



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

NECESIDAD DE LEGISLAR LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ESTEBAN ROMERO GONZÁLEZ



ASESOR:
LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ



MÉXICO, D.F.

2005

m 339895



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

NOMBRE: Estela Patricia Carrillo

FECHA: 22 de Enero de 2005

[Firma]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
1929

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/29/10/04/69

ASUNTO: Aprobación de Tesis

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El alumno **ESTEBAN ROMERO GONZÁLEZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Roberto Reyes Velázquez, la tesis denominada **"NECESIDAD DE LEGISLAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"** y que consta de 98 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 29 de Octubre de 2004.

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS/egr.

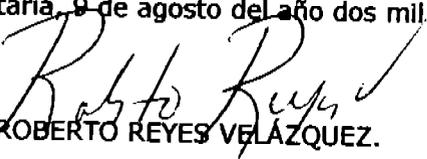
LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
PRESENTE.

ROBERTO REYES VELÁZQUEZ, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Asignatura de "TALLER DE ELABORACIÓN DE TESIS", me dirijo a Usted, con el fin de poner a su consideración el trabajo de Investigación concluido, denominado **"NECESIDAD DE LEGISLAR LA MATERNIDAD SUBROGRADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**, desarrollado por el alumno **ESTEBAN ROMERO GONZALEZ**, con número de cuenta 8828251-4.

Y una vez, que ha sido revisado y concluido el mencionado trabajo, considero que reúne los requisitos necesarios para ser aprobado y por tal motivo, le otorgó el visto bueno, razón por la cual, solicito a Usted, si para ello no existe Inconveniente alguno, se sirva autorizar el mencionado trabajo, para que el alumno continúe con los trámites correspondientes a su titulación.

Agradezco la atención, que se sirva prestar a la presente, y como siempre, me es grato enviarle un cordial saludo.

Ciudad Universitaria, 9 de agosto del año dos mil cuatro.


LIC. ROBERTO REYES VELÁZQUEZ.

A DIOS

Quien alabo y bendigo por darme la fortaleza y el de darme la mejor familia para que en los momentos que mas necesite de ellos estuvieran cerca de mi viéndome y cuidándome, así como el de guiar mi vida, camino espiritual y darme la oportunidad de prepararme como todo un profesionista. Y que agradezco al señor por darme la enseñanza necesaria para salir adelante en cada etapa de mi preparación y a mi madre la virgen Maria por cuidarme y cubrirme como a cada uno de sus hijos y el protegerme como lo hizo con su hijo a quienes bendeciré por toda la vida que me presten, bendito y alabado sean.

MIS PADRES:

ESTEBAN Y MARINA

A quienes agradezco su apoyo y confianza para llegar al término de un ciclo más en mi vida profesional y por su animo, así como dedicación y esfuerzo que siempre en cada momento que más los necesite y que tuve esa mano impulsándome a lograr triunfar en la vida y cuidando cada paso que iba dando en la vida para ser un hombre de bien y el llegar a ser ese buen hijo, así mismo como un buen profesionista y que me permito decirles que los quiero mucho y solo pido a Dios que me los cuide y conserve por mucho tiempo y gracias a ustedes por confiar en su hijo y que sin ustedes no seria lo que hoy me dieron junto con la mano de nuestro señor (DIOS).

MIS HERMANOS:

YESICA GUADALUPE Y JUAN GABRIEL

A quienes les estaré agradecido por su apoyo, confianza y estimulación cuando mas los necesite y a quienes adoro y quiero mucho por ser mis hermanos y por la armonía y unión que se nos ha brindado esta linda familia y por darme su ayuda cuando mas necesite de ella, gracias a Dios por darme estos hermanos maravillosos.

A MIS MAESTROS

Quienes doy las gracias por su dedicación y esfuerzos que tuvieron para conmigo en cada etapa de un ciclo escolar y por enseñarme su educación académica en donde me dejaron su enseñanza y el de contribuir para hacer de este humilde alumno un hombre honesto y de provecho, para así ayudar a quienes más puedan necesitar de uno. Y que seguiré sus mismos pasos para dejar la enseñanza que con los días seguirán dando para aquellos que vienen a iniciar su ciclo académico.

