación, por darme la oportunidad de compartir contigo uno de los logros más importantes de mi vida y de conocer a una gran persona como lo eres tú.

AL LIC. JOSÉ ARTURO ESPINOSA RAMÍREZ, asesor del presente trabajo, gracias por su tiempo, y su dedicación para concluir una de las metas principales de mi vida.

AL LIC. RAMÓN LADRÓN DE GUEVARA, por sus sabios consejos y por haber influido de manera determinante en la realización de esta meta.

A JAQUELINE Y JOSÉ LUIS, amigos que he tenido a lo largo de mi vida a los cuales les agradezco por enseñarme el verdadero significado de la amistad.

INDICE

INDICE.....	2
INTRODUCCIÓN.....	4

CAPÍTULO I LA FAMILIA

1.1	Concepto, Orígenes y Evolución.....	8
1.2	Fines y Funciones de la Familia.....	14
1.3	Crisis de la Familia.....	17
1.4	Psicología en parejas con problemas de esterilidad o Infertilidad.....	25
1.5	Esterilidad o Infertilidad en la Mujer.....	30
1.6	Esterilidad o Infertilidad en el Hombre.....	33

CAPÍTULO II LA FILIACIÓN

2.1	Concepto.....	37
2.2	Historia.....	39
2.3	Tipos de Filiación.....	41
2.4	Consecuencias Jurídicas de la Filiación.....	57

CAPÍTULO III. MATERNIDAD SUBROGADA COMO MODALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

3.1	Reproducción Asistida.....	63
3.1.1	Concepto de Reproducción Asistida.....	64
3.2	Antecedentes Históricos.....	64
3.3	Diversos tipos de Reproducción Asistida.....	66
3.4	Maternidad Subrogada.....	82
3.5	Concepto.....	86
3.6	Problemas éticos, religiosos, morales y jurídicos como consecuencia de la Maternidad Subrogada en México.....	87

CAPÍTULO IV. CONSIDERACIONES LEGALES Y DERECHO COMPARADO

4.1	Legislación Mexicana.....	95
4.1.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	96
4.1.2	Ley General de Salud.....	98
4.1.3	Código Civil del Distrito Federal.....	103
4.2.	Derecho Comparado.....	104
4.3	Legislación de Estados Unidos de América.....	106
4.4	Legislación Argentina.....	118
4.5	Legislación Venezolana.....	120
4.6	Legislación de la Gran Bretaña.....	122
4.7	Legislación Española.....	123
4.8	Otros Países de Europa con Legislación Específica en la Maternidad Subrogada.....	125
4.8.1	Francia.....	125
4.8.2	Suecia.....	126
4.8.3	Australia.....	126
4.8.4	Alemania.....	126

CAPÍTULO V. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO.

5.1	Maternidad Subrogada.....	129
5.2	Consecuencias Legales de la aplicación de la maternidad subrogada.....	129
5.3	Necesidad de regular en la Legislación Mexicana el fenómeno de la Maternidad Subrogada como una modalidad de la Reproducción Asistida.....	131
5.4	Propuestas para llevarla a cabo.....	132
5.4.1	Reforma al Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	132
5.4.2	Inserción en Código Civil para el Distrito Federal.....	133
5.4.3	Inserción en la Ley General de Salud.....	135
CONCLUSIONES.....		143
BIBLIOGRAFÍA.....		149
ANEXOS.....		152

INTRODUCCIÓN

La Reproducción Asistida constituye uno de los logros más importantes de la ciencia, pero este logro ha venido a repercutir dentro del ámbito jurídico. La medicina moderna se ha preocupado por combatir de todas formas el problema que atañe a algunos seres humanos; la esterilidad o infertilidad, en el hombre, en la mujer o en ambos, dándose a la tarea de ir descubriendo día a día diversas técnicas de Reproducción Asistida para poder llevar a cabo la procreación.

Los problemas originados no pueden quedar relegados al campo de los especialistas en infertilidad, es necesario fijar lineamientos y crear nuevas leyes que protejan a las partes que intervienen y especialmente para proteger al niño en potencia.

Por lo tanto se expondrá en el presente trabajo la repercusión que han tenido los avances científicos dentro del campo del derecho, específicamente dentro del ámbito del derecho familiar, que es el que se ha visto más afectado con la utilización de las diversas técnicas de Reproducción Asistida.

Se abordarán las peculiaridades de las diversas técnicas de Reproducción Asistida, poniéndose énfasis en la Maternidad Subrogada como una de las modalidades de la Reproducción Asistida, exponiéndose los problemas éticos, morales y jurídicos que surgen de su aplicación.

Igualmente se analizará someramente el fundamento legal de la Reproducción Asistida en la Legislación Mexicana, para hacer un estudio comparativo con diversas legislaciones sobre todo de Europa en las que se han incluido las técnicas y sobre todo la Maternidad Subrogada, aunando más en el país de Estados Unidos de América, en virtud de ser el país que cuenta con agencias especializadas en la celebración de contratos de alquiler de útero, tratando al ser humano como una mera mercancía.

Para concluir con la propuesta de la inclusión de la figura de la Maternidad Subrogada, en el Derecho Mexicano. La necesidad surge en virtud de que esta técnica de Maternidad Subrogada existe en nuestro país vecino del norte, pero por obvias razones la inclusión no debe entenderse como aprobación de dicho acto, sino como una prohibición expresa.

En el desarrollo del presente estudio se pretende demostrar que la aplicación de la Maternidad Subrogada en el derecho mexicano no puede llevarse a cabo en virtud de las graves consecuencias jurídicas, éticas y morales que trae consigo su aplicación.

Para demostrar lo anterior el estudio a realizar se desarrollará en cinco capítulos, los cuales contienen: Capítulo I, se menciona el origen, historia y evolución de la familia para demostrar la importancia que tiene ésta figura en la sociedad. El método científico utilizado es el histórico analítico.

En el capítulo II se abarca la figura de la Filiación, los diferentes tipos que existen y las consecuencias jurídicas que genera su aplicación. Utilizando el método científico histórico analítico.

El capítulo III comprende el estudio de la Reproducción Asistida, las diferentes formas que existen, poniendo mayor énfasis en la Maternidad Subrogada, estableciendo las consecuencias jurídicas, éticas y morales que trae consigo su aplicación. Para este capítulo el método utilizado es el analítico crítico.

Por la que respecta al capítulo IV se estudia la forma en que el Derecho Mexicano regula la Reproducción Asistida, no así la Maternidad Subrogada, haciendo un estudio comparativo con legislaciones de otros países que la tienen contemplada en su derecho positivo. Aplicando el método científico analítico comparativo.

Por último en el capítulo V se hace una propuesta de inclusión de la figura de la Maternidad Subrogada como una modalidad de la Reproducción Asistida en el Derecho Mexicano, entendiéndose la inclusión no como aprobación sino como una prohibición expresa. Utilizando el método científico analítico crítico.

Lo anterior pretende que no se deje pasar por alto un problema tan grave como es el atentar contra la dignidad del ser humano, ya que uno de los principios fundamentales del derecho es la regulación y la seguridad jurídica de los individuos en todos sus aspectos.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA

CAPÍTULO I

LA FAMILIA

Para entrar al desarrollo de la presente tesis, es necesario analizar una figura muy importante para nuestro tema ya que ella es la base fundamental de la problemática a desarrollar, así es, como hemos de recordar la base de la sociedad es la Familia, así que entremos a su estudio de una manera general para tener un antecedente de ésta.

1.1. CONCEPTO, ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

CONCEPTO DE FAMILIA: La familia es una institución que ha sido definida de muy distintas maneras ya que su significado depende del enfoque que se le dé.

La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz "famulia", por derivación de "famulus", que a su vez procede del osco "famel", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "vama", hogar o habitación, significado, por consiguiente, "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa" ¹

El concepto Jurídico de familia, responde "al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos." ²

También diversos autores han dado su definición de Familia, los cuales se transcriben a continuación para una mejor comprensión.

¹ CASTAN TOBEÑAS JOSÉ. Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V. Derecho de Familia, Madrid. 1980. Editorial Reus. 9ª edición. Pág. 25.

² Diccionario Jurídico 2000. Desarrollo Jurídico Profesional Derechos Reservados

Galindo Garfías: “La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos”.³

Ricardo Sánchez Márquez: La familia puede definirse en un sentido amplio y en otro restringido. En sentido amplio es “un conjunto de personas vinculadas entre sí por el parentesco consanguíneo, adoptivo o de afinidad;” en sentido restringido “es el conjunto de personas unidas entre sí por el parentesco consanguíneo (excepcionalmente por el adoptivo) y que tienen como base el matrimonio, el concubinato o la adopción.”⁴

Sin embargo hay autores que consideran que la única familia es la que se genera a través del matrimonio, tal es el caso del autor Rafael Rojina Villegas, insertándose su concepto por considerarse el más apropiado:

“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”.⁵

Como la familia y el matrimonio se encuentran relacionados, se menciona el concepto de Matrimonio y una breve reseña acerca de su evolución.

El Matrimonio: “Es un acto bilateral, solemne en virtud del cual se producen entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes”.⁶

³ GALINDO GARFIAS IGNACIO. Estudios de Derecho Civil, México 1997, Editorial Porrúa. Pág. 597.

⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ RICARDO. Derecho Civil. Parte General, Personas y Familia, México, 1998, Editorial Porrúa, Pág. 230.

⁵ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia, Tomo I. México 1991, Editorial Robredo. Pág. 34.

⁶ DE PINA VARA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia. México 1982, Editorial Porrúa. Pág. 314.

Sara Montero, lo define como "la forma legal de constituir la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley".⁷

Para un mayor entendimiento del concepto de matrimonio se mencionará una breve evolución del mismo, desde la época primitiva hasta la época contemporánea.⁸

- **PROMISCUIDAD PRIMITIVA.-** Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por tanto la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre, los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así el lugar al matriarcado.
- **MATRIMONIO POR GRUPOS.-** Se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal.
- **MATRIMONIO POR RAPTO.-** En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por raptó. La paternidad se encuentra ya definida

⁷ MONTERO DUALTH SARA. Derecho de Familia, México, 1990, Editorial Porrúa. Pág. 97.

⁸ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en el siguiente punto puede consultarse en: ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo II. Derecho de Familia, México 1987, Editorial Porrúa, 7ª. Edición. Págs. 201-210.

debido a la unión monogámica, el marido es entonces el jefe de familia y los hijos se encuentran sometidos a su potestad.

- **MATRIMONIO POR COMPRA.-** Se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer quien se encuentra totalmente sometida a su poder.
- **MATRIMONIO CONSENSUAL.-** Por último el matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntad entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y de perpetuar la especie.

Este último es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar probablemente influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

Con lo anterior podemos concluir que el concepto de familia se relaciona íntimamente con el de matrimonio, ya que de éste depende la creación de la familia la cual fue, es y seguirá siendo a pesar de las nuevas tendencias modernistas que tratan de acabar con ella, la base de la sociedad.

Cabe hacer notar que en México, en nuestra legislación civil, no se define, ni se precisa el concepto de familia, sólo señala los tipos, líneas y grados de parentesco, así como la regulación de las relaciones entre esposos y parientes.

EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

Una institución tan antigua como la humanidad, se cree ha existido siempre, aunque no ha estado constituida como la conocemos hoy en día, ha evolucionado, han existido cambios, algunos de los cuales estamos presenciando.

Por lo tanto, el origen de la familia y su estudio no comprende el descubrimiento de ésta (que siempre ha existido), sino el estudio e investigación de cómo ha sido, y cuáles han sido sus cambios y cuales sus funciones de acuerdo al estudio realizado por Henry Lewis Morgan, el cual menciona los diferentes estados de la familia en su orígenes.⁹

- **PROMISCUIDAD SEXUAL.-** Los seres humanos vivieron en sus orígenes una etapa de promiscuidad sexual. Había relaciones sexuales sin trabas de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

El parentesco sólo podía comprobarse por parte de la madre, por línea femenina, a consecuencia de tal hecho, las mujeres, únicos parientes ciertos de la nueva generación, disfrutaban de una posición social muy elevada que llegó a constituir un matriarcado, o ginecocracia con preponderancia absoluta de las mujeres.

- **CONSANGUINEA.-** En esta forma de la familia los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y los deberes del matrimonio. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco. La familia consanguínea es el primer salto importante que marca una diferencia básica entre la animalidad y la humanidad, aparece la

⁹ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en el siguiente punto puede consultarse en: ENGELS FEDERICO. El origen de la familia, la Propiedad Privada y del Estado, en relación con las investigaciones de L. H. Morgan. México 1985, Editorial Porrúa, 9ª edición. Págs. 26-84

primera manifestación sobre la necesidad de prohibir las relaciones sexuales entre parientes próximos, es decir, evitar el incesto.

- **PUNALÚA.-** Consiste en excluir a los hermanos y hermanas del comercio sexual recíproco, ampliándose así la extensión de la prohibición del incesto. 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 hermanas. Los hombres que formaban el conjunto compartido sexualmente por los hermanos o hermanas, se llamaban entre sí punalúa, que significa compañero íntimo.
- **SINDIÁSMICA.-** Aquí ya se observa la pareja conyugal, un hombre vive con una mujer, pero mientras que a ésta, por lo menos mientras dure la unión, se le exige fidelidad estricta y se castiga severamente el adulterio femenino, en cambio el varón goza del derecho de la infidelidad ocasional e incluso a la poligamia. El vínculo conyugal puede disolverse fácilmente por ambas partes y los hijos sólo pertenecen a la madre.
- **MONOGÁMICA.-** Se establecen lazos conyugales más duraderos y no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad.

Este tipo de familia se encuentra fundado en el poder del hombre. Un poder de origen económico radicado en el control masculino por la propiedad privada y tiene el objetivo formal de procrear hijos de una paternidad cierta, para que hereden los bienes de la fortuna paterna.

Desde otro punto de vista, podemos percibir la evolución de la familia según su número, funciones que desempeña e influencia en la sociedad.¹⁰

- **FAMILIA EXTENSA.-** Esta se integra por diversos parientes que conviven en el mismo domicilio. Se integran por los progenitores, sus hijos, los ascendientes, descendientes y, en muchos casos, por algunos colaterales. Se establece como unidad de producción donde se ejercen todas las funciones del ámbito propio.
- **FAMILIA NUCLEAR.-** Es la familia universal y se caracteriza por ser un grupo social, por tener residencia común, cooperación económica y reproducción, incluye adultos de ambos sexos y a sus hijos, sean propios o adoptivos.

1.2. FINES Y FUNCIONES DE LA FAMILIA.

Antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año pero se dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos. La familia era una unidad económica: los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños.

La familia como agrupación humana, tiene sus propias pautas normativas; en su seno se regula en manera espontánea la conducta que deben observar los miembros del grupo en sus relaciones internas para formar la comunidad familiar

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO MANUEL. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. México 1997, Editorial Porrúa. 4ª edición. Págs. 201-203.

y para que ésta pueda desempeñar sus funciones en manera, estable, segura y ordenada.

Una de las principales funciones es la de ser fuente de afecto y apoyo emocional para todos sus miembros, especialmente para los hijos, funciones que desempeña la familia (trabajo, educación, formación religiosa, actividades de recreo y socialización de los hijos), la familia todavía es la responsable de la socialización de los hijos.

Los fines de la familia principalmente son tres; 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.¹¹

- FORMADORES DE PERSONAS.- La familia es el núcleo básico y fundamental de la sociedad. 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 presencia e influencia de los modelos distintos y complementarios que son el padre y la madre, el vínculo de afecto, el clima de confianza, intimidad, respeto y libertad, el cuadro de vida social con una jerarquía natural pero matizada con aquel clima, todo converge para que la familia se vuelva capaz de plasmar personalidades fuertes y equilibradas para la sociedad.

¹¹ Salvo que se cite otra fuente en específico la información proporcionada en este punto puede consultarse en: DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit. 299-311

La formación personal comprende a toda la 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, para hacer un mundo más humano y cristiano.

- **EDUCADORA DE LA FE.-** El Concilio Vaticano II define a la familia como "pequeña iglesia doméstica". Los esposos cristianos son para sí mismos, para sus hijos y demás familiares, cooperadores de la gracia y testigos de la fe.

En los instrumentos internacionales se hace hincapié en la función que desempeña la familia en la educación que incluye la transmisión de cultura tradicional y de la religión.

Uno de los grandes problemas para que la familia sea educadora en la fe, es no estar bien constituida, o estar desintegrada; otros porque han dado esa educación en términos de mero tradicionalismo, a veces con aspectos míticos y supersticiosos.

- **LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD.-** Dentro de los fines de la familia, esta la misión de participar en la comunidad, lo que se hace a través de sus miembros y también como grupo familiar.

Se socializa de este modo al nuevo miembro haciéndole apto para la vida en sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social y el individuo se encuentra preparado para formar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.

1.3. CRISIS DE LA FAMILIA

La familia y el matrimonio son las manifestaciones más visibles de la crisis en que se encuentra el hombre de nuestra época, se habla de la crisis general del ser familiar y, más en particular, se habla de una crisis de desintegración.

Desintegración familiar supone la pérdida de equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia.

En la crisis familiar intervienen diversos indicadores que influyen en su disolución, por ejemplo, divorcio, matrimonio temporal o amor libre, contracepción, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y la paternidad irresponsable entre otros.¹²

En el estudio de los indicadores no nos abocaremos a fondo sólo se describen de forma general para un mejor entendimiento, sin entrar a un estudio profundo de cada uno de ellos.

- **DIVORCIO.-** La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de la separación, en sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Hoy en día vemos con mayor frecuencia que las familias recurren a esta figura jurídica, por lo que la estabilidad familiar cada vez es menos frecuente.

En los últimos tiempos se ha desarrollado un considerable aumento de la tasa de divorcios, que en parte se ha producido por las facilidades legales.

¹² Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: CHAVEZ ASENCIO MANUEL. Op. Cit. Págs. 209-221.

Actualmente la mayor parte de las familias monoparentales son consecuencia de un divorcio, aunque muchas están formadas por mujeres solteras con hijos.

En 1991 uno de cada cuatro hijos vivía sólo con uno de los padres, por lo general, la madre. Sin embargo, muchas de las familias monoparentales se convierten en familias con padre y madre a través de un nuevo matrimonio o de la constitución de una pareja de hecho. En estos tipos de familia los problemas de relación entre padres no biológicos e hijos suelen ser un foco de tensiones.

El número de divorcios está aumentando incluso en aquellos países donde las trabas religiosas y legales son muy fuertes.

- **UNIÓN LIBRE.-** La unión libre son las relaciones sexuales que existen entre varones y mujeres no comprometidos en una vida conyugal. Están como posibles las relaciones concubinarios y las habidas esporádicamente.

A diferencia del matrimonio, en el cual los cónyuges se comprometen a una permanencia que llega a la indisolubilidad en el religioso, en la unión libre hay un acuerdo que se va ratificando sucesivamente, que no es sino otra forma de presentar el indicador anterior y que pretende evitar el divorcio a través de la ausencia del compromiso matrimonial, con lo cual se desestabiliza desde un principio el matrimonio y la familia.

La unión de pareja no existe. El equilibrio es precario y la desintegración familiar fácil de lograrse. A partir de la década de 1960 se han producido diversos cambios en la unidad familiar. Un mayor número de parejas viven juntas antes o en vez de contraer matrimonio.

De forma similar, algunas parejas de personas mayores, a menudo viudos o viudas, encuentran que es más práctico desde el punto de vista económico cohabitar sin contraer matrimonio.

- **ABORTO.-** La crisis de la escala de valores humanos indica que necesariamente afecta al matrimonio y a la familia. La mayor parte de los países occidentales modificaron sus legislaciones en sentido permisivo del aborto, y han llegado a un extremo tal, que parece ser más frecuente la preferencia del aborto a la contracepción como método de control natal.
- **CONTRACEPCION.-** Una verdadera revolución en el área familiar, y especialmente en las relaciones hombre y mujer, se generó con motivo del descubrimiento de los anticonceptivos artificiales.

Al posibilitarse la separación del aspecto unitivo del procreativo, se generaron conflictos morales. La Iglesia Católica sostiene que no es posible separar artificialmente estos dos sentidos, sólo autoriza como posible el ritmo natural en las relaciones sexuales.

Sin embargo, es una realidad, no solamente en México sino el mundo que la mayor parte de las mujeres recurren a los medios anticonceptivos artificiales para la planeación familiar y sus relaciones sexuales.

Las familias sin hijos son cada vez más el resultado de una libre elección de los padres, elección más fácil gracias al control de natalidad (anticoncepción).

Hoy las parejas, especialmente en los países más desarrollados, a menudo eligen no tener hijos o posponer su nacimiento hasta gozar de una óptima situación económica.

- **PÉRDIDA DE FUNCIONES.**- La pérdida de las funciones de la familia es el resultado de una evolución de la humanidad; la familia tuvo que asumir una serie de funciones que correspondían, más bien, al Estado y a Instituciones Públicas su realización como son, entre otras, la de instrucción y seguridad social.

Sin embargo, la incapacidad del Estado para satisfacer esas necesidades, originó que la familia lo hiciera exigiendo de ésta una familia numerosa para protegerse mutuamente en el aspecto de seguridad social y se transmitieran los conocimientos entre unos y otros.

Pero al venir asumiendo el Estado cada vez más sus funciones, adquiriendo responsabilidades propias, ha permitido que la familia se concentre en lo verdaderamente propio, en lo que es suyo, en lo que puede ser más importante para satisfacer las necesidades de la sociedad y del Estado; de aquí que la evolución, lejos de perjudicar, está clarificando la misión de la familia.

Al salir los hijos y los cónyuges de su hogar al trabajo y la escuela, se va buscando, sin lograrlo, una solidaridad interpersonal.

- **COMUNICACIÓN.**- La familia se enfrenta hoy en día peligrosamente con el problema de la incomunicación, a nivel conyugal, los esposos no hablan, ni dialogan.

Si entre los cónyuges no se da la comunicación difícil es que surja entre los demás miembros de la familia, por lo tanto si no se conocen no se logrará la integración, ya que no habrá unidad familiar y el núcleo fundamental no podrá operar para ser agente de cambio en la sociedad, ni podrá formar a los nuevos ciudadanos.

- **AUTORIDAD.-** En los últimos tiempos ha cambiado radicalmente el concepto de autoridad; de autoritarismo al concepto de autoridad como servicio en todas las relaciones: obrero-patronales, de hombre-mujer, de padres e hijos.

La autoridad ya no se impone, se presta como servicio, se busca, se cuestiona. La familia se ha democratizado porque cada vez se integra más por personas libres e iguales que buscan entre sí su desarrollo y personalización. Por esto ha traído los consiguientes conflictos llamados generacionales.

- **PATERNIDAD IRRESPONSABLE.-** Otro indicador es el de la paternidad irresponsable, no sólo la llamada explosión demográfica con sus graves consecuencias en lo familiar y en lo nacional, sino en concreto, en el problema que en México se siente fuertemente, que consiste en el incremento de los hijos fuera del matrimonio por irresponsabilidad de los padres. Se observa un problema de paternidad irresponsable, con mayor claridad en las familias en que falta el padre.
- **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.-** Lamentablemente un indicador que hoy se presenta con especial frecuencia es la violencia dentro de la familia, este es uno de los más graves problemas por el cual se lleva a cabo la desintegración familiar, pues afecta lo íntimo de las relaciones de pareja o lo especial de las relaciones paterno-filiales.

Esta situación se observa en la mayoría de los países y ha originado que el Estado intervenga en ello, dando una mayor difusión al tema de la violencia intrafamiliar para que se asistan a instituciones especializadas en el tema para la ayuda de las personas y darles una mejor solución.

Los sujetos de esta violencia son los generadores de la misma y los receptores. Los primeros son quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con las que tengan algún vínculo familiar. Los segundos, son los individuos o grupos vulnerables que sufren el maltrato físico, verbal psicoemocional o sexual en su esfera biopsicosexual.

La familia ha evolucionado, ha cambiado, hoy lo estamos viviendo de forma más acelerada y esto se debe a diversos factores:

- **DECRECIMIENTO DE LA MORTALIDAD.**- Los adelantos científicos en el orden de la medicina, han logrado mayor supervivencia de la humanidad y en especial, ha disminuido la mortalidad infantil con lo cual se presenta el problema de la explosión demográfica.
- **EMIGRACION.**- La emigración, buscando mejores oportunidades de vida, ha hecho que desaparezcan progresivamente las comunidades rurales y la distinción entre el lugar del trabajo y el hogar.
- **INDUSTRIALIZACIÓN.**- Uno de los factores que han influido en la crisis actual del matrimonio y la familia, es la industrialización que concentra grandes masas en los centros urbanos.

Consecuencia de la industrialización y como factor también de crisis se señala el pluriempleo del hombre y el trabajo de la mujer.

Esta urbanización favorece la participación de la mujer en el proceso de producción, pero ha desequilibrado las labores en el hogar, pues una emancipación temprana y a veces muy precoz en la juventud, sobre todo en los medios urbanos, desestabiliza a la familia.

- **MEDIOS DE COMUNICACIÓN.-** Los medios de comunicación masiva son factores que también afectan el cambio. La propaganda afecta a la sociedad entera. Los programas de radio y televisión, con la violencia desatan violencia en la sociedad. Los medios de comunicación, crean necesidades artificiales y generan la necesidad de pluriempleo, o del empleo excesivo en la mujer.
- **CONSUMISMO.-** El consumismo va entrando como meta y aspiración materialista en el interior de muchas de nuestras familias, se señala que este consumismo impide un auténtico desarrollo familiar, ya que polariza y encadena a todos los miembros de la familia, comenzando por los padres, en una carrera desenfundada hacia metas consumistas.

Los niños también desde que tienen uso de razón, a través de los medios de difusión, especialmente la televisión, se acostumbran al consumismo.

En la sociedad de consumo, acontece un radical cambio en todo el sistema productivo, ya no es más la producción de bienes que antecede al consumo a través de la elección de las familias, las cuales destinan libre y responsablemente sus ganancias a la inversión, al ahorro o al consumo, sino que es el consumo, el que precede a la producción.

El sistema sustituye a la familia, se instala en el interior del hombre y por consiguiente, del núcleo familiar, instrumentalizándola.

- **MOVIMIENTO FEMINISTA.-** El movimiento feminista de liberación, que desde el siglo pasado se ha dejado sentir, con las exageraciones o extremismos con los que parece evolucionar la humanidad, pero que empieza a sentar cauces. Evidentemente este despertar y participar de la mujer en la sociedad, como la parte olvidada de la humanidad, es un factor importantísimo, el cual está produciendo inevitables problemas.

La motivación para trabajar fuera de hogar varía según la situación económica de la familia. A diferencia en otros niveles de familia había otras motivaciones para que las mujeres casadas abandonasen el hogar, consistentes en la demanda de libertad y autonomía; para la mujer casada el derecho de ser una persona por sí misma y no ser un apéndice del marido y el hogar, alguien a quien el mundo juzgase como individuo y no como miembro de una especie.

Las mujeres hicieron también su entrada, en número impresionante y cada vez mayor, en la enseñanza media superior.

Esto se ha convertido en una puerta de entrada a las profesiones de responsabilidad. Inmediatamente después de la segunda guerra mundial, constituían entre el 15 y el 30 % de todos los estudiantes de la mayoría de los países desarrollados.

Sin embargo en 1980, la mitad o más de todos los estudiantes eran mujeres. En México también se dio este cambio drástico en las universidades, donde las estudiantes son, al menos la mitad de toda la población estudiantil.

La igualdad de los derechos civiles también se logra; con el gran objetivo del voto, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

- **INJUSTICIA SOCIAL.**- La mayor parte de las familias en México viven en situaciones angustiosas, carecen de lo esencial en lo económico, en lo cultural, político y religioso, que les impide cumplir con sus fines. En esto se destaca en mucho la escasez de la vivienda, y los que la tienen deja mucho que desear en el aspecto higiénico.

- **SECULARIZACION.-** También secularización en la familia se señala como un hecho negativo, sobre todo por la pérdida del carácter religioso en la familia creyente.

Es necesario resaltar que todos estos cambios no fueron negativos solamente, también encontramos cambios positivos como la promoción de la mujer y el cambio de una sociedad materialista en busca de la personalización.

- **NUEVA ANTROPOLOGÍA.-** Se observa la aparición de una nueva antropología favorable a la vivencia humana y cristiana en el matrimonio y en la familia, concebida ésta en base de la promoción de la dignidad de la persona humana.
- **VISIÓN PERSONALISTA DE LA SEXUALIDAD.-** Se observa como clamor unánime una visión personalista de la sexualidad humana, para no confundirla con la genitalidad, cuando las sombras son muchas en este aspecto.

Se está orientando a una nueva cultura, no sin problemas, se están poniendo al servicio del matrimonio y la familia las ciencias del hombre, como son la psicología, la ciencia médica, entre otros, que favorecen a la integración de la familia en todo su conjunto.

1.4. PSICOLOGÍA EN PAREJAS CON PROBLEMAS DE ESTERILIDAD O INFERTILIDAD.

Los problemas reproductivos se ubican en dos grandes grupos, según la nomenclatura aprobada por los Comités de Estudio de Fertilidad a nivel nacional e internacional: **esterilidad**, que es la incapacidad para tener gametos (óvulo y espermatozoide) que realicen en forma adecuada la fertilización (la penetración del espermatozoide en el óvulo), e **infertilidad**, que es la incapacidad para

obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación (la nidación del huevo en el útero o matriz).¹³

Mientras que la infertilidad atañe a la pareja que sabe que puede embarazarse, la esterilidad tiene mayor impacto psicológico ya que invalida la condición tradicional de hombre/mujer, afecta importantemente la autoestima y las relaciones interpersonales en el núcleo familiar y social.

Las causas de esterilidad pueden corresponder al hombre o a la mujer, aunque hay más de una tercera parte de los casos donde ambos miembros de la pareja intervienen conjuntamente.

Aunque la infertilidad en sí no provoca enfermedades físicas, su impacto psicológico sobre el individuo o la pareja puede ser severo. Los problemas maritales, como el divorcio, así como la depresión y la ansiedad son consecuencias comunes.

La infertilidad frecuentemente crea una de las más angustiantes y devastadoras crisis existenciales que una pareja puede experimentar en conjunto. La incapacidad de concebir un bebe, a largo plazo, puede provocar sentimientos de pérdida significativos. Enfrentarse a las múltiples decisiones médicas y a las incertidumbres que la infertilidad provoca, pueden crear una gran inestabilidad emocional para la mayoría de las parejas.

Todas las personas experimentan sentimientos, altas y bajas emocionales en la infertilidad o esterilidad, tales como son:

- Pérdida de interés en actividades usuales.
- Depresión persistente.

¹³ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en este punto se puede consultar en la página Web: www.reproduccion.com.mx/proceso.html. Reproducción Humana.

- Relaciones interpersonales tensas (con la pareja, familia, amistades y / o colegas).
- Dificultad en pensar en otra cosa que no sea su infertilidad.
- Altos niveles de ansiedad.
- Disminución de la habilidad para lograr tareas.
- Dificultad de concentración.
- Cambio en patrones de sueño (dificultad en lograr dormirse o en mantenerse dormido, despertar temprano, dormir más de lo usual).
- Cambio en su apetito o peso (aumento o disminución).
- Incremento en el uso del alcohol o drogas.
- Ideas de muerte o suicidio.
- Aislamiento social.
- Sentimientos persistentes de pesimismo, culpa o inutilidad.
- Sentimientos persistentes de coraje o amargura.

En México, a pesar de que no hay cifras confirmadas, se ha mencionado repetidamente en los foros científicos nacionales que un 10% de las parejas tienen problemas reproductivos a lo largo de su vida.

Este es un problema de salud que, aunque de nula mortalidad, es de suma trascendencia en una pareja ya que puede acarrear una enfermedad psíquica que puede llevar fácilmente a la desintegración de la relación conyugal.

ESTERILIDAD O INFERTILIDAD

Esterilidad: Es la incapacidad para tener gametos (óvulo y espermatozoides) que realicen en forma adecuada la fertilización (penetración del espermatozoide en el óvulo).¹⁴

Infertilidad, por lo general se define como la incapacidad para concebir, gestar, o dar a luz a un niño.

La infertilidad primaria es el término utilizado para describir a una pareja que nunca ha podido lograr un embarazo, después de intentarlo durante al menos un año mediante actividades sexuales sin protección.

La infertilidad secundaria es el término utilizado para describir a las parejas que han logrado por lo menos un embarazo previo, pero no logran otro embarazo.

La causa más frecuente de infertilidad es la incapacidad para concebir, los médicos pueden determinar la razón de que una pareja no consiga concebir o dar a luz a un hijo en cerca del 90% de los casos, y corregir la infertilidad en cerca del 50 por ciento. De cada 100 casos, 40 se deben a problemas en la mujer, entre 30 y 50 en el hombre, y el resto son producto de alteraciones en cada uno de los miembros de la pareja que al interactuar producen infertilidad.

Las causas de la infertilidad son muchas: anomalías hormonales estructurales, enfermedades, consumo de alcohol en exceso y fármacos anticonceptivos, entre otras.

¹⁴ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: CAREAGA PÉREZ GLORIA Y FIGUEROA GUILLERMO MARIO. Ética y Salud Reproductiva. México 1996. Editorial Porrúa. Págs. 128-130.

Mientras que la infertilidad atañe a la pareja que sabe que puede embarazarse, la esterilidad tiene mayor impacto psicológico ya que invalida la condición tradicional de hombre/mujer, afecta de manera trascendental la autoestima y las relaciones interpersonales en el núcleo familiar y social.

El problema puede encontrarse en cualquier punto del proceso de la reproducción. Al principio del proceso, quizá se trate de la ausencia de ovulación en la mujer o en la producción insuficiente de volumen de espermatozoides en el hombre.

En las fases posteriores, los problemas estructurales del útero o del cervix tal vez los hagan incapaces de albergar un embarazo. Con frecuencia, los trastornos que contribuyen a la esterilidad son temporales o reversibles, como en el caso de malnutrición, obesidad, fiebre elevada asociada con enfermedad o fatiga crónica.

Los médicos (ginecólogos en el caso de las mujeres y urólogos en el de los hombres) citan como otras causas posibles del aumento de la infertilidad la reciente elevación de la incidencia de enfermedades venéreas, que pueden lesionar gravemente el aparato reproductor masculino y femenino si no se tratan, y al uso generalizado de anticonceptivos orales y dispositivos intrauterinos para evitar el embarazo, ya que a veces su uso provoca infertilidad temporal o permanente.

Otros médicos relacionan el aparente aumento de infertilidad con la tendencia cada vez mayor de retrasar la maternidad, con frecuencia hasta que la mujer alcanza los treinta años, ya que la fertilidad, tanto en los hombres como en las mujeres, desciende con la edad.

El pico máximo de fertilidad en la mujer se alcanza a los 18 a 19 años y sufre pocas variaciones hasta la mitad de los 20. Entonces la fertilidad experimenta un descenso lento hasta los 35 años, más marcado hasta los 49 y una caída muy rápida conforme la mujer se acerca a la menopausia.

La fertilidad del hombre no declina con tanta rapidez, ni tiene un límite final claro, pero es más probable que un hombre de 50 años sea menos fértil que cuando tenía 25 o 30 años.

Los informes indican que la incidencia de infertilidad está aumentando, aunque parte de este incremento se debe al mayor número de parejas que buscan asistencia médica al conocer que la infertilidad es tratable.

1.5. ESTERILIDAD O INFERTILIDAD EN LA MUJER

Las causas de esterilidad pueden corresponder tanto al hombre como a la mujer, aunque hay más de una tercera parte de los casos donde ambos miembros de la pareja intervienen conjuntamente.¹⁵

Las causas de la infertilidad varían desde las causas físicas hasta los factores emocionales.

Un factor femenino (por ejemplo las cicatrices por enfermedades de transmisión sexual o endometriosis, disfunción de la ovulación, mala nutrición, desequilibrio hormonal, quistes ováricos, infección pélvica, tumor o anomalía del sistema de transporte desde el cuello uterino a través de las trompas de Falopio) es responsable de un 40 a un 50% de los casos de infertilidad en las parejas.

¹⁵ Salvo que se cite otra fuente en específico la información vertida en este punto se puede consultar en la página web www.nlm.nih.gov/medline/spanish. Esterilidad en la Pareja.

El 10 a 30% restante puede ser causado por factores contribuyentes por parte de ambos miembros de la pareja o la causa no ha sido adecuadamente identificada.

Muchas veces una mujer no puede quedar embarazada porque los huevos no se desprenden de los ovarios. Esto puede ocurrir por muchas razones. Por ejemplo:

- Es posible que sus hormonas no estén bien balanceadas.
- Puede tener un tumor o un quiste en los ovarios.
- Puede tener un problema con la tiroides o las glándulas pituitarias.
- Su ciclo menstrual puede ser muy corto.
- Puede tener sobrepeso.
- Puede haber perdido demasiado peso.
- Puede estar perdiendo demasiadas grasas por ejercitarse intensamente (por ejemplo para carreras de fondo).
- Puede tener mucho estrés y preocupaciones.
- Puede estar usando drogas, fumando o bebiendo demasiado alcohol.
- Los tubos que van de los ovarios al útero se pueden haber dañado. Esto puede haber ocurrido de varias maneras.
- Puede haber sufrido una enfermedad que haya dejado marcas en los tubos.

- Puede tener un defecto de nacimiento.
- Puede haber tenido una operación en los tubos.
- Puede también tener problemas con el útero.
- Es posible que haya tejido uterino creciendo fuera del útero.
- Puede tener un fibroide (o crecimiento) en el útero.
- Su útero puede tener una forma que no es normal. Es posible que no esté en la posición correcta.
- Es posible que tenga tejido cicatrizado dentro del útero.
- La apertura entre el útero y la vagina (el cuello del útero) puede ser muy estrecha o estar casi cerrada.
- Es posible que la mucosa producida por el cuello del útero no sea normal.
- Su cuerpo puede ser alérgico al espermatozoide. Es posible que mate al espermatozoide.
- Puede tener un problema causado por sus genes.

Su nivel de fertilidad también puede disminuir a medida que envejece, sobre todo después de los 30 años de edad.

El factor femenino engloba una mayor cantidad de alteraciones que van desde alteraciones en la ovulación y el eje hipotálamo-hipófisis, alteraciones anatómicas del tracto reproductor (tanto naturales como quirúrgicas), infecciones, cambio en la hábitat cérvico-uterino, factor inmunológico, etc.

En la mujer la causa más frecuente de infertilidad es la ausencia de ovulación, la segunda causa es la obstrucción de las trompas de Falopio.

1.6. ESTERILIDAD O INFERTILIDAD EN EL HOMBRE

La infertilidad no es únicamente un problema femenino. Aunque las cifras varían aproximadamente el 15 por ciento de las parejas que intentan el primer embarazo fracasan.

Aproximadamente entre el 30 y el 40% de todos los casos de infertilidad se deben a un factor masculino, tal como la eyaculación retrógrada, impotencia, deficiencia hormonal, contaminación ambiental, cicatrizaciones por enfermedades de transmisión sexual o disminución del conteo de espermatozoides debido a un alto consumo de marihuana o de medicamentos recetados por un médico, como cimetidina, espironolactona y nitrofurantoína.

Mencionemos los factores de riesgo relacionados con la infertilidad masculina, llamada también factor masculino o factor de infertilidad masculina:

- Historial de prostatitis o infección genital
- Trauma o torsión testicular
- Historial de pubertad precoz (la pubertad que ocurre a una edad temprana) o pubertad tardía (la pubertad que ocurre a una edad mayor).
- Exposición a sustancias tóxicas o peligros en el trabajo, como el plomo, el cadmio, el mercurio, el óxido de etileno, el cloruro de vinilo, la radioactividad y los rayos X
- Fumar cigarrillos o marihuana

- Consumo excesivo de alcohol
- Exposición de los genitales a temperaturas altas
- Reparación de la hernia
- Testículos no descendidos
- Medicamentos recetados para úlceras.
- Paperas después de la pubertad.

Las causas principales de la infertilidad masculina pueden dividirse en las siguientes categorías:

TRASTORNOS DEL ESPERMA.- Los problemas relacionados con la producción y la maduración del espermatozoides son las causas más comunes de la infertilidad masculina. El espermatozoides puede ser inmaduro, tener una forma anormal o ser incapaz de moverse adecuadamente o también puede ser que el espermatozoides normal se produzca en cantidades anormalmente bajas (oligospermia) o aparentemente no se produzca (azoospermia).

Muchas condiciones diferentes pueden causar este problema, incluyendo las siguientes:

- Enfermedades infecciosas o condiciones inflamatorias, como el virus de las paperas.
- Enfermedades hormonales o endocrinológicas.

- Trastornos inmunológicos en los cuales algunos hombres producen anticuerpos contra su propia esperma.
- Factores Ambientales y de estilo de vida.
- Enfermedades genéticas (la mayoría se asocian con anomalías del esperma, ya sea directa o indirectamente)

FIBROSIS QUISTICA.- Condición hereditaria que por lo general afecta a los pulmones y al páncreas, pero también puede presentarse como una causa de la infertilidad con y sin problemas leves del seno, del 6 al 10 por ciento de los hombres con azoospermia obstructiva tienen ausencia congénita bilateral de los conductos deferentes (su sigla en inglés es CBAVD), lo que significa que nacieron sin los conductos deferentes, de ello el 70 por ciento puede tener fibrosis quística o ser portador de una mutación en el gen de la fibrosis quística.

- Otros factores.- pueden surgir otros factores debido a la descarga defectuosa del esperma en el tracto genital femenino, que podría ser causada por impotencia o por eyaculación prematura.

Sin embargo, la causa más frecuente de infertilidad masculina es un recuento bajo de espermatozoides.

CAPÍTULO II LA FILIACIÓN

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN

Una figura jurídica muy importante para el desarrollo del presente trabajo, es la Filiación, en la cual se establecen los vínculos que surgen entre los padres con los hijos, así como las consecuencias jurídicas que resulten de la relación familiar.

Por lo tanto es necesario entrar a su estudio para conocer su concepto, su historia, las clases de filiación existentes, y sobre todo algo muy importante las consecuencias jurídicas que produce.

Para el desarrollo del tema principal, es decir la Maternidad Subrogada, el tema de la filiación es de gran relevancia, nos permitirá saber cuáles son los derechos y obligaciones que surgen de tal vínculo entre padres e hijos y saber sobre todo la trascendencia en la esfera del derecho.

Veamos lo que mencionan algunos autores acerca del concepto de filiación.

2.1. CONCEPTO

LA FILIACIÓN: "Es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en una estructura socio jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales morales, económicos, religiosos, etc." ¹⁶

Para Rojina Villegas el término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que "comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; comprende a las

¹⁶ GALINDO GARFIAS IGNACIO. Op.Cit. Pág. 221.

personas que descienden las unas de las otras, esto es, los hijos, los nietos, bisnietos, tataranietos, padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.”

En un sentido estricto, la Filiación “es la relación de derecho, que existe entre el progenitor y el hijo, lo que da como consecuencia un conjunto de derechos y obligaciones que se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos.”¹⁷

La Filiación, en su aplicación al Derecho Civil, equivale a “la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.”¹⁸

En sentido jurídico la Filiación significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistente en deberes, obligaciones y derechos familiares.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en lo sucesivo CCDF, en su artículo 338, define a la Filiación como:

ARTÍCULO 338. 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 entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Hoy por hoy el esquema a través del cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional: todo hombre y toda mujer tienen el derecho de decir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, consagrado en el artículo 4º de la

¹⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, tomo II., Op.Cit. Pág. 591

¹⁸ DE PINA VARA RAFAEL. Op.C it. Pág. 348.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que apunta, también el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

2.2. HISTORIA

Entremos ahora a una breve referencia histórica acerca de la Filiación, como ha ido evolucionado en el mundo a través del tiempo, hasta llegar a nuestra actualidad.

En las comunidades primitivas existió una promiscuidad que impidió determinar la paternidad. En los matrimonios por raptó la paternidad se encuentra ya definida debido a la unión monogámica, lo mismo sucede en el matrimonio por compra. La monogamia parece ser la forma más extendida y más usual de creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos.¹⁹

Las legislaciones antiguas adoptaron diversas posiciones con respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, algunas afrontaron este problema con menor rigor y otras en cambio extremaron su severidad, pero lo cierto es que los hijos extramatrimoniales estuvieron colocados siempre, en una situación de injusta inferioridad.

En Babilonia se permitía que se reconociera a los hijos que un hombre casado había engendrado con su esclava: tenían derechos a heredar. Si no se les reconocía, perdía el derecho de tipo económico, pero la madre y el hijo tenían derecho a la libertad. La filiación respecto de la madre estaba fuera de discusión, siendo provisosores de la máxima romana *mater semper certa est*.

¹⁹ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en el siguiente punto puede consultarse en: SANCHEZ MÁRQUEZ RICARDO. Op.Cit. Pág.420-422.

En Grecia los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos y estaban privados del derecho sucesorio.

En Roma primitiva se trató con extrema severidad a los hijos extramatrimoniales, pero a partir del momento que se dictó el edicto *Unde cognati*, este rigor disminuyó. El Digesto consagró el principio *mater semper certa est*.

Se estableció la diferencia entre los *libertis naturali* o sea, los hijos habidos de una concubina; los *adulteri* cuyo padre o madre estaban casados con otra persona en la época de su concepción; los *incestuosi* resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre: los *Sauri* colocados en esa condición por la vida deshonesto o promiscua de su madre.

Estos últimos serían los mánceres (hijos habidos de prostituta) cuya denominación era precisa para distinguirlos, calidad con la que son considerados así por muchos códigos civiles contemporáneos.

Los *libertis naturali* se consideraban parientes de la madre y del padre, quienes podían legitimarlos. Tenían derecho a heredar en porción menor a los legítimos. En cuanto a los demás, su posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta de lo elemental, de alimentos.

En la Edad Media el catolicismo suavizó la dureza de las disposiciones romanas y germanas respecto a los hijos extramatrimoniales. El Derecho canónico reconoció el derecho de alimentos de todos los hijos, cualquiera que fuera su origen, favoreció la legitimación por subsiguiente matrimonio. El derecho francés reconoció el derecho de alimentos.

En el derecho Español las Siete Partidas no obliga a los padres a proporcionar alimentos, pero tampoco se los prohibía, por consideraciones de piedad. La obligación de proporcionar alimentos recaía en la madre. Niegan el derecho de heredar respecto al padre pero no respecto a la madre.

En la Época Contemporánea y bajo el espíritu de la Revolución Francesa, se estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales, dejando al margen a los adulterinos y a los incestuosos.

El Código Civil de 1804 (Código de Napoleón) restableció la desigualdad, pero sin llegar al extremo del rigor anterior.

A partir de esa época, se ha considerado como un trato injusto el que se da a seres inocentes por culpas ajenas y por ello la mayoría de las legislaciones equiparan al hijo natural o fuera de matrimonio con el hijo legítimo, concediéndoles el derecho de heredar y el derecho de alimentos.

El derecho del hijo a exigir la certeza de su filiación mediante la acción judicial, correspondiente, ha sido una de las cuestiones mayormente debatidas en la doctrina, y regulados en la legislación con diferentes criterios.