A MI ASESOR

ROBERTO REYES VELÁZQUEZ

A quien agradezco el tiempo tan maravilloso que me brindo, así como su apoyo y confianza en el momento que más necesite, para concluir mi carrera profesional y quien me dio su mano para seguir adelante y no detener mi camino, así como por sus sabios consejos para terminar el último escalón académico en mi carrera.

A LA UNAM

Doy mi gratitud y respeto por darme la oportunidad de estar en la mejor casa de estudios y por prestarme sus instalaciones y darme a conocer profesores y amistades en el camino a quienes admirare siempre por darme su apoyo y ayuda y a mi Universidad por dejarme ser uno de sus alumnos y que orgulloso me mostrare por ser uno de sus hijos.

A MIS AMIGOS:

CECILIA (ROSA E.), GABRIELA, MARÍA TERESA, MARÍA DEL CARMEN,

VERONICA, MARIO Y MIGUEL.

A quienes agradezco por su apoyo y motivación para seguir luchando, para lograr el éxito más anhelado que es el título de licenciado, en mi ciclo profesional, así mismo por su confianza que me brindan y a quienes quiero y admiro y que siempre tuve sus ánimos en los momentos que mas necesitaba de su apoyo y que me dieron su aliento para seguir adelante y obtener fuerzas para llegar al momento mas feliz de mi vida y así concluir mi carrera profesional, amistades que han tenido un valor importante y que doy gracias a DIOS por ponerlos en mi camino y a quien pido me los cuide y bendiga en todo lo que ellos elaboren en sus vidas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. DIVERSOS CONCEPTOS.	1
1.2. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.	8
1.3. ALGUNOS PROBLEMAS IMPLÍCITOS EN LA PRÁCTI- CA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	13
1.4. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR TODA PAREJA QUE DESEE LLEVAR A CABO UN CONTRATO DE MATER- NIDAD SUBROGADA.	16

CAPÍTULO II

IMPLICACIONES JURÍDICAS Y CONSECUENCIAS SECUNDARIAS EN LA MUJER QUE DONA SUS ÓVULOS

2.1. IMPLICACIONES JURÍDICAS.	19
2.2. EL DERECHO DE PROCREAR.	22
2.3. EFECTOS SECUNDARIOS DE LA DONACIÓN DE ÓVU- LOS.	27
2.4. LA DETERMINACIÓN SOCIAL.	32

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO CIVIL

3.1. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE HIDALGO Y EN EL DIS- TRITO FEDERAL.	36
3.2. PROCESO DE FECUNDACIÓN.	46
3.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA PAREJA SUBRO- GANTE Y DE LA MADRE SUBROGADA DURANTE EL DESA- RROLLO DE LA VIDA DEL NIÑO.	55
3.4. RELACIÓN FILIAL.	58
3.5. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE HIJOS HABIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA.	65
3.6. CONSECUENCIAS POR LA MUERTE DE UNO DE LOS PADRES.	69

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE LEGISLAR EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1. IMPORTANCIA DE ADICIONAR ARTÍCULOS RELATIVOS A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL.	71
4.2. PROPUESTA DE ADICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.	83
CONCLUSIONES.	92
BIBLIOGRAFÍA.	96

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como objetivo analizar algunos aspectos vinculados a la institución de la maternidad subrogada, para promover ciertos cambios en este tema que considero tan importante. No se debe olvidar que analizar la problemática que se propone en este trabajo implica la apreciación de complejas cuestiones tanto jurídicas, como morales, sociales y psicológicas.

Cabe mencionar que la maternidad subrogada o madres por sustitución, alude a que puede haber mujeres que gestan hijos por encargo de otras que se encuentran incapacitadas para hacerlo, tomando en cuenta la posibilidad de la donación de óvulos, últimamente ha tenido un gran desarrollo está técnica y se usa cada vez más para abarcar la maternidad homóloga y heteróloga, es decir con y sin donación de óvulos.