Las tres posturas que se ha asumido son: la prohibición tajante a la investigación de la paternidad, la libertad absoluta para el hijo de indagar su origen y reclamarlo ante los tribunales y la permisión limitada al mismo, cuando tiene a su favor ciertas pruebas que son limitadas.

2.3. TIPOS DE FILIACIÓN

La Filiación surge de tres maneras, por matrimonio, habida fuera de matrimonio o surgida por la adopción.

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.

Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. No hay determinación en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos. Lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

LA FILIACIÓN MATRIMONIAL: "Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres, se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley."²⁰

Se presumen hijos de los cónyuges los nacidos dentro de matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que ha precedido al matrimonio.

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: Corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

Se clasifican en naturales, aquellos cuyos padres se encuentran en condiciones de contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, y no naturales aquellos cuyos padres no pudieron haberse unido legalmente cuando lo concibieron.

²⁰ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en el siguiente punto puede consultarse en: DE IBAROLA ANTONIO. Derecho de Familia, México 1984, Editorial Porrúa. 3ª. Edición. Págs. 379-411.

La filiación de los hijos nacido fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

LA FILIACIÓN CIVIL O ADOPTIVA: Se establece como consecuencia de acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y al adoptado en hijo.

En México no existe la diferencia entre la calidad de los hijos, ya sean nacidos dentro de matrimonio o fuera de él, ya que se les conceden los mismos derechos, tal y como lo señala el artículo 338 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

PRUEBA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS

La Filiación en relación a la madre es de fácil prueba directa, pues se trata de un hecho biológico comprobable. El parto se puede probar y también la identidad de presunto hijo. En cambio, en relación al padre sólo mediante la presunción que la ley establece como *iuris tantum* es como se puede acreditar la filiación de los hijos.

La Filiación de los hijos se prueba con la partida de su nacimiento, tal y como lo establece el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

ARTÍCULO 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

De igual forma el artículo 341 del citado ordenamiento nos señala:

ARTÍCULO 341. A falta de acta, o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de ésta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos

ofrecen, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

De lo anterior se deduce que hay dos clases de pruebas para acreditar la filiación. Unas son extrajudiciales, como son las actas de registro civil y la posesión de estado, y las segundas son las judiciales por medio de las pruebas que aporten ante el Juez.

ACTAS DE NACIMIENTO

“Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido” (ART. 54 CCDF).

Se requiere de la asistencia de dos testigos, los cuales darán el testimonio de que el parto tuvo lugar aún cuando en nuestro derecho no se requiere que hubieren presenciado el mismo.

Se hará constar el nombre, el día, la hora y el lugar del nacimiento, así como el sexo del presentado y el nombre y apellido que le correspondan para la identificación al menor, y al exigir que se haga impresión digital del presentado, se completa la segunda parte de la filiación materna que corresponde a la identificación del nacido del parto. (ART. 58 CCDF)

De igual forma como lo establece el artículo 59 del Código Civil de Distrito Federal, en todas las actas de nacimiento se deberá asentar los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilio de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación.

La prueba primordial o principal con la que se acredita la filiación es el acta de nacimiento, sólo en caso de falta de ésta puede recurrirse, subsidiariamente a

la prueba de la posesión constante de hijo, que es un estado de hecho, una relación humana que se establece en forma natural y que viene a acreditar la relación que hay entre dos personas, de las cuales una desciende de la otra y por aceptarse en el Derecho viene a acreditar en esa forma la relación jurídica entre ambos.

En relación con la madre la posesión de estado puede establecerse el parto y la identidad del hijo. El apellido que lleva, el trato que recibe, a opinión de la familia y sus miembros, son garantía muy firme para el hijo que goza de esta posesión, por lo tanto a la vez que la mujer que lo ha dado a luz, se prueba que es el hijo que ella ha alumbrado.

En el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 343 se establece la forma de acreditar la posesión de estado de hijo.

ARTÍCULO 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo haya tratado como a hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Según la doctrina generalmente aceptada y contenida en varias legislaciones, se requieren tres elementos constitutivos que son: el nombre, el trato y la fama. Inclusive, interpretando el Código Civil Italiano, señalaba que se

requerían los tres elementos como esenciales, de tal manera que si alguno faltaba no se podría probar el estado de posesión de hijo.²¹

El nombre significa que el hijo usa constantemente el apellido del que pretende es su padre. El trato significa que el padre lo ha tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. La fama significa que el hijo ha sido constantemente reconocido como hijo, por la familia del padre o la madre y por la sociedad.

Se estima que la fama es el elemento principal de los tres referidos, porque por circunstancias especiales y debido a intereses privados podría establecerse un convenio por el cual una persona considera a otra hijo de él, en perjuicio de los otros; si no existiere la fama, podría considerarse como algo planeado en perjuicio de otros, lo que no debe producir efectos.

El artículo 343 CCDF fracción III, señala un elemento nuevo, que consiste en que el "el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361", es decir que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

En nuestro derecho no se requiere la presencia y comprobación de los cuatro elementos referidos (nombre, trato, fama y edad). El artículo que se comenta expresa que podrá quedar probada la posesión del estado de hijo, si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre o de la madre y en la sociedad (fama), pero, agrega que, quedará probada esa posesión "si además concurre alguna de las circunstancias siguientes".

Por lo tanto se puede ver que no se exige que concurren todas las circunstancias que menciona como necesarias, sino solamente alguna de ellas.

²¹ Salvo que se cite otra fuente en específico la información que se desarrolla en el siguiente punto puede consultarse en: CHAVEZ ASENCIO MANUEL. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. México 1997. Editorial Porrúa. 3ª edición. Págs. 96-102

Las circunstancias que se enumeran son las que corresponden al nombre, trato y edad ya mencionadas.

Es decir, la fama se exige como indispensable; la fama más la prueba del nombre, o bien la fama más la prueba del trato, o por último la fama más la prueba de la edad, son suficientes para que la posesión de estado de hijo se tenga por acreditada.

La prueba de posesión de estado de hijo, es plena, siempre y cuando no hubiere acta de nacimiento que la contradiga, pues de lo contrario la posesión jamás podrá operar en contra de un acta de nacimiento que acredite lo contrario, en este caso tendría que redargüir de falsa el acta, toda vez que la misma, por disposición legal, hace prueba plena. (ART. 50 CCDF)

Sí el que esta en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio sin que preceda sentencia por la cual debe perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión. (ART. 353 CCDF)

La condición de hijo no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada. (ART. 352 CCDF).

Por lo que respecta a los medios de prueba que establece el artículo 341 del Código Civil de Distrito Federal en el que se menciona que se admiten para demostrar la filiación todos los medios de prueba incluyendo "aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen," al respecto existe criterio emitido por los tribunales, el cual se transcribe a continuación:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Julio de 1998

Tesis: II.2o.C.99 C

Página: 381

PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Diciembre de 1999

Tesis: I.6o.C.189 C

Página: 751

PATERNIDAD. RECONOCIMIENTO DE HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO. Si bien es cierto que existen medios para acreditar la paternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio, no menos verdad es que cuando se actualiza la contumacia del demandado por no acudir al desahogo de las pruebas como la pericial en genética molecular para el desarrollo del estudio correspondiente, no obstante haber sido apercibido que de no presentarse sin causa justificada se tendrían por ciertas en su contra las afirmaciones de la actora, salvo prueba en contrario, sin haber impugnado dicho apercibimiento, su sola rebeldía provoca que éste se haga efectivo en términos del artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, teniéndosele por confeso de la paternidad de hijo reclamada, máxime cuando el reo se desiste de las pruebas ofrecidas para demostrar su inocencia, incluso de la confesional a cargo de la actora.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4986/99. Ricardo Peimbert Muro. 6 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambríz Landa. Secretario: Raúl González González.

CONTRADICCIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

El desconocimiento de la paternidad es el acto que tiene por objeto anular la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que éste no puede ser padre del hijo.

El estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido por el marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad o el ejercicio de la acción de desconocimiento de la misma, y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad.

En relación al marido, para el ejercicio de la acción de contradicción, se toma en cuenta la presunción de paternidad respecto de los hijos de su esposa que nazcan dentro de matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes de disuelto éste.

Para el ejercicio de la acción de desconocimiento se toman en cuenta tres eventos: el nacimiento de los hijos de la esposa dentro de matrimonio, el nacimiento después de los trescientos días desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos por separación judicial; y el nacimiento después de trescientos días de la disolución del matrimonio.

Como requisitos para ejercer la acción de contradicción y desconocimiento la paternidad se necesita:

El nacimiento del hijo, la lógica consecuencia de lo previsto en el artículo 324 del CCDF, es que, el hijo nazca en los términos previsto por el artículo 337.

ARTICULO 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentando vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no se podrá imponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

Acta de Nacimiento. Toda acción de contradicción o de desconocimiento, requiere la existencia de un título que pruebe la situación del hijo, es decir, que cuente con un acta de nacimiento que pruebe su filiación materna y paterna.

Mediante el ejercicio de la acción de contradicción, se busca destruir la presunción que se consagra en el artículo 324 del CCDF, la cual sólo excepcionalmente puede combatirse por alguno de los supuestos previstos en el mismo.

Para el ejercicio de la acción contradictoria de paternidad está la concepción, que es el hecho por el cual se puede imputar a unos progenitores un hijo determinado. La concepción es lo que nos permite determinar si un hijo es nacido de matrimonio o fuera de él y aplicar, en consecuencia, la presunción tantas veces citada. Contra esta presunción el Código Civil para el Distrito Federal señala estas posibilidades:

ARTÍCULO 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Este artículo señala que sólo procede la contradicción si hubo imposibilidad física de cohabitación del marido y la mujer, lo que puede ser por alejamiento del domicilio conyugal, el que necesita ser tan prolongado que haga imposible que los cónyuges puedan reunirse durante el plazo legal de la concepción; que el marido trabaje en ciudad diversa o se encuentre en prisión, por mencionar algunos ejemplos.

El artículo en comento señala el plazo o periodo legal de la concepción, que es de ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento.

Solamente en este supuesto se tiene la seguridad de que el marido no es el padre del hijo.

Otro de los supuestos por el cual puede contradecirse la paternidad es el Adulterio, el cual se encuentra contenido en el artículo 326 del CCDF:

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.

El artículo que se analiza otorga al marido la posibilidad de contradecir la paternidad en caso de adulterio, cuando se le haya ocultado el nacimiento o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Este artículo deberá relacionarse con el artículo 345 del CCDF, que previene que "no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo."

El fundamento de este supuesto es el no haber tenido acceso carnal con la esposa, pero en este caso durante los últimos diez meses que precedieron el nacimiento y no sólo durante el periodo legal de la concepción (120 días de los 300 que proceden al nacimiento), lo que significa una infidelidad que se pretende ocultar por la esposa, con la cual también se da la posibilidad de contradecir la paternidad del hijo.

Agregando que la prueba evidente del adulterio, es la ocultación de nacimiento, esto equivale a la confesión del adulterio. Sin embargo el marido no

puede contradecir la paternidad si dio su consentimiento para que su mujer utilizara técnicas de fecundación asistida.

Ahora analicemos las acciones de desconocimiento de la paternidad que la ley establece.

El hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio es obvio que no se presume del marido. En esto radica la fuerza de la presunción del artículo 324 CCDF, pero no puede afirmarse con la misma certeza que el hijo nacido después de trescientos días de la separación de los cónyuges por orden judicial no sea del marido.

El fundamento de esta posición es que aún el matrimonio subsiste, pues esta pendiente la resolución judicial, pero existe una cierta presunción de que los cónyuges ya no cohabitan, por haber sido separados por resolución judicial mientras el proceso concluye. Hay una separación de cuerpos por orden judicial, es una ruptura y en ella se basa la posibilidad de desconocimiento.

Como causa de improcedencia se tiene el que hubiere habido entre los cónyuges reuniones que presuman cierta intimidad; que hubiere habido perdón del cónyuge ofendido; que hubiere habido reconciliación de ambos, que son actos jurídicos por los cuales el juicio de divorcio concluye.

Puede ser que no se diera aviso al juez y que jurídicamente la separación continuara, pero que por esos actos jurídicos del perdón o reconciliación, se imposibilita al marido desconocer al hijo de su mujer.

El punto de partida para los trescientos días a los que se refiere la ley, es el de la resolución del juez y su cumplimiento, tal y como lo establece la fracción II del artículo 324 del CCDF, el término se cuenta "desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La paternidad nunca puede comprobarse en forma directa y absolutamente inequívoca y fidedigna, por no existir procedimiento alguno por completo inobjetable, para determinar que cierto individuo engendró a otro, también determinado.

De aquí que la ley recurra a las presunciones *iuris tantum* para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad, en ambos casos se presume como tendrá que hacerse siempre en la paternidad a falta de pruebas directas que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido.

Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio o de concubinato, aquellos que nazcan dentro de éstos, y también se consideran hijos habidos de matrimonio o del concubinato, los nacidos dentro de los trescientos días después de disuelto el matrimonio ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio o cese la vida en común en el concubinato. (ARTS. 324 Y 383 CCDF)

La presunción se desprende del presupuesto que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio y el concubinato. Del hecho conocido, como son las relaciones carnales entre cónyuges y concubinos, se deriva un hecho desconocido, que es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que lo dio a luz y la presunción en Derecho, en este caso señala al marido o al concubinario.

Además, la presunción se basa en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio y estabilidad a la

familia. Se parte del supuesto normal de que la mujer no tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio. El padre es el que demuestra el matrimonio.

Tratándose de la presunción contenida en el artículo 324 CCDF, que trata de los hijos de los cónyuges, se requiere necesariamente: La existencia de matrimonio válido o no entre la madre y la persona a quien se le atribuye la paternidad; Que la Filiación materna se encuentre acreditada, la concepción dentro del matrimonio.

La existencia de matrimonio se acredita con la copia certificada o testimonio del acta de su celebración; en los casos de imposibilidad señalados en el artículo 40 CCDF. Se debe comprender en este aspecto también al matrimonio nulo, independientemente de la buena o mala fe de los contrayentes produce todos sus efectos civiles a favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separados los consortes o desde su separación, en caso contrario (ART. 255 CCDF).

La filiación materna acreditada, el hijo ha de ser necesariamente del consorte, es decir, de la mujer del que es marido. Esto presume el hecho del parto y la identidad del hijo.

La concepción dentro del matrimonio, constituye el tercer requisito, en relación a los concebidos y nacidos dentro del matrimonio no hay problema. Los nacidos después de la terminación del matrimonio, para que se consideren como hijos de los cónyuges, deben nacer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

La presunción puede desvirtuarse por tratarse de una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*) como veremos en las siguientes situaciones:

- Por contradicción de la paternidad como lo establece el artículo 325 CCDF, “contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que ha precedido al nacimiento”, esto significa que, bien hubo impotencia en el marido, o bien que éste estuvo físicamente alejado de ella, ya sea por haber residido en otro lugar.

Aquí es necesario demostrar la imposibilidad de la relación sexual entre los consortes y por lo tanto, que la concepción no pudo ser obra del marido.

El artículo 326 del CCDF previene que el marido “no podrá desconocer a los hijos de su esposa 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”. En relación con éste precepto, no es suficiente el dicho de la madre, sino que el marido debe comprobar el adulterio de su esposa, lo que hace esta situación bastante delicada, ya que no se requiere la confesión expresa sino que se demuestre fehacientemente el adulterio.

- Por los herederos, es otra situación por la que se destruye la presunción de paternidad, tal y como lo establecen los artículos 332 y 333 del CCDF.

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

ART. 333. 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.

- Por último tenemos la objeción a la filiación materna, en el caso de que prospere la acción en contra de la filiación materna, por razón del parto supuesto o por la sustitución del hijo.

Por lo que respecta al Concubinato, todo lo mencionado con anterioridad en relación a la presunción de los hijos de los cónyuges puede señalarse también en relación a la presunción de hijos del concubinario y de la concubina, a la que se refiere el artículo 383 CCDF.

En relación a la filiación extramatrimonial, salvo en el concubinato, no existe la presunción y, por lo tanto, sólo puede establecer la filiación por el reconocimiento, bien sea voluntario del padre o por sentencia.

INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

Por su propia naturaleza, la maternidad es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena. De allí que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene también obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, así lo establece el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo al artículo 385 del Código Civil del Distrito Federal se permite al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Sin embargo existe una excepción para el caso de que se pretende imputar la maternidad a una mujer casada, tal y como lo establece el artículo 386 del CCDF que a la letra dice:

ART. 386. No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar si está se deduce de una sentencia civil o criminal.

De acuerdo con el artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal, las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Pero si los padres hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tendrán el derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

2.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN

Tanto en la filiación consanguínea matrimonial o extramatrimonial, como en la filiación adoptiva, las consecuencias jurídicas son las mismas en lo general, ya que existe: el derecho y el deber de alimentos; el derecho a heredar, ciertas prohibiciones como atenuante o agravante en ciertos delitos; el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad se determina en función de la filiación.

Sin embargo, aquellos hijos extramatrimoniales que no hubieren sido reconocidos por sus padres o que de ellos no hubieren logrado una sentencia que reconozca la filiación, no podrán quedar comprendidos dentro de los efectos que sólo se pueden generar de la relación jurídica derivada de la existencia de la relación biológica.²²

Como principales efectos, se pueden señalar los siguientes:

APELLIDO: Consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, que se deriva de la obligación que tiene 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, tal y como lo establecen los artículos 55 y 59 del Código Civil para el Distrito Federal.

²² Salvo que se cite otra fuente en específico la información desarrollada en el siguiente punto puede consultarse en: DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit. Págs. 347-360

ALIMENTOS: 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 para el Distrito Federal en el artículo 303.

Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado. (ART. 304 CCDF.).

PATRIA POTESTAD: Al existir la relación paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores.

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 también por ambos en el caso de hijo fuera de matrimonio cuando los padres 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: 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 del Código Civil para el Distrito Federal, en su fracción III lo consagra para los hijos reconocidos.

El testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de la muerte.

TUTELA LEGITIMA: La tutela legítima corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y ejercer la tutela. Los hijos mayores son tutores de sus padres o madres viudos. (Art. 487 CCDF.)

PROHIBICIONES: Se encuentran diversas prohibiciones:

- Impedimento para contraer matrimonio entre los parientes en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos).
- Se prohíbe al Juez del Registro Civil autorizar los actos de estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad. (Art. 49 CCDF.)
- Incapacidad del médico para heredar, cuando atendió al autor del testamento en su última enfermedad, ya los parientes del propio médico. (Art. 1323 CCDF)
- Incapacidad por presunción del influjo contrario de la verdad e integridad del testamento, el notario y los testigos que intervienen en él y sus cónyuges, descendientes, ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios, a los ascendientes o hermanos (ART. 2278 CCDF.)
- Está prohibido ser testigo del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (ART. 1502, fracción VI CCDF.)
- Está prohibido a los hijos sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (ART. 2278 CCDF)

En el Código de Procedimientos Civiles también se encuentran algunas prohibiciones relacionadas con el parentesco:

- Están impedidos los magistrados, jueces o secretarios para conocer de los casos en que intervengan sus parientes.
- El perito que nombre el juez puede ser recusado cuando exista parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado.
- Los parientes por consanguinidad o afinidad podrán ser tachados como testigos.

LA FILIACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Entendiéndose por Reproducción Asistida: "todas aquellas técnicas que propicia la fecundación por un método distinto a la cópula ", así nos lo explica la autora Alicia Pérez Duarte²³, de igual forma nos explica las complicaciones que surgen en la aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida.

Las técnicas de Reproducción Asistida han propiciado el desequilibrio de la figura jurídica en comento, pues no sólo complican la investigación del vínculo filial sino que fragmentan los conceptos de maternidad y paternidad.

¿Por qué?, ¿cómo?, son las preguntas que inmediatamente surgen; al aplicarse éstas técnicas surgen por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. El padre y las madres sociales; el padre y la madre genética y la madre biológica.

Los primeros son aquellos que desean el hijo y recurren a éstas técnicas, ya que a través de la cópula no les ha sido posible engendrar; dependiendo del método usado, los padres pueden ser diferentes del varón y la mujer que aportan los gametos para la fecundación; éstos últimos recibirán el nombre de padre y madre genéticos; son los que van a dotar de la carga genética al nuevo ser.

²³ PEREZ DUARTE ALICIA ELENA. Derecho de Familia. México 1990. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Págs. 57- 59

Finalmente, puede darse el caso que una mujer porte a término el embarazo en su útero, sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación, en este caso la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser por ello se le nombre madre biológica, es el caso de lo que se ha dado en llamar Maternidad Sustituta o Subrogada.

Muchas veces se ha discutido acerca de esta problemática, existiendo diversidad de criterios entre los que se encuentran: los extremos de los que alegan que no es necesario reformar el instituto, ya que las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras; quienes alegan que éstas prácticas deben prohibirse, ya que atentan contra la dignidad humana, y quienes afirman que se debe revisar profundamente el instituto, toda vez que se ha hecho obsoleto y, por tanto, resulta insuficiente para responder a los problemas que se plantean hoy en día.

Además, de que debería reglamentarse sobre la utilización de los diferentes métodos de Reproducción Asistida, también debe hacerse especial referencia a la información y cuidados que debe darse a la mujer que recurre a estas técnicas sobre la conservación de gametos, tanto masculinos, como femeninos y de los embriones.

Es necesario que se legisle sobre la investigación y experimentación genética de los centros en donde se lleven a cabo estas prácticas y sobre los cuales en otros países ya se ha legislado tal y como lo estudiaremos más adelante.

Sin embargo en México, desafortunadamente existe todavía una corriente mayoritaria que se resiste a legislar sobre el tema.

CAPÍTULO III
MATERNIDAD SUBROGADA COMO MODALIDAD
DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

CAPÍTULO III

MATERNIDAD SUBROGADA COMO MODALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

3.1. REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Como podemos observar, nos ha tocado vivir en un mundo regido por la tecnología, considerada por nuestra civilización como parámetro de progreso. Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos colocan ante hechos que se proyectan a lo jurídico, que tiene que ser iluminados por la moral.

La ciencia ha ampliado el ámbito de investigación hasta campos insospechados por las generaciones precedentes: la biomedicina moderna ha permitido al científico conocer e intervenir en los procesos procreativos del hombre y a través de la ingeniería genética, intenta la manufactura de seres humanos, con peligro de transgredir los límites impuestos por la propia naturaleza y violar los valores fundamentales sobre los que se ha sustentado la sociedad humana.

Moralistas y representantes de las religiones más importantes que se profesan en el mundo claman por imponer una regulación apropiada al quehacer científico en este campo experimental, para impedir que surja una industria dirigida a la manufactura de seres humanos, que atentarían contra la dignidad del Hombre.

El Derecho es el instrumento idóneo para lograrlo. Sin embargo, los acontecimientos se han adelantado a la acción del jurista que confronta hoy la compleja tarea de analizar los hechos y evaluar sus resultados para salir al paso de la situación en defensa de los principios que fundamentan nuestra organización social.

Por lo tanto es necesario para el estudioso del derecho analizar las diversas formas de Reproducción Asistida y su aplicación para llegar al punto más importante que son las consecuencias jurídicas que traen consigo.

De tal forma nos avocaremos al estudio de la Reproducción Asistida y sus modalidades, poniendo énfasis en lo que se refiere a la Maternidad Subrogada tema principal del presente trabajo.

3.1.1. CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La Reproducción Asistida es la "fecundación del óvulo, mediante semen introducido por métodos instrumentales, con ausencia de la relación sexual."²⁴

La inseminación artificial, método más antiguo de la asistencia médica a la procreación, se define como: "el depósito de semen en forma no natural al tracto genital femenino, con la finalidad de conseguir una gestación, bien sea con semen del cónyuge o con semen de un donador."²⁵

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes de la Reproducción Asistida se encuentran desde la antigüedad, en Babilonia, por ejemplo, se legisló como remedio para asegurar la descendencia del hombre, el tomar una concubina a la que tenía que darle habitación dentro del hogar conyugal y a través de ella procrear.

La Biblia incluso menciona el caso particular de Abraham; Sara no podía darle hijos a Abraham, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar, entonces le dijo a Abraham: "Mira el Señor no me ha permitido tener hijos pero te ruego que te unas a mi esclava Agar, pues tal vez tendré hijos por medio de ella."

²⁴ VARGAS ALVARADO EDUARDO, Medicina Forense y Deontología Médica, México 1991, Editorial Trillas, Pág. 893.

²⁵ GUERRA FLECHA JOSE MARIA Y JULIA FERNANDEZ MORIS. Aspectos Científicos de la Inseminación Artificial, Universidad Pontificia Comillas. Madrid 1998. Págs. 21-40.

Abraham aceptó lo que Sara le dijo, y entonces ella tomó a Agar la egipcia y se la dio como mujer a Abraham, cuando ya hacía diez años que estaban viviendo en Canaan, Abraham se unió a Agar, la cual quedó embarazada.²⁶

Experimentalmente los esfuerzos para lograr la inseminación artificial datan de hace muchos años sin precisar la fecha exacta. No obstante puede decirse que ya era conocida desde el siglo XIV, cuando se empiezan a realizar los primeros experimentos.

Malpigi y Bibiena en 1600, fueron los primeros que intentaron sin éxito la fecundación artificial de los huevos de gusanos de seda. En 1725 Jacopia y luego Welthem parece que obtuvieron los huevos del salmón y de la trucha. También el Sueco Cleck, en 1757 estudió atentamente la araña macho que deposita su semen en una tela, luego la recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia.

En 1779 Lázaro Spallanzoni planteó el problema en términos científicos obteniendo en 1872 la fecundación de una perra. La inseminación artificial en los seres humanos se empezó a practicar de una manera clandestina a finales de la segunda guerra mundial, toda vez que estaba prohibida por razones religiosas.

Por lo que respecta a la Fecundación In Vitro (FIV), ésta técnica fue utilizada durante décadas en investigaciones de embriones animales, sin embargo, sólo desde 1978 se ha aplicado con éxito en la reproducción humana. Es en este año cuando en Inglaterra nace el primer bebé de probeta, la hija de la Sra. Brown.

Ese mismo año, pero en el Ciudad de Calcuta en la India, un matrimonio recibe a su primogénito a través de un método parecido.

²⁶ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: CHAVEZ ASENCIO MANUEL, La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Op. Cit. Págs. 34-41.

Para finalizar, al año siguiente en Glasgow, Escocia nace el primer varón concebido en Vitro de nombre Elaister Montgomery.

Por lo que se refiere a la Maternidad Subrogada, esta prácticamente es un tema novedoso y ha llegado a ser uno de los problemas más difíciles en el Derecho de Familia Moderno. El término de Maternidad Subrogada se utilizó por primera vez y relacionado con la fecundación In Vitro a finales de la década de los años 70's.

3.3. DIVERSOS TIPOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los problemas de infertilidad y esterilidad tal y como se explicó en el primer capítulo, son cada vez más frecuentes entre las parejas, es por ello que los científicos están buscando continuamente nuevas alternativas para estas parejas infértiles y estériles.

Con el propósito de corregir estas anomalías es como van surgiendo las primeras técnicas de inseminación artificial, que como ya se hizo alusión anteriormente se conocen desde la antigüedad, pero es hasta nuestros días cuando estas técnicas ya se practican casi de manera rutinaria. De hecho, ya existen países que han legislado en esta materia tal y como veremos más adelante.

En efecto, actualmente muchas de estas parejas que parecían estar condenadas a no tener descendencia, hoy en día con las técnicas de Reproducción Asistida, ya es posible que tengan hijos. Incluso en los países industrializados, entre ellos Japón, Estados Unidos, Australia, por mencionar algunos, existen clínicas especializadas que tratan estos problemas y su popularidad va en aumento. Los llamados bancos de semen dicen contar con miles de especímenes en sus más variados genotipos.

Existen diferentes tipos de Reproducción Asistida los cuales se enuncian a continuación, para posteriormente explicar cada uno de ellos, tales como:

- Inseminación Artificial Homóloga (IAH)
- Inseminación Artificial Heteróloga o por Donador (IAD)
- Fecundación In Vitro (FIV)
- Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT)
- Transferencia Intratubárica de Zigotos (ZIFT)
- Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)
- Maternidad Subrogada o Alquiler de Útero.

INSEMINACION ARTIFICIAL HOMÓLOGA

La Inseminación Artificial Homóloga (IAH), es aquella que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón esta imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer.²⁷

En los casos en que el hombre es normalmente fértil pero no transmite suficiente semen para producir el embarazo, puede donarlo para que sea artificialmente introducido, ya sea en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina).

Si la cantidad de espermatozoides o movilidad de espermatozoides es baja, el semen es concentrado antes de que sea insertado en el cuerpo de la mujer.

²⁷ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: HURTADO OLIVER XAVIER, *El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos.* México 2000, Editorial Porrúa. Págs. 15-30.

El éxito de éste tipo de inseminación es realmente bajo, alrededor del 10 al 17 %, es por ello que las parejas tienen que padecer el procedimiento varias veces hasta que logren tener éxito, sin embargo algunas nunca lo logran.

Como se explicó anteriormente la inseminación artificial homóloga es la que se lleva a cabo con espermatozoides del marido, sin embargo, es necesario señalar que la inseminación que procede del concubino también es homóloga. Se practica en los casos en que a pesar de ser ambos concubinos fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual.

Algunas de las causas por las que se practica la inseminación artificial homóloga es por ocurrir en el varón las siguientes circunstancias:

- Desajuste psicosexuales del marido que le impida consumir el coito.
- Malformaciones genitales del hombre y la mujer que interfieren con la fecundación mediante el coito.
- Infertilidad relativa del hombre a causa de oligospermia (presencia de un número bajo de espermatozoides), por moco infranqueable del cuello uterino.

Generalmente se considera como una forma apropiada y aceptable de tratamiento cuando ha sido clínicamente recomendada y se pretende procrear un hijo dentro del contexto de una relación estable (matrimonio o concubinato), se trata simplemente de reunir sus gametos para que la fecundación se produzca.

Sin embargo, se cuestiona la práctica de que la mujer utilice el semen conservado del esposo después de la muerte de éste, *post mortem*, por los problemas a que suele dar lugar.

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA O POR DONADOR

La Inseminación Artificial Heteróloga (IAD) es aquella que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas.

Cuando la cantidad de espermatozoides del hombre es realmente poca o si el semen carece completamente de espermatozoides, la pareja puede utilizar la inseminación artificial usando el espermatozoides de un tercero.

En la inseminación artificial heteróloga se toman las siguientes indicaciones para la aplicación de dicha técnica en parejas con problemas de esterilidad:

- Esterilidad masculina absoluta.
- Enfermedad hereditaria del marido que no conviene transmitir a su descendencia.
- Incompatibilidades, algunas de las cuales como la del factor RH, han sido superados por la ciencia.
- Esposa con anticuerpos aglutinantes, pero no inmovilizados de los espermatozoides del marido.

La técnica para llevar a cabo la inseminación artificial heteróloga, consiste en la selección de semen de donantes anónimos los que, si es posible, se equiparan con la pareja receptora en lo que respecta al fenotipo, es decir, las características físicas de las personas; altura, color de ojos, de cabello, color de piel, etc.

Se utiliza un procedimiento similar a la inseminación artificial homóloga, se requiere de una simple inyección de esperma, practicada en estrictas condiciones de higiene y bajo el cuidado del médico. Previamente se requiere un minucioso estudio de la pareja una vez que se tiene certeza de la fertilidad de la mujer y se ha diagnosticado el estado del hombre, puede entonces recurrirse a la práctica de la inseminación con resultados más favorables.

Este tipo de inseminación tiene ligeramente un porcentaje más alto de éxito que la inseminación con esperma del cónyuge u homóloga, sin embargo el procedimiento puede causar complicaciones de orden moral, legal y psicológico, sobre todo en este último aspecto para el hombre, ya que puede llegar a sentirse menos ligado al hijo que no es su hijo biológico.

FECUNDACION IN VITRO (FIV)

En la Fecundación In-Vitro (FIV), la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio, ya que el semen es incapaz de hacerlo, de ahí que a esta forma de fecundación se le llame también extracorpórea, ya que se realiza fuera del cuerpo.

La FIV se practica en los casos de obstrucción de las Trompas de Falopio que impide el encuentro del óvulo y espermatozoide mediante el coito. Ante esta situación se procede a la extracción de los óvulos para su posterior fecundación, ya con semen del marido, ya con semen de algún donante o tercero.

Esencial en la fecundación In-Vitro es hacerse con al menos un óvulo de la mujer que pretende quedar embarazada o en el caso de que esta no lo produzca, de la donante. Para ello el especialista somete a su paciente a una hiperestimulación de los ovarios con sustancias inductora de la ovulación, como el Clomifen y la Gonadotropina coriónica o HGC.²⁸

²⁸ HCG (Gonadotropina coriónica humana): Hormona producida por la placenta, por lo que puede ser utilizada para inducir la ovulación de la mujer o para activar la producción de testosterona en el varón. Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. México 1992. Editorial Salvat Editores. 15ª edición. Pág. 355.

Con estos fármacos se consigue que la mujer produzca más de media docena de gametos femeninos (óvulos) en cada ciclo, los cuales se recogen mediante una delicada operación de laparoscopia²⁹ o bien a través de una punción en los ovarios que se monitoriza con una sonda ecográfica especial. Los óvulos recién extraídos son lavados y depositados en la cápsula Petri donde recibirán a los espermatozoides.

Éstos se consiguen por simple masturbación del consorte o son tomados del banco de semen. Para comprobar su movilidad y seleccionar a los más vigorosos, son obligados a correr por unas columnas de una sustancia densa (hipercol). Después en el momento ideal, el líquido seminal se vierte en el pocillo donde esperan las células femeninas.

Incluso poniéndoselo en bandeja puede suceder que los espermatozoides sean incapaces de llevar a un buen fin su cometido debido a lo que podríamos llamar una pereza o apatía natural. Para levantarles el ánimo, los andrólogos recurren a fármacos como la pentoxilina sustancias que activa los mecanismos locomotores. Una vía en estudio que se investiga en algunos laboratorios consiste en inducir la reacción acrosómica³⁰ básica para la penetración del huevo aumentando la concentración de calcio en el interior de los gametos.

Como se desprende de los párrafos anteriores la FIV tiene varias alternativas, según el caso concreto, pero todas ellas se realizan en el laboratorio, es importante hacer esta mención en virtud de que la FIV no se limita exclusivamente a la extracción del óvulo y su posterior fecundación fuera del

²⁹ Laparoscopia: Intervención quirúrgica que se realiza para valorar directamente el útero, las trompas y los ovarios y que facilita, además de hacer un diagnóstico, tratar muchas de las alteraciones que se encuentran. A través de una minúscula incisión practicada justo debajo del ombligo, se introduce un tubo o catéter que permite la visión directa de los órganos reproductores y la introducción a través de él del instrumental necesario para el tratamiento. Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Op. Cit. Pág.445.

³⁰ Acrosoma: Capucha que recubre la mitad anterior de la cabeza de un espermatozoide y que contiene sustancias que una vez liberadas, le permiten adherirse al ovocito. Ídem. Pág. 78.

cuerpo humano, la FIV, incluye también el proceso de transferir el embrión dentro del cuerpo.

En efecto, muchas veces es necesario hacer estudios más detallados que requieran una manipulación total tanto del óvulo como del espermatozoide, como se manifestó, en algunas ocasiones éstos prácticamente carecen de movilidad, entonces es necesario ayudarlos para poder alcanzar el óvulo y posteriormente fecundarlo.

De hecho la FIV es una técnica que requiere hospitalización. Algunas autoridades todavía la consideran experimental y recomiendan su uso solo cuando todos los tratamientos han sido desechados.

La técnica de Fecundación In Vitro ha sido posible científicamente a través de la manipulación de los gametos (espermatozoides y óvulos). Dicha manipulación es factible por las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante años tanto del semen como del óvulo para su posterior utilización en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio y se utiliza nitrógeno líquido. De esta manera surgieron los bancos de semen y los bancos de óvulos.

TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (GIFT)

La transferencia intratubárica de gametos, es una variación de la fecundación In Vitro y es usada en las parejas cuya fertilidad es inexplicable. En este procedimiento los óvulos son tomados de los ovarios y se depositan junto con el espermatozoide del cónyuge, en una de las Trompas de Falopio, esperando consecuentemente, que la fertilización ocurra naturalmente.

Todo el procedimiento dura aproximadamente una hora y tiene la ventaja de que es más barato que la FIV y el porcentaje de éxito es casi comparable al

mismo, sin embargo, el procedimiento sólo puede ser utilizado por aquellas mujeres que tiene por lo menos una Trompa de Falopio sana. Al igual que con la fecundación In Vitro se puede llevar a cabo con espermias donados, óvulos donados o ambos.

Respecto a este último punto, es necesario analizar un aspecto muy importante, si los dos gametos son donados, nos encontraríamos ante una adopción, ya que el producto aunque venga del vientre de la madre, la verdad es que de ninguna manera tendría lazo alguno con sus padres, genéticamente no contienen la misma información.

TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE CIGOTOS (ZIFT)

La transferencia intratubárica de cigotos fue descrita por DEVROEY en 1986. También es necesaria la integridad de al menos una de las trompas de Falopio y las etapas iniciales hasta la recuperación de ovocitos son idénticas a la FIV.

La recuperación de ovocitos se realiza ultrasonográficamente, asistidos por ecografía, y los ovocitos recuperados son inseminados posteriormente con espermatozoides móviles. Si se produce la fecundación, se transfieren de dos a tres cigotos mediante laparoscopia en el extremo fimbria de una trompa. Si hubiera cigotos excedentes, estos serían criopreservados y pueden ser reemplazados en sucesivos ciclos. Los buenos resultados de DEVROEY no han podido confirmarse con el paso del tiempo y hoy la ZIFT no llega a representar el 1 por ciento de todas las técnicas de Reproducción Asistida empleadas.

INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)

La infertilidad masculina es la responsable del 50 % de la etiología de la pareja infértil y hasta ahora era la patología de peor pronóstico dentro de la infertilidad. Desde el laboratorio se ha intentado mejorar la fecundación cuando

se encuentra con un factor masculino moderado, por ejemplo en el caso de disminución del volumen de inseminación o el aumento de la concentración espermática.³¹

La Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides ICSI. (Intra-citoplasmic sperm injection): Es la técnica empleada en el laboratorio de embriología para conseguir la fecundación de los ovocitos y que consiste en introducir o microinyectar un solo espermatozoide en el interior de un solo ovocito³². Este método es indicado en casos de infertilidad masculina grave, cuando se encuentran muy pocos espermatozoides normales en el semen del hombre, o cuando la capacidad de fertilización de los espermatozoides ha disminuido considerablemente.

Diferentes técnicas de micro manipulación han pretendido salvar el obstáculo de la zona pelúcida³³, realizando una disección parcial de la zona o perforarla químicamente para facilitar la penetración de los espermatozoides.

Finalmente se intentó con poco éxito la microinyección de espermatozoides en el espacio perivitelino (SUZI), pero hasta 1992 se publicaron resultados sobre embarazos obtenidos con inyección intracitoplasmática de espermatozoides, no se abrió la puerta a una posible solución en la mayor parte de los factores masculinos moderados y graves.

La ICSI surge entonces como una alternativa al factor masculino grave, en la que los resultados de la fecundación no se van a ver influidos por el número de

³¹ La siguiente información puede consultarse en la página web: www.crea.ws.

³² Ovocito (Óvulo u Oocito): Célula reproductora femenina. El ovario de una niña, al nacer, contiene entre 1 y 2 millones de ovocitos; al llegar a la pubertad, quedan aproximadamente 500.000. De forma natural, periódicamente, y hasta la menopausia, se reclutará un gran número de ellos cada mes pero, salvo excepciones, solo uno se ovulará, quedando el resto degenerado. Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Op. Cit. Pág 532.

³³ Zona Pelúcida: Cubierta a modo de cáscara que rodea al ovocito. Después de atravesar las Células de la Granulosa del Cúmulo Ooforus, (Grupo de células de la granulosa que rodean al ovocito) los espermatozoides deben adherirse a la Zona Pelúcida y al hacerlo se produce un cambio en su acrosoma (reacción acrosómica) que hace que se liberen sustancias que permitirán que el espermatozoide acceda hasta el interior del ovocito, momento en el que se produce un cambio en la Zona Pelúcida que impide que ningún espermatozoide más fecunde, para que el embrión no tenga un exceso de cromosomas. Ídem. Pág. 836

espermatozoides, ni por su movilidad, ni su morfología, ya que la técnica consiste en introducir un solo espermatozoide en un óvulo por medio de micromanipuladores guiados por microscopía óptica.

Los buenos resultados obtenidos con esta técnica, han hecho considerar a muchos grupos la posibilidad de extenderla a nuevas indicaciones como factores ovocitorios con baja respuesta (inseminando la mitad de los ovocitos y microinyectando la otra mitad), o simplemente para asegurar la fecundación por lo menos en la mitad de los ovocitos.

La ICSI no sólo ha aportado una solución importante ante el factor masculino severo que tenía como único recurso la inseminación con semen de donante, sino que además está permitiendo estudiar más a fondo la fecundación humana, dando un paso adelante en el tratamiento de la esterilidad.

Por lo que se refiere a la Maternidad Subrogada, más adelante nos avocaremos a su estudio.

CONSIDERACIONES LEGALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

El advenimiento de las nuevas técnicas de procreación humana, han hecho evidente a través de los años acordar a la brevedad posible soluciones dentro del campo del derecho; es decir se ha despertado la necesidad de realizar una nueva apreciación de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Sin lugar a dudas, la actividad legislativa de muchos países ya no responde al avance propio de la era moderna y sólo actúa en torno a principios y supuestos propios de otras épocas.

A pesar de lo anterior, las condiciones socio económicas de algunos países, entre ellos; Australia, Suecia, España, entre otros, dan pauta a que en ellos ya se hayan empezado a tomar cartas en el asunto, buscando posibles respuestas y

soluciones a la nueva realidad social que ha desencadenado la ciencia biológica, especialmente la biotecnología y la ingeniería genética.

Esta situación tiene gran importancia al momento de adecuar los sistemas jurídicos de países como el nuestro en donde el derecho comparado es de gran utilidad.

Hablaremos a continuación de Países con una legislación específica sobre Reproducción Asistida.³⁴

En Suecia se publicó la Ley sobre inseminación artificial del día 22 de diciembre de 1984 y la Ley sobre la Fecundación In Vitro, en junio de 1988. Posteriormente, la Ley número 114, de 14 de marzo de 1991, relativa a la utilización de determinadas técnicas en el marco de los exámenes generales de salud, y la Ley número 115, de 14 de marzo de 1991, relativa a las medidas con fines de investigaciones o de tratamiento en relación con los embriones.

En Dinamarca, el Parlamento aprobó en junio de 1987 una denominada Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, con dos cuestiones fundamentales: las técnicas de Reproducción Asistida y la experimentación de embriones.

El Consejo Danés de ética, en materias afines, presentó en 1993 su Comentario sobre la Ley del Ministerio de Trabajo de prohibición de uso de pruebas genéticas en las pensiones y los seguros y las Recomendaciones de 1993 sobre genética y de 1994 sobre la patentabilidad de los genes humanos.

El día 12 de junio de 1987 se publicó la Ley Noruega sobre fecundación artificial: en ella se regulan la inseminación artificial y la fecundación In Vitro. Esta

³⁴ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en GUERRA FLECHA JOSE MARÍA. Procreación Humana Asistida. Aspectos Técnicos, Éticos y Legales. Madrid 1998, Universidad Pontificia Comillas. Págs. 112-146

ley fue derogada por la Ley número 56, de 5 de agosto de 1994, sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina, que entró en vigor el día 1 de septiembre de 1994.

En Reino Unido se promulgó el 1 de noviembre de 1990 la Ley de Fertilización Humana y Embriología. Ya en el año 1945 el arzobispo de Canterbury había constituido una comisión para el estudio e información relativa a la Inseminación artificial por donador, cuyas conclusiones, dadas a conocer en el año de 1948, condenaron dicha práctica, sugiriendo que debería ser prohibida y calificada como un delito criminal.

En el año de 1960 el Parlamento nombró una nueva comisión (Feversham Committee) que llegó a análogas conclusiones. En el año de 1973 el denominado Peel Committee dio a conocer un Informe en el que se aprobaba la Inseminación por donador o heteróloga, dando una serie de recomendaciones para su práctica.

En el mes de junio de 1982 el Gobierno creó una comisión especial que acometiera el estudio de la fertilización humana y la embriología; esta comisión estaba presidida por la señora WARNOCK y estaba formada por quince miembros, entre los que se incluían médicos, juristas y personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia, con una gran diversidad de ideologías y criterios. Esta comisión dio a conocer en el mes de julio de 1984 el denominado Informe Warnock.

El informe Warnock es punto obligado de referencia en el estudio de estas técnicas porque es el primer informe europeo que aborda la procreación asistida de forma completa y ha influido de forma determinante en prácticamente todas las comisiones encargadas de elaborar estudios sobre la procreación asistida en los países europeos. Contiene sesenta recomendaciones, entre las que se destacan las siguientes:

- Se recomienda utilizar estas técnicas sólo en parejas heterosexuales (casadas o no)
- Se admite tanto la donación de óvulos como la de embriones, aunque sólo se podrán llevar a cabo con licencia de la autoridad competente y con respecto absoluto del anonimato del donante.
- Se limitaron el número de donaciones de gametos a diez por donante.
- En cuanto a la filiación, se establece que los hijos de los donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figuran como padres, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos.
- Rechaza la inseminación *post mortem*. En caso de que ésta se realizará, el niño así nacido no tendría derecho hereditario respecto del padre.
- Por lo que se refiere al status jurídico del embrión, se admite la experimentación con embriones antes de los 14 días desde la fecundación, considerándose delito si se realiza después.

En Alemania se publicó en el año de 1976 una ley sobre contratos de adopción y a finales de abril de 1986, se publicó un Anteproyecto de Ley sobre protección del embrión con disposiciones relativas a la producción mediante FIV de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer, desarrollo de embriones *In Vitro* más allá del décimo cuarto día, experimentación embrionaria, etc.

En la discusión constitucional la opinión dominante fue considerar que, en el orden jurídico, la vida humana comienza desde la concepción del embrión, ya sea a través de medios naturales o mediante FIV. Desde ese momento, la vida y la salud del embrión, y el derecho a la protección de su dignidad como persona humana son garantizados por la Constitución.

Posteriormente, en noviembre de 1989 se incorporó una enmienda de la ya citada ley sobre contratos de adopción de 1976 con el nombre de Ley sobre contratos de adopción de niños. Así se llegó a la Ley de 13 de diciembre de 1990, sobre protección a embriones, con entrada en vigor el 1 de enero de 1991.

En Francia debe destacarse el Proyecto de Ley presentado en la Asamblea Nacional el día 18 de mayo de 1984, cuyo principio fundamental es la configuración y reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de su concepción. El interés del hijo concebido nunca deberá ser desconocido, teniendo derecho a la protección del patrimonio genético.

El día 29 de julio de 1994 se publicaron en Francia dos leyes importantísimas: la número 94-653, relativa al respecto del cuerpo humano, y la número 94-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y el diagnóstico prenatal. Inmediatamente anterior en el tiempo a estas dos leyes, ya que se publicó el 1 de julio de 1994, es la Ley número 94-548, relativa al tratamiento de datos nominativos que tengan como finalidad la intervención en el ámbito de la salud.