Se debe señalar que en el cuerpo de esta investigación se analizará la disociación genética que se da como resultado de estas prácticas y cómo debe transformarse el Derecho para que no se desproteja a las criaturas que nazcan con motivo de estos hechos.

Asimismo, esta investigación parte de la necesidad que presentan ciertas personas en los últimos tiempos para formar una familia, considerando al grupo humano primario, que se forma por la unión de pareja entre hombre y mujer, de esta unión generalmente surgen los hijos. Si todo marcha en forma natural son

dos factores biológicos los que crean la familia: la unión sexual, que tiene como consecuencia la procreación.

Cuando la cohabitación de la pareja no logra la procreación se causa una disfunción en las parejas que las lleva a buscar al hijo, incluso por medios alternativos a la cópula sexual, entre los que se encuentran la inseminación artificial, la donación de óvulos y la maternidad subrogada.

La reproducción es vista normalmente como fuente de la familia, sin embargo, los adelantos científicos y tecnológicos han producido casos en los que la reproducción se logra con la participación de terceros.

En primer lugar, el hecho de que la salud de la mujer que va a donar sus óvulos se ve seriamente afectada al grado de poder quedar estéril después de haber logrado la maternidad para otra mujer, la falta absoluta de información que reciben las mujeres que donan óvulos o que se someten a tratamientos para la fertilidad, los profundos trastornos psicológicos que se producen en la mujer que gesta y posteriormente se desprende del hijo que nunca deseó, los trastornos emocionales que se producen en las mujeres que ansían obsesivamente un hijo.

Asimismo, se estudiaran las consecuencias que se producirán en un hijo en el que el factor genético y el factor de gestación estarán definitivamente disociados y que finalmente el acto termina por ser una adopción se puede ver ésta como la opción más factible para subsanar la esterilidad de las parejas en la actualidad,

considerando al derecho como un instrumento social que debe proteger a la mujer pero también y en primer lugar al producto de una fecundación, al niño.

Los hechos demuestran, que cada vez son más selectivas las parejas que acuden a una donante de óvulos, lo cual se puede convertir en un mercado de embriones e incluso provocar la manipulación genética.

De llegar a una conclusión sobre las cuestiones anteriores, siempre en función de captar la realidad, sugiriendo que el Derecho tenga una participación verdadera y no sea letra muerta para una práctica real, que afecta a las mujeres y sobre todo a los niños producto de esta práctica de procreación.

Las mujeres que donan óvulos son sometidas a rigurosos tratamientos a cambio de un pago. Sobre esto último, se debe imponer una obligación a las clínicas en donde las donaciones e inseminaciones se llevan a cabo, de informar sobre las consecuencias que estos hechos traerán a la vida de la mujer. Informarle sobre todo que es posible que después de múltiples sacrificios puede que ni siquiera se logre un óvulo fértil y la mujer que intenta donar en beneficio de otra podrá quedar estéril al final del tratamiento, motivo por el cual la mujer tendría que ser sometida a ciertos análisis para verificar que esta pueda ser apta para hacer la donación que se intenta llevar a cabo.

Debe procurarse que el niño que llegue a este mundo encuentre una protección legal, lo más amplia posible para que crezca en un ambiente óptimo, que le de una

excelente educación, seguridad económica y valores morales, así como espirituales asimismo gozar de todos los derechos, beneficios que la ley regula para los hijos del nacidos en el matrimonio.

En el capítulo primero, se estudian aspecto generales sobre la maternidad subrogada, para ello se parte de diversos conceptos, la clasificación, algunos de los problemas que se llegan a presentar en este tipo de maternidad, así como los requisitos que debe cumplir toda pareja que desee llevar a cabo un contrato de esta naturaleza.

En el subsecuente capítulo, se abordan los aspectos jurídicos y las consecuencias secundarias en las mujeres que donan sus óvulos, así como los factores sociales.