El Consejo de Europa, desde la firma en Londres en el año de 1949 de sus Estatutos, se ha preocupado intensamente por la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, en la denominada Convención Europea, los estados miembros se comprometieron a hacer cumplir los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de diciembre de 1948.

La actividad del Consejo de Europa sobre la Inseminación artificial humana, la Fecundación In Vitro, Los Derechos del niño no nacido, la Ingeniería genética, La experimentación e investigación con embriones y fetos humanos, etc., ha sido muy intensa. Vamos a enumerar los puntos más importantes:

- Resolución número 4376, de 6 de octubre de 1979: Declaración de los derechos del niño no nacido.
- Recomendación 1.046 (1986), relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1986.
- Recomendación 1.100 (1989), sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 2 de febrero de 1989.
- Recomendación 1.240 (1994), relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 14 de abril de 1994.
- Finalmente, el Convenio de 19 de noviembre de 1996 para la Protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología, de la Medicina: Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina.

En España, existe la ley 35/1988 del 22 de noviembre de 1988,³⁵ como antecedente de esta ley debe citarse del denominado Informe Palacios, que recibe su nombre de quien fue presidente de una Comisión Especial Parlamentaria creada en el año de 1985 por representantes de los diferentes grupos parlamentarios

La finalidad de esta Comisión era, previos los estudios pertinentes, confeccionar un dictamen que pudiese servir como base para un ulterior proyecto de Ley. El proyecto fue aprobado el día 10 de abril de 1986, siendo sus recomendaciones recogidas en la Proposición de Ley 122/000062 sobre

³⁵ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: LEMA AÑON CARLOS. Reproducción Asistida: Promesas, Normas y Realidad. Madrid 2001. Editorial Trota. Págs. 15-55.

fecundación asistida, que dio origen a la ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988.

La citada ley contiene disposiciones sobre técnicas de Reproducción Asistida. Estas técnicas se realizan en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, que hubieren solicitado y aceptado libre y conscientemente, y hayan sido previa y debidamente informadas sobre el procedimiento.

La donación se establece como contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado, nunca tendrá el carácter lucrativo o comercial, se custodian los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en claves en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes. Pero los hijos nacidos de donantes tienen derecho por sí o por sus representantes legales, a obtener información general sobre los donantes, que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Otra ley que se promulgó fue la 42/1988 de 28 de diciembre de 1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos. La cual contiene disposiciones acerca de la donación y utilización de embriones y fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante.

Esta ley se enmarca dentro de la exigencia de un marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos y sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia.

Esta fue una breve reseña de los diferentes países que legislan acerca de las técnicas de Reproducción Asistida a continuación entraremos al estudio más específico de una de las modalidades de la Reproducción Asistida, la Maternidad

Subrogada, comenzando con sus antecedentes, su concepto y los problemas que comporta esta técnica.

3.4. MATERNIDAD SUBROGADA

Las alternativas que ofrece la Reproducción Asistida alientan la posibilidad de que algunas mujeres que no pueden llegar a concebir por los medios naturales puedan hacerlo a través de las técnicas de inseminación artificial y fecundación In Vitro.

Sin embargo, en ciertas ocasiones la posibilidad de procrear nunca llega a lograrse, sobre todo si tenemos presente que algunas mujeres no pueden llegar al término del embarazo por estar enfermas de algún mal que se agravaría con la gestación debido a la imposibilidad de gestar o por haber sufrido la histerectomía (mutilación del útero).

Esta última situación obliga a pensar en utilizar alguna figura capaz de solucionar en forma exitosa tal problema, es aquí cuando la figura de la adopción reclama un papel de primera importancia, se convierte en el medio legal para allegar hijos al matrimonio.

No obstante lo anterior, existen parejas que por diversos motivos no desean adoptar al niño. Con los avances científicos, las cuales tienen por objeto resolver los problemas de las mujeres que se encuentran imposibilitadas para gestar a un niño, surge un nuevo concepto de aparición reciente la cual ha creado muchas controversias, claro esta que nos referimos a la Maternidad Subrogada.

Debe de hacerse notar la generosa pluralidad terminológica con que se ha denomina esta figura: Maternidad Subrogada, gestación subrogada, maternidad por sustitución, gestación de sustitución, maternidad de sustitución, madre de alquiler o madre portadora, llegando a hablarse del alquiler de úteros.

Como antecedentes se mencionan los casos de las mujeres de Abraham y Jacob, que imposibilitadas para concebir les dieron a sus esclavas para procrear a través de ellas.³⁶

En el Libro del Génesis se lee que Sara, la esposa de Abraham, ante la imposibilidad de darles descendencia al Patriarca, le ofreció a Agar, su criada, para concebir a través de ella. "Yahvé me ha hecho estéril, dijo, quizá podré tener hijos a través de ella. "

El caso se repitió en Raquel, esposa de Jacob, quien le dijo: "Dame hijos o me muero". Ofreciéndole a Bilah, su esclava, Raquel Respondió: "Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas."

El primer caso de un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, tuvo lugar en los Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio. Las mujeres casadas con descendencia son generalmente preferidas a las que no han tenido experiencia maternal.

En Knoxville, Tennessee, en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. "Fue un regalo de amor", declaró a la prensa la madre subrogada.

A partir de entonces cientos de niños³⁷ en los Estados Unidos y otras partes del mundo han nacido mediante contrato de subrogación, a pesar de la oposición de la sociedad al respecto y de los graves problemas legales y morales a que la práctica ha dado lugar.

³⁶ HURTADO OLIVER XAVIER, Op. Cit. Págs. 55-56

³⁷ Según datos aportados se cree que hasta la fecha ya son miles de niños en todo el mundo que han nacido a través de las madres sustitutas.

La Maternidad Subrogada ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento. Están integradas por médicos, psicólogos, abogados, un catálogo de mujeres dispuestas a embarazarse por paga y que cobran una suma importante por su intermediación.

En Estados Unidos y diversos países europeos abundan estas agencias que comienzan a invadir otras partes del mundo donde el nivel económico de las parejas permita el pago de sus servicios.

Cuando en las parejas se da el caso de la Maternidad Subrogada, deben generalmente estar asistidas por un abogado, para la protección legal de la pareja y del producto, con la implementación de un contrato en el que se observarán los deberes y responsabilidades de las partes involucradas en la inseminación artificial. En algunas ocasiones se da el caso de que el mismo profesionista ayuda a localizar a la mujer que hará la gestación subrogada del bebé.³⁸

El Contrato de subrogación se estima necesario para asegurar que el infante será entregado al matrimonio inmediatamente después del nacimiento, el contrato también es de gran relevancia para la mujer subrogada, ya que en él se garantizará legalmente sus honorarios, así como la cobertura de los gastos médicos de acuerdo al contrato que suscribieron ambas partes.

La madre subrogada pacta generalmente una lista de obligaciones mutuas. El multicitado contrato asentará las obligaciones de la pareja para pagar todos los gastos médicos que se originaron de la inseminación, así como otros relacionados a la inseminación de la madre como del bebé que llevará en su vientre.

38 Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede ser consultada en: ELAINE LANDAU. "Surrogate Mothers." Cit. Pos. ALVARADO DURAN, ALBERTO. "Consideraciones Éticas y Legales sobre la Reproducción Asistida en México", Ginecología y Obstetricia de México, Editada por la Federación Mexicana de Ginecología y Obstetricia. Volumen 64. México 1996. Págs. 893-896.

La mayoría de los contratos especifican que si el bebé naciera con defectos, los probables padres estarán obligados a aceptar a ese nuevo ser y cubrir los gastos relacionados con la inseminación artificial.

En suma el contrato estipulará que la pareja o matrimonio costee los honorarios de la subrogada en una cuenta bancaria abierta para tal fin, misma que será administrada por un abogado quien dispondrá el pago correspondiente una vez que se hayan cumplido los términos suscritos en el contrato.

En el pasado, los honorarios estandarizados a la madre subrogada eran aproximadamente diez mil dólares aunque recientemente honorarios más altos han sido percibidos. Si la madre subrogada llegará a tener un aborto tendrá la garantía plena de recibir por lo menos un pago parcial en consideración del tiempo que estuvo gestando al bebé en su vientre.

En reciprocidad, las obligaciones de la subrogada generalmente la obligan a consultar al médico obstetra para cerciorarse de la no utilización de drogas ilegales, la ingestión de medicina no prescrita por él, así como también evitar el consumo de alcohol y cigarros.

Por otra parte, existen abogados que consideran necesario la existencia de un contrato entre ellos y sus clientes, es decir la pareja o el matrimonio, ello con el fin de protegerse y señalar que el abogado no es responsable para garantizar el embarazo o que la subrogada no cumpliera con lo estipulado en el contrato.

La subrogación de maternidad ha sido rechazada universalmente. En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transportes, hospitalización, etc., y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se

prohíbe recibir compensación por el servicio como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.

3.5. CONCEPTO

La Subrogación de Maternidad: "Es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."³⁹

Se llama Maternidad Subrogada: "a la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o cargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia".⁴⁰

Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. Veamos a continuación las diversas formas⁴¹ en las que se puede llevar a cabo la Maternidad Subrogada:

- Maternidad Subrogada fruto de espermatozoide y óvulo de la pareja. Sólo hay prestación de útero por parte de tercera persona.
- Maternidad Subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización permisiva de la pareja. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la persona y se presta el útero por tercera mujer.
- 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, se presta el útero por parte de una tercera mujer.
- Espermatozoide y óvulo de donante con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la

³⁹ALVARADO DURAN, ALBERTO. Op. Cit. Pág. 54.

⁴⁰GAFO JAVIER. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Madrid 1992. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. Pág. 147.

⁴¹Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse: "Madre de alquiler" Enciclopedia, Microsoft. Encarta 2004. Reservados todos los Derechos.

misma mujer que presta el útero. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero por parte de una tercera mujer, con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer.

Por lo tanto hoy en día es incluso posible crear un bebé normal con no menos de cinco progenitores los cuales serían: la mujer que da a luz al niño, dos los padres genéticos que proporcionarían el esperma y el óvulo que los médicos mezclan en una caja de petri y luego implantan como embrión viviente en la matriz de la madre sustituta; finalmente están los verdaderos padres, la pareja estéril que llevará al bebé a su casa y lo considerará como suyo.

3.6. PROBLEMAS ÉTICOS, RELIGIOSOS, MORALES Y JURÍDICOS COMO CONSECUENCIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.

Como nos referimos anteriormente, la Maternidad Subrogada consiste en el hecho de que la esposa es incapaz orgánicamente para gestar al hijo. Cuando las parejas se encuentran ante tal situación y la opción es recurrir al alquiler del útero de otra mujer, se derivan diversas controversias ya en lo ético, en lo moral, en lo religioso, pero sobre todo en lo jurídico.

Es necesario tomar en cuenta que, la aplicación de la maternidad sustituta en parejas con problemas de esterilidad da origen a establecer una serie de condiciones éticas, ya que su aplicación lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal.

Constituye una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva efectivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa.

La maternidad sustituta, en concreto puede aludirse a los principios de beneficencia o no maleficencia, ya que implica la posible degradación de las personas implicadas al papel de meros medios con el fin de conseguir un producto o material reproductivo para intereses ajenos.

Salta a la vista que una ética posmoderna, basada exclusivamente en el principio de autonomía, no pondría reparos a estos tipos de transacciones, con tal de que contase con el permiso de las personas implicadas.

Por lo que respecta al ámbito religioso, las diferentes religiones (catolicismo (VER ANEXO 1), protestantismo, Iglesia ortodoxa, judaísmo e Islam) algunas de ellas aceptan ciertas técnicas de Reproducción Asistida. Pero todas rechazan la utilización de la Maternidad Subrogada de acuerdo a los siguientes puntos:

La esencia entre la dimensión unitiva y de la procreación del acto sexual: Nunca esta permitido separar estos aspectos hasta el punto de excluir positivamente, sea la intención procreadora sea la relación conyugal.

La carencia de significado esponsal en la procreación artificial de un nuevo ser: La procreación queda privada de su perfección propia desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir de la unión de los esposos.

La afirmación de que el nuevo ser no puede ser un objeto, producido por la tecnología reproductora: En su origen único e irreplicable el hijo habrá de ser respetado y reconocido como igual en dignidad personal a aquellos que le dan la vida.

Desde el punto de vista jurídico, estudiemos, las consecuencias jurídicas que implican su utilización en el ámbito del derecho.

Como se mencionó anteriormente se necesita la existencia de un contrato entre la mujer que procrea al niño y los cónyuges, contrato que de acuerdo con la legislación mexicana actual es difícil de celebrar, y aún más difícil de exigir en caso de que la madre sustituta se rehusare a entregar al hijo de ella nacido al matrimonio con el cual contrató.

Es necesario analizar el contrato de acuerdo a su naturaleza, así como el aspecto moral y su licitud, en este estudio nos avocaremos al análisis hecho por el autor Chávez Asencio, respecto a la elaboración de un Contrato de Maternidad Subrogada, el cual nos parece el más apropiado para hacer una buena reflexión acerca de la aplicación de la maternidad sustituta en México.⁴²

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 esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento para que sea entregado a la pareja solicitante.

Lo cual nos plantea problemas entre la maternidad gestante (madre sustituta) y la maternidad genética (la madre que aporta el óvulo), lo cual hace más complicado el asunto. También se presenta controversia con el varón de la pareja solicitante que puede o no aportar sus gametos.

En relación a los contratos conocidos se puede hacer referencia a los siguientes:

Compra venta. Se trata de un contrato traslativo de dominio en los términos del artículo 2248 del CCDF. Sin embargo en nuestro derecho positivo ¿el niño es propiedad de alguien?, ¿puede ser materia de algún contrato? El artículo 2269 del CCDF previene que solo se puede vender lo que es propio. Por lo tanto el hijo no es un objeto o bien propio.

⁴² Salvo o que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: CHAVEZ ASENCIO MANUEL. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Op. Cit. Págs. 76-81.

Arrendamiento. Por este contrato se proporciona el uso y goce temporal de una cosa, artículo 2398 del CCDF. La interrogante sería ¿el útero es una cosa, y se puede proporcionar el uso y goce temporal del cuerpo humano o una parte de él?

El cuerpo humano está fuera de comercio, además ¿cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?

Prestación de Servicios. En el Código Civil para el DF se reglamenta el contrato de prestación de servicios profesionales. Desde luego habrá que excluir éste ya que no se trata de una profesionista 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.

Contrato Innominado. El cual sería bilateral, oneroso cuando las prestaciones son recíprocas, puede considerarse como gratuito cuando la mujer sustituta solo recibe el dinero necesario como compensación por los gastos habidos, es formal ya que se requiere forma escrita, complejo porque interviene varias personas; la pareja solicitante, la madre sustituta y el esposo de ésta, de ejecución sucesiva, porque las prestaciones van ejecutándose durante la gestación. Llega a un término con la entrega del niño.

No obstante lo anterior este contrato es a todas luces inmoral, y por consiguiente ilícito por las siguientes cuestiones:

- Repugna los principios de orden público y las buenas costumbres, tal y como lo establece el artículo 1830 del CCDF.
- El objeto del contrato es la persona y ésta es sujeto, no objeto del contrato (Art. 1794 fr. II CCDF). Se requiere de un objeto que pueda ser materia del contrato y los artículos 1824 y 1825 del CCDF excluyen como posibilidad al ser humano.

Sería una vejación, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que no es una mercancía o mercadería, no es algo de interés patrimonial.

- Esta fuera de la voluntad de los particulares negociar con la persona humana, cuya disponibilidad es absoluta. En relación a la madre sustituta ¿tendrá derecho a concebir un hijo y luego abandonarlo o entregarlo a una tercera? Nuestro Derecho no lo permite ya que se encuentra penalizado el abandono de personas.
- La capacidad de procrear o gestar no es material disponible, es intransmisible para la mujer sustituta, lo contrario sería utilizarla como un instrumento y atentar contra su dignidad al prestarse para gestar por encargo.
- La maternidad y la paternidad no son renunciables, ni son objeto de contrato, además de que no se puede disponer válidamente de la filiación de una persona.
- La disponibilidad del derecho subjetivo de ser madre dentro de las relaciones jurídicas familiares, impide contrato o transacción en la materia.
- En relación al hijo, al ser ilícito el contrato es nulo, y conviene preguntar ¿de quién es el hijo? ¿Cuál es su filiación? recordando que no se puede transigir sobre el estado familiar de las personas (Art. 338 y 2948 del CCDF).

Además que lesiona los derechos del hijo porque lo priva de la relación filial con sus orígenes, sean estos genéticos o de gestación y le crea conflictos.

No obstante lo anterior, en mi opinión el Contrato de Maternidad Subrogada en el Derecho Mexicano, debe ser considerado como Inexistente en virtud de que el Objeto (cuerpo humano) del contrato se encuentra fuera del comercio.

Es sabido que en varios países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y muy lucrativo, pero fraudulento o inaceptable en cuanto es flagrante violatorio de un principio de orden público, conforme a los cuales la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aún entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.

Conforme al artículo 448 del CCDF los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad y de la maternidad son irrenunciables. Además que el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 277 establece que incurre en delito contra el estado civil de las personas el que atribuya a un niño recién nacido a mujer que no es su madre o usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Por lo tanto en el derecho mexicano, la Maternidad Subrogada es fraudulenta, inmoral y delictuosa y está sancionada con pena corporal. Tal manipulación aparte de su ilicitud, ha planteado en la práctica problemas de hecho que causan gravísimos perjuicios.

Tal es el caso del infante concebido y gestado en el vientre de una mujer que pretende transmitir los deberes de la maternidad biológica y lo más grave aún, es que puede ocurrir que la madre se niegue a entregar al hijo que ha dado a luz ¿puede ser forzada al cumplimiento del contrato de maquila? Evidentemente no.

O por el contrario, si la mujer con quien la madre sustituta celebró el convenio de préstamo de útero se niega a recibir y hacerse cargo del ser así concebido ¿puede ser obligada a cumplir el contrato? Sin duda que no, en razón de que el contrato tiene por materia un objeto jurídicamente imposible, por lo que se deduce que es un Contrato inexistente.

Como se analizó la Maternidad Subrogada trae consigo diversas consecuencias jurídicas, éticas, morales y religiosas, por lo tanto se concluye que es necesario que se regule en la legislación mexicana para que se prohíba su práctica, en virtud de atentar contra un derecho fundamental que es la dignidad del ser humano.

CAPÍTULO IV
CONSIDERACIONES LEGALES Y DERECHO
COMPARADO

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES LEGALES Y DERECHO COMPARADO

4.1. LEGISLACIÓN MEXICANA

El problema de la Reproducción Asistida (Inseminación artificial, FIV y Maternidad Subrogada) presenta serios problemas en el panorama jurídico internacional, tal situación es aún más complicada en el caso particular de México, ya que no se encuentra debidamente legislada, por lo que si llega a existir demanda de la misma se crearían diversos conflictos, tanto en el ámbito de derecho civil, como en el derecho penal.

Así, tenemos que, en el campo del Derecho Penal, no se puede resolver un problema de conducta sin una ley exactamente aplicable al caso concreto y expedida con anterioridad al hecho que se va a regular, es decir, que para encuadrar una conducta delictiva debe de existir el tipo legal específico y no alguno que pueda equipararse, ya que ante la duda siempre se debe de absolver.

En relación al Derecho Civil, en especial al derecho de familia, observamos que la Reproducción Asistida trae consigo consecuencias directas respecto a la paternidad, filiación, matrimonio y divorcio e indirectas sobre el derecho sucesorio. Las nuevas técnicas de reproducción humana, que han tenido auge en las últimas décadas, presentan una compleja problemática.

En efecto, nuestros legisladores no se han planteado 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 algunos problemas que de llegar a agudizarse crearían un enorme desconcierto en la estructura social, rompiendo con el orden jurídico establecido.

Es evidente que la Reproducción Asistida en nuestro país, no es utilizada con mucha frecuencia, sin embargo ello no es causa de que no pueda ser objeto de estudio, pues desde el momento que existe, es lógico que se den casos y hay que estar debidamente preparados para resolver cualquier controversia que al respecto se pueda suscitar y estar en la posibilidad de dar soluciones eficaces al caso concreto que se presente.

Por lo tanto analicemos los ordenamientos jurídicos con los que cuenta México en los que se encuentra regulada la Reproducción Asistida.

En nuestro país la fecundación artificial tiene su fundamento legal en principio en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Salud y sus reglamentos y en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El fundamento jurídico de la inseminación artificial en México lo encontramos principalmente en el artículo 4º Constitucional en el segundo párrafo, que fue adicionado y reformado según Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 07 de febrero de 1983, el cual dispone:

ARTÍCULO 4. ...

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

...
...

El párrafo anterior contiene el derecho individual, la garantía de libertad que tiene cada persona de procrear y como derecho social, la planeación familiar, derecho que es otorgado a cada persona, por lo que se le considera, asimismo un derecho humano.

La planificación familiar, puede definirse como: "un derecho humano fundamental, una libertad individual, por medio del cual las persona pueden decidir de una manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; obtener la información especializada y los servicios idóneos para este fin."⁴³

Las personas tienen derecho a decir de manera libre, es decir, sin presión externa, sin coacción de otra persona o del Estado sobre el número y espaciamiento de los hijos. Pero esta decisión debe de tomarse de manera informada, entendiéndose por ésta, que debe ser un conocimiento propio.

Deberán de tener previamente acceso a la información, a la educación, a la capacitación, a los servicios que implica la información y ser responsables, esto es, que sean conscientes de su derecho a decidir.

El artículo al conceder el derecho a la planeación familiar deja entreabiertas dos posibilidades: En primer término para la pareja, la opción de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desean tener, o bien no tenerlos; y en segundo lugar, en el caso de que la pareja sea infértil, puede considerarse como factible la utilización de los diferentes métodos de concepción artificial, para lograr la procreación.

De igual forma el artículo 4º en su párrafo tercero postula el derecho a la conservación de la salud de los habitantes del país, el cual establece:

ARTÍCULO 4. ...

...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

⁴³ GASTELUM GAXIOLA MARIA DE LOS ANGELES. Agenda de Derechos y Obligaciones de la Mujer. Consejo Nacional de Población. 1990. Pág. 40.

4.1.2. LEY GENERAL DE SALUD

El 26 de diciembre de 1983 el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Salud reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4º constitucional, la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 07 de febrero de 1984, en la que se definen las modalidades para el acceso a los servicios de salud, la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud y se establece la distribución de competencias entre la federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad en general.⁴⁴

La Ley General de Salud es muy amplia tal y como la salud misma, entre los numerosos aspectos que regula mencionaremos los relativos a la Reproducción Asistida de la siguiente forma:

Regula la organización, coordinación y vigilancia de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud (Art. 3º Fracc. VII), la prevención y el control de las enfermedades transmisibles y no transmisibles (Art. 3º Fracc XV y XVI); el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, sus derivados y productos (Art. 3º Fracción XXVI).

Establece la planificación familiar como prioritaria. Incluyendo el derecho a la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes, así como sobre el número y el espaciamiento de los hijos, todo ello mediante una correcta información anticonceptiva. (Art. 67)

Procura el apoyo y fomento de la investigación entre otras, en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana (Art. 68, Fracc. IV).

⁴⁴ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en: HURTADO OLIVER XAVIER. Op. Cit. Págs. 169-177.

Reglamenta el ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud (Art. 78 y 79); la investigación para la salud que comprende el conocimiento de los procesos biológicos, psicológicos, etc., en seres humanos (Art. 98 y 100).

En el artículo 314 nos menciona los conceptos de los términos utilizados en esta materia, transcribiendo los que nos sirven de referencia para el presente trabajo.

"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;...

"...III.- Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;...

"...V.- Destino Final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;...

"...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.- Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;...

"XI.- Producto, a todo tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

"XII.- Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;

"XIII.- Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función."

Por otra parte encontramos que la Ley General de Salud en el Título Décimo Octavo, denominado **Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos**, en el Capítulo VI, menciona a la inseminación artificial en el artículo 466 que dispone:

ARTÍCULO 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Ahora bien, hablemos de los Reglamentos de la Ley General de Salud, por lo que respecta al Reglamento De la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos contiene las siguientes disposiciones:

Establece la competencia de la Secretaría de Salud para emitir las normas técnicas a que se sujetará en todo el territorio nacional la disposición de órganos y tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos (Art. 4º)

Clasifica a las células germinales (óvulos y espermatozoides) como productos (Art. 56, párrafo 1º) y establece que su disposición se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.

Establece que la obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de productos de seres humanos vivos (quedando incluidas las células germinales),

para fines terapéuticos, de investigación científica, etc., sólo podrá hacerse en instituciones autorizadas para ello. (Art. 29)

Exige licencia sanitaria a los establecimientos dedicados a la obtención, manejo y suministro de productos del cuerpo humano (Art. 90)

Hablemos de la Fertilización asistida pero no definida en el Capítulo IV del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el artículo 40, Fracción XI que se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 40. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:...

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

El artículo 43 del propio ordenamiento establece que para la fertilización asistida se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, mismo que se encuentra establecido y regulado en los artículos 20, 21 y 22 de este reglamento, y que esencialmente dicen:

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

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

ARTÍCULO 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la

investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

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

"...I.- La justificación y los objetivos de la investigación;...

"...VII.- La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;...

"...VIII.- La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;...

"...IX.- El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando."

ARTÍCULO 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito...

En relación a la fracción XI del artículo 40 del Reglamento en comento, el artículo 56 agrega:

ARTÍCULO 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador.

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de las intenciones. La moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen esta a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varíe de pareja a pareja.

El Reglamento también menciona quiénes pueden dedicarse a prestar servicios relacionados con la fertilización asistida; el artículo 14 los define así:

ARTÍCULO 14. La Investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

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

Tal es el marco jurídico al que deben sujetarse tanto las dependencias oficiales de salud como los particulares que decidan dedicarse a la práctica de la fertilización asistida.

No obstante lo anterior podemos darnos cuenta que no se encuentra debidamente regulada la Reproducción Asistida, y mucho menos se hace alusión a la Maternidad Subrogada ni en la Ley General de Salud ni en sus reglamentos ya sea para permitirla o prohibirla.

4.1.3. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el Código Civil para el Distrito Federal, aún a pesar de haberse incluido en las reformas de mayo del 2000, el término de fecundación asistida, por primera vez en la historia del Distrito Federal, de igual forma que en la Ley General de Salud, no se encuentra debidamente regulada, se mencionan a continuación los artículos que hacen referencia a la fecundación asistida, haciéndose notar que tampoco se contempla la figura de la Maternidad Subrogada.

El Código Civil para el Distrito Federal en el Título Quinto Capítulo III denominado De los Derechos y Obligaciones que nacen del Matrimonio, en el artículo 162 establece:

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 señale la ley, cualquier método de Reproducción Asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

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.

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

Como podemos observar en todos los ordenamientos de nuestro derecho positivo, ninguno explica de forma adecuada a la Reproducción Asistida o fecundación asistida como la maneja el Código Civil para el Distrito Federal, por lo tanto es necesario que se regule sobre las técnicas de Reproducción Asistida y sobre todo la figura de la Maternidad Subrogada. (VER ANEXO 2)

4.2. DERECHO COMPARADO

En el capítulo anterior se hizo mención de los países que cuentan con una legislación en donde se regulan las diferentes técnicas de Reproducción Asistida, ahora estudiemos en específico algunos países que contemplan a la Maternidad Subrogada dentro de sus ordenamientos legales.

Antes de entrar a su estudio es necesario establecer un concepto importante dentro del presente trabajo, el Derecho Comparado, se hará un breve análisis del por qué apoyamos en otras legislaciones para nuestro estudio.

El Derecho Comparado: "Es la disciplina que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes para demostrar sus semejanzas y diferencias"⁴⁵

Efectivamente, al hablar de Derecho Comparado se hace referencia a una disciplina jurídica, no a una rama del Derecho.

La doctrina ha establecido que el objeto del Derecho Comparado, es la comparación de dos o más ordenamientos jurídicos distintos y autónomos, los cuales forzosamente deben encontrarse en vigor simultáneamente.

Es una vieja costumbre tomar en cuenta antecedentes extranjeros cuando se trata de elaborar una ley, en este caso el Derecho Comparado es de extraordinaria utilidad ya que evita copiar textos legales que han dado rendimiento en los países que los produjeron debido a sus características específicas, pero que no darían frutos en una nación en la que prevalecen condiciones sociales distintas.

Pese a lo que pudiere pensarse, la legislación que existe a nivel mundial sobre la Reproducción Asistida es extensa (comprende a la Maternidad Subrogada), estos países que a continuación estudiaremos se han preocupado por regular no solamente la práctica, sino también las consecuencias que traen consigo los importantes progresos científicos.

Como ejemplo de lo anterior, se presenta a continuación una recopilación de las leyes que se encuentran en vigor en otros países, legislaciones que, por

⁴⁵ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de las Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo II, México 1995, Editorial Porrúa. Pág. 1328.

desgracia reflejan el atraso en el que se encuentra el Derecho Positivo Mexicano en comparación con tales Naciones.

4.3. LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los Estados Unidos de América se han destacado por ser uno de los países pioneros en materia de avances científicos. Por esta razón, la inseminación artificial es una práctica muy recurrida entre sus habitantes, a tal grado que muchas personas se dedican a la venta de su semen.

Por lo que respecta a la Maternidad Subrogada o de Alquiler enfrenta serios problemas, en este país, ya que en algunos de sus Estados se permite la celebración de los contratos de subrogación, y día a día van en aumento las agencias especializadas en la celebración de dichos contratos, ya que aporta ganancias muy lucrativas.

No obstante lo anterior existen algunos Estados de la Unión Americana que prohíben la celebración de los contratos de alquiler de útero por ser considerados ilegales y que atentan contra la dignidad de la familia. Por lo anterior en Estados Unidos aunaremos un poco más en el tema de los contratos de subrogación, y sus consecuencias jurídicas.

El Dr. Richard Levin, de la ciudad de Louisville, del Estado de Kentucky, fue la primera persona en organizar contratos de maternidad sustituta, al abrir en 1980 una Asociación de Maternidad por Sustitución (Surrogate Parenting Associates). 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, el doctor acepta, para el servicio de madres por sustitución, sólo a señoras casadas que ya tengan sus propios hijos."

Las candidatas deben someterse a un examen físico y psiquiátrico muy completo. Firman un contrato mediante el cual ellas se comprometen a entregar el niño cuando nazca, abstenerse de fumar, tomar licor e ingerir drogas durante el embarazo. La pareja y la madre por encargo nunca se encuentran cara a cara y nunca conocen mutuamente sus nombres. ⁴⁶

En los Estados Unidos se hacen contratos en los cuales 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.

A continuación se transcribe una estadística acerca de un estudio citado por la autora Sheila A.M. Mc Lean, acerca de las agencias de maternidad sustituta en los Estados Unidos, en el cual nos damos cuenta quienes son las personas que asisten a dichas agencias:

Boletines del FMI demográficos de Madres Subrogadas

	OTA	Linkíns	Hanifin	Parker 1	Parker 2	Franks
El tamaño de muestra	>334(a)	34	89	30	125	10
Edad promedio	27	28	28	25	25	26
Estado Civil						
Casado	60%	73%	80%	87%	53%	50%
Soltero	40% (b)	18%	14%	10%	19%	40%
Divorciado	-	9%	5%	3%	22%	10%
Desconocido	-	-	-	-	6%	-
Numero de hijos	N/A	1.8	2	1.9	1.4	1-3

Raza						
Blanca no hispana	88%	N/A	85%	100%	100%	N/A
Hispano	2%	N/A	14%	-	-	N/A
Negro no hispano	<1%	N/A	<1%	-	-	N/A
Asiático	2%	N/A	<1%	-	-	N/A
Otro	8% ©	N/A	<1%	-	-	N/A

⁴⁶ Salvo que se cite otra fuente en específico, la siguiente información puede consultarse en: MCLEAN, SHEILA A. M. Law Reform and Human Reproduction. Medico Legal Series. Great Britain 1992. Págs. 222-228

Religión						
Protestante	67%	N/A	74%	53%	55%	N/A
Católico	28%	N/A	25%	47%	40%	N/A
Judío	3%	N/A	<1%	-	1%	N/A
Otro	2%	N/A	<.1%	-	4%	N/A

Ingresos						
< \$15,000	13%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
\$15,000-\$30,000	53%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
\$30,000-\$50,000	30%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
> \$50,000	4%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Promedio	N/A	\$25,000	N/A	N/A	N/A	N/A
Rango	N/A	\$12k-\$68k	N/A	N/A	\$6K-\$55K	muestra promedio

Educación						
Secundaria	61% (d)	12%	-	20%	18% (e)	-
Preparatoria	-	38%	52%	53%	54% (e)	muestra promedio
Algunos colegios	35% (d)	47%	24%	27%	26% (e)	-
Universitarios	-	3% (f)	24% (f)	-	2% (e)	-
Graduados	4% (d)	-	-	-	-	-

Abandono del niño						
Subrogación	7%	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
Adopción	7%	N/A	1%	10%	9%	N/A
Aborto	18%	N/A	37%	23%	26%	N/A
Es adoptado	12%	N/A	1%	1%	1%	N/A

Notas:

OTA. Oficina del Congreso de Valoración Tecnológica

a) Datos proporcionados por las agencias coincidiendo todas, no por los sustitutos.

b) Se incluyen a los divorciados.

c) Pueden incluirse a los hispanos.

d) Se incluyen a los graduados

e) Incluye sólo a cincuenta mujeres en la muestra.

f) Incluye la categoría de la escuela del graduado.

N/A no aplicable o no disponible

Fuentes:

Franks D., D. (1981). La evaluación Psiquiátrica de mujeres en un programa de la madre subrogada, Periódico americano De Psiquiatría 138 pp. 1378-79.

Hanifin, H., (1987), la Madre Subrogada: Un Estudio Exploratorio, Chicago: los Microfilmes Universitarios Internacionales; Hanifin; H (1987), Padres Subrogados: reimponiendo la vinculación humana, el papel presentado a la Convención de la Asociación Psicológica americana, Nueva York, August.

Linkins, K., Daniels, H., y Richards, E., (1988), Boston, Masa.: El Hospital de Mclean: 8 enero.

La Oficina de Valoración de Tecnología, el Congreso americano. 1988.

Parker, P (1983), Motivaciones de Madres Subrogadas: los Resultados Iniciales el Periódico americano de Psiquiatría 140,pp

Parker, Pj (1984) La psicología de la madre subrogada: un reciente informe de un estudio modelo longitudinal, se presentó a la Orthopsychiatric Asociación General Encontrándose americano, Toronto, 9 abril,

De acuerdo al estudio realizado se arrojan datos muy curiosos:

¿QUIÉN CONTRATA A UNA MADRE SUBROGADA?

La mayoría de las parejas que requiere de una madre sustituta es de raza blanca, matrimonios de edad de 30 a 40 años, aunque las agencias informaron que han contratado a una madre subrogada para cinco parejas solteras y nueve hombres solteros, según el estudio de la OTA (Oficina del Congreso de Valoración Tecnológica).

El número de individuos homosexuales o parejas que buscan contratar a una madre subrogada se informa de forma consistente no más de 1%, pero tres agencias han buscado a los sustitutos para una pareja masculina homosexual, y uno para una pareja hembra homosexual. Aproximadamente 25% es católico, una proporción similar es judía, y aproximadamente 42 % son protestantes.

Según informe de las agencias aproximadamente el 25% de las parejas ya está criando a un niño. En 1988 una familia con varios hijos varones contrató a una madre sustituta con la esperanza de obtener a una niña. La madre sustituta concibió gemelos, un niño y una niña, los padres subrogantes aceptaron a la niña, al niño lo llevaron a una casa adoptiva de la cual su madre biológica lo recuperó.

Aquéllos que contratan a una madre subrogada son generalmente ricos y bien educados. Las Agencias informaron que aproximadamente 64% de sus clientes tiene un ingreso por encima de \$50,000 dólares por año, con un 28% adicional que gana \$30,000 a \$50,000 dólares por año. En conjunto, se informa que por lo menos el 37% de sus clientes cuentan con grado universitario, mientras que un 54% ha asistido al bachillerato.

¿QUIÉN SE VUELVE UNA MADRE SUBROGADA?

Las Agencias informan que las mujeres que esperan ser contratadas como las madres subrogadas son de raza blanca, protestantes generalmente, no hispanas, de veintiséis a veintiocho años de edad. Aproximadamente el 60% está casada. La mayoría ha tenido un embarazo anterior, y aproximadamente un 20% ha tenido un aborto anterior o un aborto.

Generalmente un 10% ha abandonado a un niño previamente a través de la adopción. Un psiquiatra sugiere que las madres sustitutas ofrecen este servicio para superar la pérdida anterior de un niño o su propia colocación para adopción, sin embargo ningún estudio ha confirmado esta sospecha.

Las madres subrogadas cuentan con un menor nivel de educación y poseen menos recursos económicos que aquéllos que las contratan. Un 35% de las mujeres que esperan ser contratadas como las sustitutas han asistido a la universidad alguna vez, y sólo 4% han asistido a cualquier escuela. El 30 % de ellas tienen ingresos de \$30,000 a \$50,000 dólares por año, pero las dos terceras partes (66%) tienen ingresos menores a \$30,000 dólares por año.

LAS CUOTAS

Como ha informado el OTA, la cuota más común para una madre subrogada es de \$10,000 (diez mil dólares) más los gastos de seguro de vida, ropa de maternidad, transporte, pruebas de laboratorio necesarias, consultas con el médico y en sí el parto, hasta llegar a la entrega del bebé. Estos precios no han variado mucho desde el año de 1984, aunque dos agencias informaron que hay cuotas de \$12,000 (doce mil dólares) y tres declararon que cada cuota se negocia individualmente.

Los gastos que se erogan son: a la agencia comercial (normalmente \$3,000 a \$7,000, pero puede llegar a \$12,000 dólares); médicos (de \$2,000 a \$3,000 dólares), psiquiatras (de \$60 a \$150 dólares por hora); y al abogado (arriba de \$5,000 dólares). El costo total puede ser de aproximadamente \$30,000 a \$50,000 dólares.

Por otro lado, si se produce un aborto o el niño no nace con vida sólo se le pagará a la madre subrogada una cantidad mínima (de \$1,000 a \$ 3,000 dólares), dos agencias informaron que la cuota se reduce y en ocasiones se elimina si por causas de la sustituta el producto es dañado. Finalmente, la pareja que contrata no pagará ninguna cuota a menos que la madre contratante abandonará al niño nacido.

La madre subrogada no debe de preguntar nada sobre el bebé, ni sobre dónde va a vivir después del nacimiento. Los contratos de subrogación exigen inmediatamente a la madre subrogada que abandone la custodia del bebé recién nacido. (Sólo tres agencias no usan esta provisión, cada uno informa que según la ley de su estado son inejecutables) obligándose a renunciar a los derechos de paternidad por escrito.

Con estos datos podemos darnos cuenta a grandes rasgos como se deben de celebrar los contratos de Maternidad Subrogada, ahora analicemos las consecuencias de su celebración.

El problema central en los contratos de subrogación, es, si un contrato puede determinar la custodia y los derechos paternos cuando la madre subrogada se niega a entregar al niño. Las cortes y las opiniones de los Procuradores Generales de los Estados de la Unión Americana, han declarado de forma consistente: "La madre sustituta tiene los mismos derechos a su niño como hace a una madre que concibió con la intención de quedarse con su bebé."

En el Estado de Kansas, el Procurador General en el mes de julio de 1982 estableció: "El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política estatal fundada en el antiguo principio legal de que los niños no son mercancía y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación".⁴⁷

La actividad comercial que implica el contrato de subrogación afecta intereses superiores del Estado. Los contratos de Maternidad Subrogada han sido generalmente cuestionados por las autoridades que los equiparan a la compraventa de niños, delito tipificado universalmente, circunstancia que los hace nulos e inexigibles para efectos legales.

El Estado de Michigan ha sido escenario de espectaculares batallas legales tanto entre las partes en el contrato como entre éstas y las autoridades estatales. Las primeras, motivadas por el incumplimiento de sus pactos y las últimas para lograr su legalización. Veamos casos concretos de la celebración de los contratos de Maternidad Sustituta para darnos una idea de las consecuencias éticas, morales pero sobre todo jurídicas que conlleva su práctica.

El 10 de junio de 1983, nació en Lansing, Michigan, un hijo de la señora Judy Stiver. Ella y el marido habían aceptado que fuera inseminada con semen de Alexander Malahoff, encargándose del contrato una de las muchas agencias que en los Estados Unidos se dedican a este lucrativo negocio.

De acuerdo con el pacto, la señora Stiver y su marido recibirían diez mil dólares cuando naciera el niño y renunciara a sus derechos a favor del padre biológico. El niño nació microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrolló una infección producida por bacterias.

⁴⁷ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en las páginas de Internet. www.juridicas.unam.mx/rev/boletin/presenta Patricia Huesca. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, www.tuobra.unam.mx/publica.

Las autoridades del hospital donde nació propusieron un tratamiento que el supuesto padre biológico rechazó, por lo que asistieron a una Corte para que impidiera que Malahoff dispusiera del enfermo e interfiriera en su atención. En tanto se definía su situación, el niño fue llamado Baby Doe, como acostumbran llamar a aquellos que por alguna circunstancia tienen una filiación incierta.

Mientras se resolvía esa situación, Malahoff comenzó a dudar que el niño hubiese sido engendrado por él, y finalmente objetó la paternidad legalmente. La noticia del litigio trascendió a los medios de comunicación y comenzó a ser explotada por un programa de televisión donde las partes concurrían para exponer sus argumentos. La señora Stiver confesó públicamente que ella y su marido habían aceptado el contrato porque los diez mil dólares ofrecidos los utilizarían para disfrutar de unas vacaciones que no habían tenido desde hacía muchos años.

El resultado de los análisis de ADN del niño, del marido de la mujer y del contratante fue anunciado en un auditorio repleto de espectadores con la asistencia de los interesados. Malahoff no era el padre sino el marido de la subrogada quien confesó que él y su mujer habían violado el pacto de abstinencia sexual, y que no le extrañaba la condición del niño pues en otro matrimonio había engendrado un retrasado mental.

Finalmente el niño fue puesto en adopción, bajo la custodia del Estado. Ni los padres biológicos ni el pretendido padre subrogante aceptaron hacerse cargo de él.

En Nueva Jersey un caso también muy relevante y dramático, por los acontecimientos que precedieron al juicio fue el caso de Baby M., una niña nacida a través de un contrato de subrogación que por casi dos años careció de nombre, por la disputa que por su custodia y posesión protagonizaron sus padres biológicos y sus padres genéticos.

En el año de 1985, un químico de 40 años de edad y sus esposa, médico pediatra de 41 años, considerando que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, decidieron contratar a una mujer que se embarazara con el esperma del marido y al dar a luz les entregara al niño renunciando a sus derechos sobre él para que la esposa la adoptara. El clásico contrato de subrogación: la compraventa de un ser humano.

Mary Beth Whitehead de 27 años, casada con un modesto empleado municipal, madre de dos hijos e imposibilitada para procrear otros más con su pareja por haberse practicado su marido vasectomía cuando tenía 20 años de edad, fue seleccionada entre un catálogo de aspirantes por su notable parecido físico con la esposa del subrogante. Tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en recibir diez mil dólares por la subrogación.

El embarazo transcurrió con algunos problemas que obligaron a la madre subrogada a permanecer interna en el hospital por recomendación de los médicos a cargo del proceso. A su término nació su hija, una niña que fue jubilosamente aceptada por su familia.

Sin embargo, una vez que la madre subrogada entregó la niña a la familia con quien celebró el contrato, pidió que se le permitiera tenerla unos días más para que pudiera amamantarla; pronto se dio cuenta de que no podía separarse de la niña producto de su maternidad como lo había prometido, negándose a entregarla de nuevo, renunciando a la compensación ofrecida.

Pero los contratantes no estaban dispuestos a renunciar a ella, siendo personas de recursos económicos considerables habían obtenido de una Corte la custodia provisional, y ante la negativa de la madre a entregar a su hija, decidieron ocurrir a las autoridades para rescatarla por la fuerza. Acompañados por la policía se propusieron cumplir la orden girada por el juez.

La familia Whitehead entera huyó a Florida, de donde fue obligada a retornar. Para entonces el marido había sido privado de su trabajo y debía hacer frente a cargos criminales mientras que su esposa debía afrontar el juicio que decidiera la custodia. Baby M, permanecería con quienes pagaron el embarazo mientras durará el procedimiento.

Tratándose de un caso de custodia, los que tradicionalmente se resuelven en los Estados Unidos a favor de quien ofrezca las mejores condiciones de vida al menor en disputa, la labor de los abogados de la pareja subrogante centraron su tarea en demostrar la inconveniencia de que la niña se quedara con su madre biológica.

Mary Beth, fue exhibida como una persona con escasos recursos económicos, mal educada y vulgar. El juicio se alargó por siete meses, la decisión del juez Harvey R. Sorkow, se inclinó, como se esperaba, a favor de los subrogantes por considerar que era mejor opción para la niña el hogar que ellos le ofrecían, decidiendo en ese momento la adopción a favor de la doctora aparentemente incapacitada para gestar.

El fallo dividió a la opinión pública y de nuevo la validez de los contratos que no formó parte del juicio de custodia, fue puesta a discusión, considerando unos que debían legalizarse y hacer exigible su cumplimiento, y otros prohibirse por minar las bases mismas de la tradición familiar.

Para el Comité Nacional para la Adopción (National Committee for Adoption), una agrupación que reúne a agencias que tramitan adopciones sin fines de lucro, entre las que se encuentran algunas agrupaciones religiosas, "el contrato que motivó el pleito no resultaba irrelevante; el contrato de subrogación no es otra cosa que la comercialización de niños" expreso el director de la política del Comité, "tratan a los niños como mercancía que puede ser comprada o vendida"

"En el Caso de Baby M prosiguió el director, el contrato estipulaba que la madre recibiría diez mil dólares por entregar un niño vivo y mil dólares si resultaba muerto, por lo que claramente el objeto del contrato era la compra de un niño vivo; los mil dólares serían una compensación por el fracaso."

El vocero del Comité concluyó diciendo: "Estamos en contra de la Maternidad Subrogada y sentimos que debe ser prohibida, pues no solamente se trata de una comercialización de niños sino también una nueva forma de explotación de las mujeres."

De los casos anteriores puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que mediante el argumento de optar por los mejores intereses del niño gestado mediante el contrato de subrogación, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de subrogación, un negocio floreciente, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho a la privacidad, de acuerdo con la Constitución norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a menos que éste, demuestre la existencia de un interés superior que justifique su acción.

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

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

En Griswold v.s Connecticut (381 U.S. 479(1959)), reconoció el derecho de las personas casadas a usar anticonceptivos, razonando que el derecho a la privacidad matrimonial está protegido de intrusiones del Estado, especialmente cuando la decisión involucra tener o no tener un hijo.

Una interpretación libre de estas decisiones ha llevado a los interesados a considerar implícito en el derecho a la procreación el de seleccionar los medios para realizarla, de donde concluyen la violación constitucional derivada de la prohibición de los contratos de subrogación y de las leyes que prohíben el pago de una compensación mayor a la subrogada de los necesarios para cubrir los gastos médicos originados por el embarazo.

Los casos específicos, señalados con anterioridad demuestran que un Estado no puede prohibir la decisión de una pareja de tener o no un hijo. Esta decisión, es la base del contrato de subrogación y concluyen: "Una vez que la decisión de tener un hijo está hecha, el método empleado, sea naturalmente, por inseminación artificial o a través de un contrato de subrogación, debe considerarse constitucionalmente protegida.

El negarle a la madre subrogada el derecho a recibir una compensación por el servicio prestado, opinan los defensores de los contratos, se le está tratando en forma diferente que el padre "subrogado" (donador de semen) que sí la recibe, por lo que se viola en su perjuicio el derecho a la igualdad de protección.

Las leyes impugnadas no impiden a las parejas estériles procrear o gestar un hijo, sino que controlan los medios por los cuales puedan obtenerlo. La garantía debe interpretarse no como un derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo, por lo que prohibir el pago a la madre subrogada para que renuncie a sus derechos de maternidad, no viola ese derecho.

En el caso de la subrogación, es la subrogada la que está ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien la Constitución protege.

Los casos expuestos nos llevan a concluir que la práctica de la subrogación de maternidad ha generado graves y complejos problemas, no solamente legales sino sociológicos y morales, difíciles de evitar

La razón y la lógica nos llevan a concluir que la prohibición de los contratos de subrogación es una medida necesaria. La realidad es otra, el procedimiento ha echado raíces de momento en la Unión Americana, pero amenaza con extenderse a todo el mundo.

4.4. LEGISLACIÓN ARGENTINA

El derecho a la vida es uno de los derechos implícitos (Art.33 CN), reconocido en la Constitución, es el Bien Jurídico Supremo. A partir de la reforma de 1994 se le dio jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica (Art.75) en el cual se establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general al momento de la concepción..."⁴⁸

⁴⁸ La siguiente información puede consultarse en la página web: www.aaba.org.ar. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto del 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires por: Cátedra UNESCO de Bioética (Universidad de Buenos Aires) Asociación de Abogados de Buenos Aires.

El Senado dio media sanción el día 2 de julio de 1997 a la Ley de Fertilidad Asistida. El proyecto de ley aprobado por los Senadores: Determina que la inseminación debe hacerse solo dentro de parejas casadas o que acrediten su convivencia por un periodo de por lo menos tres años. Prohíbe fertilizar más de tres óvulos y por ende implantar más de tres embriones. Según el oficialismo esa limitación se da para seguridad de la vida de la madre como la de los hijos.

Prohíbe la crío conservación de espermatozoides, óvulos y embriones, salvo en casos excepcionales, por ejemplo por la muerte de la madre durante el tratamiento o por imposibilidad de implantarlo.

No permite la Maternidad Subrogada, y la inseminación de la viuda con espermatozoides del marido muerto.

También prohíbe la clonación, la manipulación genética, la selección de sexos y la experimentación con óvulos fecundados.

Para quienes transgredan estas prohibiciones, la ley prevé penas que van de 3 a 10 años de prisión y el doble tiempo de inhabilitación.

Este proyecto considera al ser como persona humana desde el momento de la fecundación y antes de su transferencia al seno materno.

El texto armoniza con el pensamiento de la Iglesia y llegó a este debate del Senado después de dos años de postergación. Los debates por el proyecto de ley fueron prolongados.

Argentina al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos México, no cuenta con una legislación específica sobre Reproducción Asistida. Todavía hoy predomina, en la generalidad de los países una actitud de prudente espera, para no precipitarse, en materia tan grave y que afecta profundamente al

régimen jurídico de la persona y de la familia, soluciones legislativas poco maduras, sin perjuicio de someterse al uso de las nuevas técnicas a un mínimo de normas de policía sanitaria y de respeto de ciertos principios.

Sin embargo en la Ley Argentina 23.264 de 1985 en el artículo 261 se establece que la mujer podrá impugnar la maternidad alegando no ser ella la madre del hijo que pasa como suyo.

Este artículo resulta bastante innovador, pues a pesar de que la ley argentina no hace alusión a los avances científicos sobre la Reproducción Asistida, es claro que el artículo hace referencia desde luego a la Maternidad Subrogada y aunque la maternidad se determina y registra oficiosamente a través del parto, con la inserción del artículo en comento se podrá probar que no existe ningún nexo biológico ni jurídico entre el niño y la madre putativa.

4.5. LEGISLACIÓN VENEZOLANA

El país de Venezuela en 1999, elaboró una reforma estructural en toda su legislación, iniciando con su Constitución Política, basándose en los avances científicos y tecnológicos que se viven actualmente, ante los planteamientos de los organismos internacionales que están debatiendo el tema bioético y ante la necesidad del país de llenar los vacíos u omisiones en esta materia, asumió el compromiso de proponer acciones pertinentes en el ámbito de la ciencia y la tecnología, con la aspiración de contribuir con su promoción en los espacios académico, científico y empresarial.⁴⁹

Sin embargo, a pesar de su compromiso y de todos los esfuerzos por actualizar su legislación a los acontecimientos que se van suscitando en materia de ciencia y tecnología, no se realizó de forma correcta, en virtud de no existir

⁴⁹ Salvo que se cite otra fuente en específico la siguiente información puede consultarse en las siguientes páginas de Internet: www.asambleanacional.gov.ve, www.pantin.net, www.pps.oms.rog.ve/site/Venezuela.htm.

legislación acerca de las técnicas de Reproducción Asistida y mucho menos se habla acerca de la Maternidad Subrogada.

Venezuela cuenta con una amplia gama de leyes que hablan acerca del derecho de familia y su protección, sin embargo en ninguna de las leyes y códigos, prohíbe o permite el ejercicio de la Maternidad Subrogada.

Con la ausencia de legislación en materia de la Maternidad Subrogada, en la práctica se lleva a cabo su realización de forma clandestina, encontrándonos ante un grave problema tanto moral, ético y social, como jurídico. Entendiéndose un principio fundamental de derecho, que lo que no está prohibido se encuentra permitido.

A continuación se mencionan las leyes y códigos que maneja Venezuela, en la cual se habla acerca de la protección de la familia, la paternidad, la maternidad, y derechos con los que cuentan los seres humanos.

- La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- Ley Orgánica de Salud.
- Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad.
- Ley Orgánica de los Derechos de las Mujeres para la Equidad e Igualdad de Género,
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,
- Ley Sobre Transplante de Órganos
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación,
- Código Civil,
- Código de Bioética y Bioseguridad
- Código Penal

Todas y cada una de las leyes y códigos mencionados establecen derechos fundamentales para la protección de la familia, así como el derecho de las

personas a permitir la planificación familiar, el derecho a la salud, derechos de acceder a la innovación científica siempre y cuando se sigan con los lineamientos implantados en dichas leyes y códigos. Pero ninguna de ellas establece la prohibición o la no prohibición de la Maternidad Subrogada. Encontrándose en la misma situación que México, al no contemplar dentro de sus ordenamientos jurídicos la Maternidad Subrogada.

4.6. LEGISLACIÓN DE LA GRAN BRETAÑA

Como se mencionó en el capítulo tercero en el Reino Unido cuentan con el informe Warnock, uno de los documentos más importantes que hubiesen surgido con motivo de los debates que médicos, sociólogos, moralistas, religiosos y juristas, sostuvieron en el Reino Unido para analizar las implicaciones éticas, sociológicas y legales que la nueva tecnología de la procreación generaría al popularizarse como medio terapéutico en el tratamiento de la esterilidad humana y como alternativa para la reproducción.⁵⁰

Puede decirse que este serio y documentado debate ha producido criterios que han servido de base y fundamento no solamente al gobierno inglés y demás miembros de la mancomunidad Británica para legislar cuando la han hecho, sino también a todos aquellos países que se han preocupado por el tema.

La Maternidad Subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock como: "la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".

Por lo tanto el informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de Maternidad Subrogada y, en consecuencia, la negativa para peticionar ante la ley. De igual modo, dispuso

⁵⁰ www.legislation.hmso.gov.uk/acts1990/Ukpga. Portal de la Oficina del Despacho de su Majestad del Gobierno del Reino Unido.

sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

Inglaterra tiene una Ley específica sobre la Maternidad Subrogada, la llamada **Acta de Acuerdos o Disposiciones de Subrogación de 1985**; no prohíbe la maternidad de sustitución ni sanciona a la madre subrogada ni a los padres que la soliciten, aunque condena la negociación de tales acuerdos con fin lucrativo.

De igual forma esta nación cuenta con el **Acta de Fertilización Humana y Embriología de 1 de Noviembre de 1990**, la cual regula a los embriones humanos y cualquier desarrollo subsiguiente de éstos; prohíbe ciertas prácticas con relación a los embriones y gametos: con relación al establecimiento de una autoridad en fertilización humana y embriología para hacer previsiones sobre las personas que en ciertas circunstancias serán padres de un niño producto de estas prácticas.

La Ley Inglesa del 1 de Noviembre de 1990, en el artículo 27, expresa una presunción legal de maternidad: 1. La mujer que esté embarazada lo haya estado como resultado de haberle sido implantado un embrión o esperma y óvulos, deberá ser considerada como la madre del niño a título exclusivo.

Y en el artículo 36 modifica la Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985: Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes.

4.7. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España es uno de los primeros países que han legislado sobre técnicas de Reproducción Asistida, en la Ley del 22 de Noviembre de 1988, la cual tiene como

finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, cuando otros procedimientos son ineficaces.⁵¹

Estas técnicas de reproducción se realizarán en todas las mujeres siempre y cuando gocen de buena salud, den su consentimiento libre y por escrito y estén debidamente informadas al respecto

Las técnicas de Reproducción Asistida podrán realizarse con la aportación de donantes de gametos o preembriones. El donante será anónimo y de su donación sólo nacen como máximo seis descendientes, respecto de los cuales no tendrá derechos ni obligaciones.

Sin embargo en la Ley en mención queda prohibida la Maternidad Subrogada según lo dispone el artículo 10 que dice:

ARTÍCULO 10. Nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o tercero.

La gestación de maternidad por gestación de sustitución será determinada por el parto quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Lo anterior se entiende que la madre genética no podrá reclamar la maternidad ni desplazar a la madre subrogada, sin embargo el marido si podrá reconocer como propia a la criatura o exigir la custodia del niño o por lo menos, el derecho de visita.

⁵¹ LEMA AÑON CARLOS. Op. Cit. Págs. 133-145

4.8. OTROS PAÍSES DE EUROPA CON LEGISLACIÓN ESPECÍFICA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En Europa la procreación humana asistida ha despertado un gran interés entre los profesionales de distintas áreas, razón por la cual es en el llamado viejo continente donde se originan los avances más sobresalientes que en relación con la Reproducción Asistida se han llevado acabo hasta la fecha ya sean de carácter biológico, médico, psicológico, etc.

El derecho no se ha quedado atrás y justo es reconocer que la legislación europea que se ha elaborado respecto a la Maternidad Subrogada no es sino de primer nivel.⁵²

4.8.1. FRANCIA

El Comité Nacional de Ética ("Comité National d' Ethique") ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se de cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la Maternidad Subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

La Ley de Francia 94-653 prevé sanciones penales para la mediación entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán el doble. Se castiga la mediación, no a las personas personalmente implicadas (Artículo 227.12 del Código Penal).

52 La siguiente información puede consultarse en las páginas Web: Centro de Recursos del Colegio Norteamericano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG por sus siglas en inglés):<http://www.acog.org>, Sociedad Norteamericana para la salud reproductiva <http://www.asrm.org/>

El artículo 16.7 del Código Civil queda redactado por la Ley 94-653 (Artículo 3): Será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero.

4.8.2. SUECIA

Una ley de 1985 prohíbe la práctica de Maternidad Subrogada en la cual existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

4.8.3. AUSTRALIA

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.

4.8.4. ALEMANIA

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in Vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el nacido.

En este sentido, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstención de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

La Ley Alemana de 13 de diciembre de 1990 bajo el párrafo 1º. Aplicación abusiva de técnicas de reproducción, establece que será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien:

1. Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno;
2. Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo;
3. Quien emprenda una fecundación artificial o un transferencia de embrión humano a una mujer que este dispuesta a entregar a terceros, el niño después de su nacimiento, de modo permanente (madre sustituta).

En la legislación alemana quedan sin sanción los comitentes y la gestante, reservándose la sanción para los profesionales sanitarios que realicen las técnicas.

La finalidad del presente trabajo no es la de exponer al Estado Mexicano como un país, incapaz de crear un sistema jurídico que cubra de manera íntegra las necesidades de su población, sino la de establecer una base que pueda tomarse como ejemplo para subsanar las diversas lagunas de ley que actualmente existen en nuestro derecho, y como ya se ha visto, esa es una de las finalidades que persigue el Derecho Comparado, razón por la cual se realiza un estudio de tal naturaleza.

CAPÍTULO V
PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO
MEXICANO

CAPÍTULO V

PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO.

5.1. MATERNIDAD SUBROGADA

La Maternidad Subrogada como una modalidad de la Reproducción Asistida debe de ser prohibida en el Derecho Mexicano, en virtud de atentar contra la dignidad del ser humano.

Como se mencionó a lo largo del presente estudio, la práctica de la Maternidad Subrogada trae aparejada diversas consecuencias éticas, morales, religiosas, pero sobre todo jurídicas, por lo tanto, es de vital importancia que se regule de forma adecuada las diversas técnicas de Reproducción Asistida y muy en especial, sancionar en todo momento la celebración de contratos de Maternidad Subrogada, ya que el cuerpo humano no puede ser objeto de comercio.

5.2. CONSECUENCIAS LEGALES DE LA APLICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Uno de los principales problemas legales al que nos enfrentamos al llevar a cabo la práctica de la Maternidad Subrogada es el de la Filiación, al no poder determinar quién es en realidad la madre y el padre.

En el entendido de que si no se establece la filiación, entonces nos encontramos antes otros problemas tales como: el ejercicio de la patria potestad y la custodia, la obligación alimentaria, los derechos sucesorios, impedimentos para contraer nupcias, etc.

La práctica de la Maternidad Subrogada ha generado graves y complejos problemas, no solamente legales, sino sociológicos, éticos, morales y religiosos,

difíciles de evitar. La mayoría de ellos se derivan de la negativa de la madre a entregar al hijo a los contratantes.

La maternidad, se dice, no es propiamente un instinto de mujer, es un sentimiento de solidaridad y amor que surge como consecuencia del embarazo: madre e hijo forman durante este tiempo un sólo cuerpo y dependen de una misma fuente de vida, simbiosis difícil de romper por el sólo hecho del cumplimiento de un contrato que no es natural, que se opone a la naturaleza de la madre que gesta.

Uno de los antiguos principios de derecho familiar era: madre es la que pare y padre es el marido de la madre, principios cuya finalidad era proteger a la prole, con la práctica de la Maternidad Subrogada desaparecen estas presunciones, ya que ante esta situación nos enfrentamos a diversas controversias e interrogantes para determinar la filiación del nuevo ser tales como:

¿Quién es la madre?

¿La que gesta y pare aunque no hubiese aportado elementos genéticos?

¿La madre genética que no gestó ni parió?

¿La que pagó para que otra mujer se embarace por ella?

¿Puede haber transacción con respecto a la filiación?

Al llevarse a cabo la práctica de la Maternidad Subrogada también nos encontramos ante entornos que van en contra de la moral y las buenas costumbres tales como:

¿Puede una mujer alquilar su útero para gestar, convirtiéndose en una máquina de producir seres humanos?

¿Sería válido que una mujer siendo sana y capaz de gestar, decida que otra mujer se embarace por ella, eludiendo las molestias y riesgos de la maternidad?

Ahora bien por lo que respecta al ser humano concebido, también enfrentamos diversas cuestiones a saber:

¿Es legal la comercialización de seres humanos?

Si el embrión gestado por encargo tiene defectos detectados en determinado estado de su desarrollo ¿Quién tiene derecho a ordenar su destrucción?

Si el recién nacido nace anormal ¿Quién sería el responsable y quien estaría obligado a velar por él?

¿Debe conocer el niño la forma en que fue concebido?

El derecho tradicional descansa sobre la paternidad y la maternidad biológicas, de allí que la filiación descansa sobre el principio de la verdad biológica, la maternidad se determina por el parto, es madre la mujer que dio a luz y es padre el hombre que aporte su semen.

La práctica de la Maternidad Subrogada produce una disociación entre sexualidad y procreación entre concepción y filiación; esto pone en entredicho los conceptos clásicos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de la maternidad basada en el derecho de la gestación.

5.3. NECESIDAD DE REGULAR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA EL FENÓMENO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA MODALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Con las interrogantes anteriores podemos darnos cuenta de las consecuencias jurídicas que pueden surgir con la práctica de la Maternidad Subrogada, por lo tanto es menester su inclusión en el Derecho Mexicano, estableciendo la prohibición de la elaboración y práctica de los contratos de Maternidad Subrogada.

Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud y el Código Civil para el Distrito Federal, nos hablan acerca la fecundación asistida. También es cierto que no se encuentra debidamente regulada, es decir, hacen alusión de una forma muy general y no específica de como debería de ser y por lo que respecta a la Maternidad Subrogada en ninguno de los ordenamientos legales se encuentra regulada.

Por lo anteriormente expuesto a continuación se realizan las propuestas para llevar a cabo su inclusión en nuestra legislación.

5.4. PROPUESTAS PARA LLEVARLA A CABO.

Se propone una adición al artículo 4º Constitucional, así como la adición a diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y la creación de un Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Reproducción Asistida.

5.4.1. Reforma al Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 4º. Constitucional, actualmente señala:

Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Se propone una adición al párrafo segundo del artículo 4º.

ARTÍCULO 4º. ...

Toda persona tiene derecho a decir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. **Quedando prohibida la técnica de Reproducción Asistida consistente en la Maternidad Subrogada.**

...
...
...
...
...

5.4.2. INSERCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil del Distrito Federal en el Título Quinto, Capítulo III De los Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio en el artículo 162 establece:

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.

Se propone adicionar un párrafo al artículo 162 para quedar de la siguiente forma:

ARTÍCULO 162...

...

Exceptuándose la elaboración y práctica de los contratos de Maternidad Subrogada como método de Reproducción Asistida. Se considerará como madre del niño a la que lo gestó y lo dio a luz.

El Código Civil para el Distrito Federal en el Título Séptimo: La Filiación, Capítulo I, Disposiciones Generales en el artículo 338 menciona:

Artículo 338. 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.

Se propone adicionar dos párrafos al artículo en comento para establecer:

ARTÍCULO 338....

Los contratos de Maternidad Subrogada consistentes en cobrar la gestación o aún a título gratuito y renunciar a los derechos que sobre el hijo tiene la madre a favor del padre biológico o el contratante, serán considerados inexistentes, en términos del artículo 2224 de este Código.

En caso de existir gestación subrogada, y con ello, la maternidad. La filiación se daría entre la madre “sustituta” con el menor y no con otras personas.

El artículo 360 del Título Séptimo: La Filiación, Capítulo IV Del Reconocimiento de los Hijos del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Se propone la siguiente adición:

ARTÍCULO 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare. **Siendo nulo el reconocimiento que haga la madre que no demuestre que ella gestó y dio a luz al hijo que va a reconocer.**

5.4.3. INSERCIÓN EN LA LEY GENERAL DE SALUD.

Se propone la creación del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Reproducción Asistida:

TÍTULO PRIMERO
DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA
CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1º. Este Reglamento tiene por objeto proveer, en la esfera administrativa, al cumplimiento de la Ley General de Salud en lo que se refiere al control sanitario de las actividades relativas a la obtención, preservación, utilización y suministro de células germinales destinadas a la procreación de seres humanos y técnicas de Reproducción Asistida. Es de aplicación en todo el territorio nacional y sus disposiciones son de orden público e interés general.

ARTÍCULO 2º. La Reproducción Asistida es un procedimiento médico de carácter terapéutico al que puede recurrirse en los casos de esterilidad o infertilidad irreversible para facilitar la procreación cuando otras formas terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces y cuando existan probabilidades de transmisión de enfermedades hereditarias incurables.

ARTÍCULO 3º. Corresponde a la Secretaría emitir las normas técnicas a que se sujetarán en todo el territorio nacional, las operaciones de Reproducción Asistida, la selección, obtención, preservación y suministro de células germinales.

ARTÍCULO 4º. Para fines de este Reglamento se entiende por:

- a) **REPRODUCCIÓN ASISTIDA:** La inseminación artificial, la fecundación extracorporal del óvulo por el espermatozoide, In Vitro, cualesquiera otras que en el futuro sea implementada como alternativa para superar la esterilidad de la pareja humana;
- b) **CELULAS GERMINALES O GAMETOS,** el espermatozoide masculino y el óvulo femenino;

- c) **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**, Es la introducción de esperma en el órgano reproductor de la mujer por métodos distintos al acto sexual, con el propósito de fecundar el óvulo y producir el embarazo;
- d) **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**, la que se lleva a cabo utilizando gametos del varón de la pareja de la mujer inseminada;
- e) **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**, la que se lleva a cabo con gametos provenientes de un (a) donador (a) tercero (a) extraño a la pareja;
- f) **FECUNDACIÓN IN VITRO**, la fecundación extracorporal del óvulo por el espermatozoide, mediante la mezcla en laboratorio de células germinales masculinas y femeninas hasta la creación de un embrión, que posteriormente sería trasplantado al útero femenino para su gestación;
- g) **EMBRION**, el producto de la concepción hasta la decimotercera semana de gestación, y
- h) **FETO**, el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana hasta el alumbramiento.

ARTÍCULO 5º. Las operaciones de Reproducción Asistida, la selección de donadores de gametos, la obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de células germinales para esos fines, solamente pueden ser llevadas a cabo por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen con autorización y bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes, conforme a las normas técnicas que dicte la Secretaría de Salud.

ARTÍCULO 6º. Solamente tendrán acceso a las prácticas de Reproducción Asistida las mujeres casadas o unidas en concubinato, mediante consentimiento expreso de la mujer, informándoles previamente de las técnicas utilizadas así como sus riesgos.

ARTÍCULO 7º. La fecundación de óvulos humanos sólo se permitirá cuando tenga como finalidad la procreación humana.

TÍTULO SEGUNDO
CAPÍTULO I
DE LA OBTENCIÓN, SELECCIÓN, PRESERVACIÓN, UTILIZACIÓN Y
SUMINISTRO DE CÉLULAS GERMINALES

ARTÍCULO 8º. La aportación de células germinales hechas por terceros para fines de inseminación artificial se hará a título gratuito con el consentimiento del o de la cónyuge del donador, si es casado.

La identidad de la persona donadora de gametos quedará debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del médico que realizó la intervención y deberá de ser revelada al hijo cuando fuere necesario.

El donador o la donadora de gametos no tendrá responsabilidad alguna por el uso que se dé a las células aportadas, ni derecho ni obligaciones provenientes de sus resultados. Tampoco tendrá derecho a seleccionar a la beneficiaria.

ARTÍCULO 9º. Entre el donador (a) de gametos y el hijo que naciera de éstas prácticas no existirá ningún lazo filial por tanto no existirá ningún derecho u obligación entre ellos, excepto la de informar sobre los antecedentes clínicos.

Por lo que respecta al esposo o concubino que autorizó la práctica de Reproducción Asistida, éste no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido por esta vía.

ARTÍCULO 10º. La muerte del cónyuge o la disolución del vínculo matrimonial o concubinato, cualquiera que fuera la causa, será impedimento legal para la continuación del tratamiento de Reproducción Asistida iniciado y para el uso de los gametos para posteriores intentos, sin su consentimiento.

TÍTULO TERCERO
DE LOS EMBRIONES CONCEBIDO IN VITRO, SU CUIDADO PROTECCIÓN Y
DESTINO

ARTÍCULO 11°. La investigación con embriones concebidos In Vitro o in útero se regirá por las disposiciones relativas al Título Segundo del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

ARTÍCULO 12°. El embrión concebido In Vitro tiene como destino su implantación en el útero femenino para su gestación, salvo los casos expresamente determinados por la Ley. Su seguridad, protección, preservación de su vida y salud hasta antes de su implante, estarán bajo la responsabilidad de la institución de salud a cargo de la operación.

ARTÍCULO 13°. Salvo los casos previstos por la ley, el tiempo de crío conservación de un embrión concebido In Vitro, estará determinado por el que sea necesario para ser implantado en el útero para su gestación.

ARTÍCULO 14°. Queda prohibida la clonación en los seres humanos, así como la manipulación genética tendiente a la selección de sexos.

TÍTULO CUARTO
CAPÍTULO I
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

ARTÍCULO 15°. Para efectos de este Reglamento se entiende por Maternidad Subrogada: La práctica mediante la cual una mujer gesta en lugar de otra a un embrión, con la intención de entregárselo después de que nazca, ya sea de forma gratuita o remunerada.

ARTÍCULO 16º. Queda estrictamente prohibida la Maternidad Subrogada. Se considerará inexistente la elaboración y/o ejecución de contratos en los que se pacte el embarazo de una mujer por cuenta de otra, con la intención de ceder el hijo a su nacimiento a cambio de un beneficio económico o de cualquier especie.

ARTÍCULO 17º. A fin de evitar los conflictos entre los distintos tipos de maternidad y paternidad que se propician con las manipulaciones genéticas encaminadas a la Reproducción Asistida, se definirá que para los efectos de la filiación se considerará como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Se considerará como padre al esposo o concubino de ésta.

ARTÍCULO 18º. Al profesional que realizará la intervención se le suspenderá definitivamente de la práctica de su profesión y se le aplicará una multa equivalente a 750 días de salario mínimo vigente del lugar, independientemente de las sanciones penales a los que se hiciere acreedor.

TÍTULO QUINTO DE LOS DELITOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

ARTÍCULO 19º. Al que sin consentimiento de una mujer o con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de tres a siete años si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

ARTÍCULO 20º. La gestación por cuenta de otra o subrogación de maternidad queda prohibida. Todo aquel que intervenga en el reclutamiento de mujeres que

se embaracen por cuenta de otra, en la celebración y ejecución de contratos de subrogación de maternidad o contribuya a facilitar su realización, sea que obtenga o no beneficio alguno de su intervención, se le aplicará pena de prisión de cinco a catorce años.

ARTÍCULO 21°. Además de las penas previstas en los artículos que anteceden, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. La Familia participa en la sociedad para que sus miembros se desarrollen integralmente y se incorporen a ella, se encuentra presente en la formación y promoción de sus miembros y hay una participación con otras instituciones, por lo tanto y a pesar de que en estos últimos tiempos se ha tratado de desintegrar, la familia fue, es y seguirá siendo la base de la sociedad.
2. El hombre desde principios de su evolución ha tenido la necesidad de perpetuar su especie con el objeto de preservar su cultura, costumbres y conocimientos. Aunque la perpetuación de la especie es uno de los fines principales del matrimonio, en la actualidad ésta se ha convertido en una simple posibilidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal.
3. La familia conforme al derecho civil mexicano, como en la mayor parte de las legislaciones del mundo occidental, se funda en la paternidad y en la maternidad biológica, y por lo tanto el matrimonio desempeña en este respecto un papel importante en la medida en que los hijos son creación de ambos padres y la seguridad de éstos esta garantizada a través de la presunción de paternidad del marido de la mujer que ha dado a luz un hijo dentro de matrimonio.
4. La tecnología en la rama genética, ha logrado grandes progresos hasta llegar hoy en día a separar la cópula sexual y la creación de la vida y aún la relación familiar paterno filial que es la base de la familia.
5. Los avances científicos han dado una posible solución al problema de esterilidad en las parejas a través de las técnicas de Reproducción Asistida. El temor a transmitir defectos físicos y enfermedades de origen genético

como, la hemofilia, y el idiotismo, son algunas de las causas por las cuales se buscan alternativas para procrear sin riesgos y recurren a la biomedicina cada vez con mayores probabilidades de éxito.

6. Las técnicas de Reproducción Asistida vienen a romper con los conceptos básicos que se tenía sobre la maternidad y paternidad y que en nuestro sistema jurídico estaban comprendidos en que la maternidad siempre cierta es, el padre es el marido de la madre y a cada hijo solo puede atribuírsele un padre y una madre.
7. Las prácticas de Reproducción Asistida deben ser reglamentadas y deberán estar a cargo de gente calificada moral y profesionalmente en establecimientos autorizados que cuenten con el material humano y científico para garantizar la higiene y la seguridad de las mujeres y sus hijos, sujetándose igualmente a normas estrictas la experimentación, investigación y tráfico de embriones y gametos.
8. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos parece consentir la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida, toda vez que en su artículo 4º párrafo segundo, consagra la libertad de decidir de manera libre y responsable sobre el número de hijos y su espaciamiento, sin mencionar ninguna limitación en cuanto al método que se desea utilizar.
9. En nuestro país la práctica de técnicas de Reproducción Asistida no es muy común, en virtud de que hasta este momento es baja la tasa de esterilidad en las parejas, sin embargo con los avances en la tecnología, el uso permanente de métodos anticonceptivos y la decisión de retardar la maternidad por parte de las parejas, tiende a aumentar su práctica.
10. Es importante mencionar que la necesidad de regular un aspecto como es la Reproducción Asistida radica en las repercusiones legales que trae

aparejadas el no tenerla, es decir, las controversias a las lagunas legales que existen en la legislación actual podrían subsanarse, no perdiéndose de vista que el interés primordial es el niño resultante del tratamiento y la madre sujeta al mismo, cuya defensa y protección debe asumir el Estado.

11. En general, nuestro país no cuenta con una legislación que contemple y regule las diferentes técnicas de Reproducción Asistida. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, La Ley General de Salud y sus Reglamentos, así como el Código Civil para el Distrito Federal, son los únicos ordenamientos que contemplan, aunque de forma muy somera la Reproducción Asistida, no así la figura de la Maternidad Subrogada.
12. El día 25 de Mayo del 2000, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto por el que se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, con ello se regula por primer vez en la Ciudad de México, circunstancias relacionadas con el empleo de las técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo tales reformas no solamente resultan insuficientes para regular adecuadamente las situaciones que en la práctica jurídica se pueden presentar con relación a la materia, sino que además carecen de técnica legislativa, creando con ello aún todavía mas incidente inseguridad jurídica para los gobernados.
13. El Estado a través de sus órganos competentes debe legislar sobre las técnicas de Reproducción Asistida, con el fin de privar de eficacia jurídica los convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo o alquiler de útero y declarar delictuosa la Maternidad Subrogada. La falta de reglamentación por lo que respecta a la Maternidad Subrogada puede originar la práctica de la misma en forma clandestina que podría poner en riesgo la vida de la persona, que se sometan a este tipo de práctica, ya que no se contempla una sanción para las personas que la practique con el objeto de lucro y con deficientes conocimientos en la materia.

14. La Ley General de Salud en su artículo 327 menciona que queda prohibido el comercio con partes del cuerpo humano. De aceptarse la Maternidad Subrogada, sería una vejación, una afrenta a la dignidad de las personas que no es una mercancía o mercadería, es alguien que vale por sí, además permitir su práctica, implicaría el riesgo de que surja una nueva forma de explotación comercial en las mujeres. Por lo tanto no es ético ni legal que un ser humano sea materia de un contrato y literalmente sea considerado como un producto manufacturado
15. El ser humano en su calidad de persona no puede ser objeto ni de contrato o convenio, ni de la decisión unilateral de voluntad de otra persona, aunque sea su progenitor o progenitora. La Maternidad Subrogada es un atentado contra la dignidad de la mujer, ya que este contrato lo que está sometiendo a precio es su cuerpo. Por lo tanto la situación de las madres de alquiler altera esencialmente todos los principios morales y de hábito social imperantes hasta el momento sobre la maternidad, que deja de ser cierta por el hecho del parto.
16. La Maternidad Subrogada lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes genéticos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. De igual forma provoca, una situación de incertidumbre en la filiación, las prácticas relativas a la fecundación In Vitro y a la inseminación artificial, deben de garantizar la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre, la dicotomía entre madre biológica y madre gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses.
17. La Maternidad Subrogada representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres, instaura en

detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

18. Los niños que resultan de la Maternidad Subrogada que nacen con alguna enfermedad (física o mental), son considerados como mercancía de inferior calidad, como una imperfecta criatura que vino al mundo como un artículo dañado.
19. En varios Estados de la Unión Americana se permite hacer convenios, para que una persona pueda de alguna forma rentar su útero para dar a luz a un hijo y luego entregarlo a tercera persona, de esta forma la vida se reduce a lo mínimo, es decir, se le da un valor monetario lo cual va contra la dignidad del ser humano.
20. Los intereses creados en torno al negocio de los contratos de Maternidad Subrogada, son poderosos, y no pocas mujeres, abogados y otros profesionales han encontrado en la subrogación su *modus vivendi*, cuya subsistencia defienden con vigor.
21. Es imperativo que se legisle acerca de la Maternidad Subrogada en nuestro Derecho Mexicano, ya que uno de los factores que han permitido que los contratos de maternidad se multipliquen en los Estados Unidos de América ocasionando muchos problemas con ello, es precisamente la falta de leyes que los prohibiesen o los reglamentasen. En efecto, si este fenómeno se hubiera restringido o prohibido desde un principio no tendría la popularidad que actualmente tienen en el país vecino.
22. Los contratos de cualquier naturaleza que sean sobre préstamo de útero, son jurídicamente inexistentes por falta de objeto posible y además su celebración es un acto delictuoso, porque a través de él se atribuye la maternidad de una persona a mujer que no es la madre biológica y porque contribuye a una usurpación de estado civil de otro.

23. Nuestro derecho contempla la figura jurídica conocida como la ADOPCION, creada con el doble propósito social de aliviar el problema de los niños abandonados por sus progenitores y contribuir a que una pareja estéril integre una familia, institución que ha resultado notablemente afectada con los avances de la tecnología de la procreación, Las alternativas que hoy ofrece la ciencia para remediar los problemas de esterilidad con crecientes posibilidades de éxito han contribuido a su decremento, en virtud de que los padres desean tener un hijo de forma más "natural" , es por ello que acuden a la Reproducción Asistida.
24. El Derecho, como disciplina social que es, necesita presentar una constante evolución, ser acorde con el momento histórico que se vive, para así estar en aptitud de cumplir con su finalidad, que no es otra sino la de regular adecuadamente la vida del hombre en sociedad.
25. Se llega a la convicción de que el papel del jurista en este respecto es el de reglamentar la actividad del científico y especialmente del tecnólogo en esta materia, desde el punto de vista de los valores humanos no debe permitirse la intervención del hombre en un terreno tan oscuro como es el de la creación de la vida, sin asumir por ello la gravísima responsabilidad que desde el punto de vista del derecho civil y del derecho penal, implica el llevar a cabo una actividad por sí misma de graves consecuencias sobre la vida humana.
26. Por lo tanto se ha demostrado a lo largo del presente trabajo las graves consecuencias éticas, religiosas, morales y sobre todo jurídicas que traería consigo la aplicación de la Maternidad Subrogada en el Derecho Mexicano.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVARADO DURAN, ALBERTO. "Consideraciones Éticas y Legales sobre la Reproducción Asistida en México", Ginecología y Obstetricia de México, México Marzo de 1996. Editada por la Federación Mexicana de Ginecología y Obstetricia. Volumen 64. Págs. 54,893-896
2. CAREAGA PÉREZ GLORIA Y FIGUEROA GUILLERMO MARIO, "Ética y Salud Reproductiva", México 1996, Editorial Porrúa. Págs. 128-130
3. CASTAN TOBEÑAS JOSE. "Derecho Civil Español y Foral", Tomo V. Derecho de Familia. Madrid 1980, Editorial Reus. Pág. 25
4. CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares)", México 1997, Editorial Porrúa, 4ª edición. Págs. 201-203
5. CHÁVEZ ASENCIO MANUEL. "La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, México 1997, Editorial Porrúa. 3ª edición. Págs. 34-41, 96-102
6. DE IBARROLA ANTONIO. "Derecho de Familia", México 1984, Editorial Porrúa, 3ª edición. Págs. 379-411
7. DE PINA VARA RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia", México 1982, Editorial Porrúa. Pág. 299-314, 347-360
8. DICCIONARIO TERMINOLÓGICO DE CIENCIAS MÉDICAS, México 1992. Editorial Salvat Editores, 15ª edición. Págs. 78, 355,445,532,836
9. DICCIONARIO JURÍDICO 2000. DESARROLLO JURÍDICO PROFESIONAL Derechos Reservados.
10. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo II, México 1995, Editorial Porrúa. Pág. 1328
11. ENCICLOPEDIA, MICROSOFT. Encarta 2004. Reservados todos los Derechos.
12. ENGELS FEDERICO. "El Origen de la Familia, Propiedad Privada y el Estado en relación con las investigaciones de L. H. Morgan", México 1985, Editorial Porrúa, 9ª edición. Págs. 26-84
13. GAFO, JAVIER. "Nuevas Técnicas de Reproducción Humana", Madrid 1992, Editorial Madrid España. Pág. 147
14. GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Estudios de Derecho Civil", México 1997, Editorial Porrúa. Págs. 221, 597.

15. GASTELUM GAXIOLA MARIA DE LOS ANGELES. Agenda de Derechos y Obligaciones de la Mujer. Consejo Nacional de Población. 1990. Pág. 40
16. GUERRA FLECHA JOSE MARIA Y JULIA FERNANDEZ MORIS. "Aspectos Científicos de la Inseminación Artificial", Madrid 1998. Universidad Pontificia Comillas. Págs. 21-40
17. GUERRA FLECHA JOSE MARÍA. "Procreación Humana Asistida. Aspectos Técnicos, Éticos y Legales". Madrid 1998, Universidad Pontificia Comillas. Págs. 112-146
18. HURTADO OLIVER XAVIER, "El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos". México 2000, Editorial Porrúa. Págs. 15-30, 55
19. LEMA AÑON CARLOS, "Reproducción Asistida: Promesas, Normas y Realidad". Madrid. 2001. Editorial Trotta. Págs. 15-55
20. MCLEAN, SHEILA A. M. "Law Reform and Human Reproduction", Medico Legal Series. Great Britain 1992. Págs. 222-228
21. MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia", México 1990. Editorial Porrúa, 4ª edición. Pág. 97
22. PEREZ DUARTE ALICIA ELENA. "Derecho de Familia." México 1990. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Págs. 57-59
23. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia", México 1991. Editorial Porrúa, 23ª. edición. Pág. 34
24. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano, Tomo II. Derecho de Familia", México 1987, Editorial Porrúa, 7ª. Edición. Pág. 201-210, 591
25. SÁNCHEZ MÁRQUEZ RICARDO. "Derecho Civil. Parte General, Personas y Familia", México, 1998, Editorial Porrúa. Págs. 230, 420-422
26. VARGAS ALVARADO EDUARDO, "Medicina Forense y Deontología Médica", México 1991, Editorial Trillas. Págs. 893

PÁGINAS DE INTERNET:

1. Asamblea Legislativa del Distrito Federal III Legislatura. Departamento de Administración de Documentos y Web: www.asamblealegislativa.com.
2. Boletín Mexicano de Derecho Comparado: www.juridicas.unam.mx/rev/boletín/presenta.
3. Centro de Recursos del Colegio Norteamericano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG por sus siglas en inglés): <http://www.acog.org>.

4. Esterilidad en la pareja: www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish.
5. Gobierno de Venezuela: www.asambleanacional.gov.ve, www.pantin.net, ó www.pps.oms.roq.ve/site/venezuela.htm.
6. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: www.juridicas.unam.mx.
7. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto del 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires por: Cátedra UNESCO de Bioética (Universidad de Buenos Aires) Asociación de Abogados de Buenos Aires. www.aaba.org.ar.
8. Portal de la Oficina del Despacho de su Majestad del Gobierno del Reino Unido: www.legislation.hmso.gov.uk/acts1990/Ukpga
9. Reproducción Humana: www.reproduccion.com.mx/proceso.html.
10. Sociedad Norteamericana para la salud reproductiva: <http://www.asrm.org/>.
11. Técnicas de Reproducción Asistida: www.crea.ws.
12. Tú Obra: www.tuobra.unam.mx/publica.

LEGISLACIÓN:

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL
4. LEY GENERAL DE SALUD
5. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD.
6. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.
7. PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS. IUS 2003.

ANEXO 1

LES RELIGIONS ET LA BIOÉTIQUE, ACTUALITÉ RELIGIEUSE DANS LE MONDE⁵³

- **PIO XII, DISCURSO A LOS PARTICIPANTES EN EL IV CONGRESO INTERNACIONAL DE MÉDICOS CATÓLICOS, ECCLESIA, NÚM 430, 08 DE OCTUBRE DE 1949, 397-398, "ALOCUCIÓN A LOS CONGRESISTAS DE LA UNIÓN CATÓLICA ITALIANA DE OBSTETRICIA".**

Respecto a las técnicas de procreación humana asistida, la postura oficial católica rechaza la IAC, la IAD, la FIVET, en el término utilizado por la *Donum Vitae*, la crío preservación de gametos y embriones y, con extrema dureza, la experimentación sobre los últimos, salvo cuando tenga un significado terapéutico sobre el nuevo ser. También rechaza la Iglesia Católica, aunque lo hacen igualmente las aproximaciones jurídicas, la MATERNIDAD SUBROGADA y las desviaciones no deseables, entre ellas, la clonación.

- **ALOCUCIÓN A LOS PARTICIPANTES EN EL VII CONGRESO INTERNACIONAL DE HEMATOLOGÍA, EN ECCLESIA, NÚM. 899, 04 DE OCTUBRE DE 1956.**

En los casi treinta años transcurridos des PÍO XII a la Instrucción *Donum Vitae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, puede decirse que no existe una doctrina oficial católica consolidada sobre esta temática. Es verdad que se encuentran cierta toma de posturas episcopales y algunos discursos de JUAN PABLO II, pero no existe, en rigor, una posición claramente oficial sobre la procreación asistida, aunque estos documentos condenan la congelación de embriones, su utilización con fines de experimentación y la MATERNIDAD SUBROGADA.

- **CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. DONUM VITAE. INSTRUCCIÓN SOBRE EL RESPETO DE LA VIDA HUMANA RECIENTE Y LA DIGNIDAD DE LA PROCREACIÓN (22 DE FEBRERO DE 1987). ECCLESIA NÚM 2310, 14 DE MARZO DE 1987.**

Predomina una actitud mayoritariamente negativa respecto a las IAD y a la utilización de gametos donados. Son igualmente negativas las actitudes ante la MATERNIDAD SUBROGADA o la IAC tras la muerte del esposo y siguiendo la línea marcada por varios discursos de JUAN PABLO II, se rechaza con fuerza la utilización de embriones preimplantatorios con fines

⁵³ GUERRA FLECHA JOSE MARIA. Op Cit. Págs. 193-200.

de experimentación de interés científico, pero no beneficiosa para el nuevo ser. Este es el humus el que aparece la *Donum Vitae* de PABLO VI.

- **ENCÍCLICA EVANGELIUM VITAE O EL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA**

La postura de la citada Instrucción es de total rechazo a las técnicas de procreación humana asistida, con la única excepción ya indica por PÍO XII, de los procedimientos que acentúan el carácter procreador del acto sexual, la llamada entonces fecundación artificial impropia, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.

- **DONUM VITAE (DOCUMENTO VATICANO SOBRE BIOÉTICA), EN RAZÓN Y FE 215 (1987). EL DON DE LA VIDA.**

La *Donum Vitae* sale al paso de dos de las grandes críticas que se hicieron, en su tiempo a la *Humane Vitae*: la afirmación de que subyacía a la Encíclica una comprensión meramente biológica del concepto de ley natural; la Instrucción afirma, por el contrario que esta ley no puede entenderse como una normativa simplemente biológica. También se aborda la crítica, hecha a la Encíclica de PABLO VI, de que se basaba en una discutible distinción entre lo natural y lo artificial.

La *Donum Vitae* afirma explícitamente que tales procedimientos no deben rechazarse por el hecho de ser artificiales. Por el contrario en base a la Instrucción se pretende delinear una comprensión de la íntima estructura del acto conyugal, como inseparablemente corporal y espiritual y que tiene un gran valor antropológico y moral.

La instrucción quiere presentar una visión antropológica del acto conyugal que surge de la comprensión del ser humano como totalidad unificada y afirma que la ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos y deberes fundamentados en la naturaleza corporal y espiritual de la persona humana y constituye el orden racional por el que el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos y, más concretamente a usar y disponer del propio cuerpo, algo que debe tenerse en cuenta en la procreación de la vida humana, que posee una originalidad propia.

Por tanto, la Instrucción intenta presentar una comprensión antropológica del gesto sexual, del que surgen intrínsecamente unas exigencias éticas, que no proceden de su dimensión meramente biológica, ni del carácter artificial de la técnica realizada.

ANEXO 2

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 06 DE SEPTIEMBRE DE 2004

El pasado 06 de Septiembre del 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación las más recientes reformas hechas al Código Civil vigente para el Distrito Federal, dentro de las cuales se incluye una adición al artículo 293 del Título Sexto, "Del Parentesco, y de los alimentos y de la violencia familiar", Capítulo I " Del Parentesco".⁵⁴

Al considerarse una adición que se relaciona con el tema de la presente tesis, es de vital importancia se haga un comentario acerca del artículo 293 que a la letra dice:

ARTÍCULO 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los desciende de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

De la adición anterior podría considerarse que el Código Civil del Distrito Federal, esta consintiendo la aplicación de la Maternidad Subrogada, al manifestar que se dará el parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la

⁵⁴ www.asamblealegislativa.com. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura. Departamento de Administración de Documentos y Web

reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que se atribuyan el carácter de progenitor o progenitores.

No obstante que podría pensarse que se permite la Maternidad Subrogada, considero que no debe tomarse de esa forma en virtud de que nos enfrentaríamos ante diversas contradicciones tales como:

En primer lugar para que se llevará a cabo la Maternidad Subrogada debe de realizarse un contrato donde se establezcan las condiciones entre las partes, por lo tanto el contrato sería inexistente en virtud de que el objeto materia del mismo se encuentra fuera del comercio y por lo tanto nos encontramos ante la inexistencia del objeto del contrato.

En Segundo lugar, en caso de llevarse a cabo la Maternidad Subrogada nos enfrentaríamos ante una controversia con el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal en el caso de que la madre subrogada no quiera hacer entrega del hijo producto del contrato y el marido de la madre subrogada lo aceptare como su hijo tal y como lo establece el artículo en comento, en el cual nos manifiesta que "se presumen hijos de los cónyuges los nacidos dentro de matrimonio".

En este supuesto ¿a quién de los padres se le reconocerá como tal? ¿a los que contrataron a la madre subrogada y se atribuyeron el carácter de progenitor o progenitores tal y como lo establece la reforma al artículo 293 del CCCDF? O bien tal y como lo manifiesta el artículo 324 del mismo ordenamiento ¿se considerará hijo de los cónyuges al nacido dentro de matrimonio en caso de que la madre sustituta quisiera conservar al niño que gestó y su cónyuge lo reconozca como hijo?

Por lo tanto se hace notar que las recientes reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal fueron elaboradas de forma muy ligera sin contemplar el caso específico de la Maternidad Subrogada y las consecuencias jurídicas que trae consigo su aplicación, dejando de nueva cuenta al ser humano ante una incertidumbre jurídica.