Por lo que respecta al tercer capítulo, se hace el estudio en la legislación civil mexicana, los procesos de fecundación, los derechos y obligaciones de la pareja subrogante y de la madre subrogada durante el desarrollo de la vida del niño, la relación y los requisitos para la adopción de hijos habidos por maternidad subrogada.

Por último, se señala la necesidad de legislar en materia de maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal, así como los numerales que se pretenden modificar.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. DIVERSOS CONCEPTOS.

Es oportuno empezar por definir a la maternidad, "vocablo derivado de materno, estado de calidad o madre, tiene en derecho varios efectos: en relación a la filiación; al ejercicio de la patria potestad; a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad, etc."¹

Por su parte, el jurista argentino Guillermo Cabanellas de Torres, expone que la maternidad "...es la condición de madre. Estado Natural o jurídico de la madre."² Así entonces, tenemos que la maternidad es el estado de madre que se tiene al estar en estado de gravidez.

Resulta relevante para efectos de la presente investigación hacer mención de que en lo referente a la filiación, el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, especifica que ésta resulta con respecto a la madre del solo hecho del nacimiento, y que puede presentarse como maternidad civil en el caso de la adopción. Nunca se da el concepto de maternidad legalmente para mujeres que llevan a cabo contratos de maternidad sustituta.

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Edit. Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1993. p. 2084.

² CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edit. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 11ª ed. 1993. p. 250.

También, es oportuno definir lo que es la subrogación, la cual de acuerdo con la definición del tratadista Manuel Borja Soriano, "evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal".³

Sobre el mismo punto Joaquín Martínez Alfaro, señala lo siguiente. "Subrogación personal legal es una forma de transmitir las obligaciones a título particular, entre vivos y por cambio del acreedor que se opera por ministerio de ley cuando un tercero, que tienen interés jurídico con el cumplimiento de la obligación, paga al acreedor o presta para que se le pague, substituyéndolo de pleno derecho en sus facultades."⁴

Phyllis Coleman, precisa a la maternidad subrogada como "una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina

³ BORJA SORIANO. Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Edit. Porrúa. México. 1994. p. 590.

⁴ MARTÍNEZ ALFARO. Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. Edit. Porrúa. S.A. México. 1999. p. 260.

todos sus derecho de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte".⁵

En el presente estudio se analizarán aspectos de la maternidad subrogada y se propondrá asimilarla a la adopción, como solución y protección legal para las mujeres que sufren la infertilidad femenina, "... entendida esta como patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal y que a mi juicio puede consistir en la imposibilidad física total para embarazarse por parte de la mujer o en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez logrados."⁶

Hay causas múltiples y complejas, ya que puede deberse a la etiología materno-ovular, como al gameto masculino en sí, sin excluir factores psicógenos.

Se citan como causas orgánicas:

- Endocrinas, defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, hipertiroidismo perturbaciones en las glándulas suprarrenales.
- Procesos tóxico infecciosos, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.
- Uterinas, como malformaciones, tumores, incompetencia istmitos-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.

⁵ Cit. Pos. SILVA RUIZ. Pedro F. Panorámica general de la fecundación humana asistida (Inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos. En II Congreso Mundial Basco. "La Filiación a finales del siglo XX". Madrid. Trivium. 1988. p.85.

⁶ SOTO LAMADRID. Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Astrea. Buenos Aires. 1990. p. 315.

- Inmunológicas, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades del recién nacido.

También, encontramos que los factores psicógenos influyen de manera notable en el fenómeno de la infertilidad. Se calcula que en los Estados Unidos se producen alrededor de doscientos mil abortos espontáneos por año, sin causa específica comprobada.

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar y en las desgracias extremas, cuando la infertilidad se use a la esterilidad, se puede recurrir a la donación de óvulo y al arrendamiento o prestación del vientre para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética, que surge de la necesidad de realizar la paternidad o la maternidad, y como sugeriremos más adelante deberá pedirse por una pareja estable, como una forma de procurarse el mejor entorno para la criatura.

El autor Zannoni, indica que se hace alusión a la maternidad subrogada o gestión por cuenta de otro, "cuando se da el caso de que el embrión de una pareja se ha implantado en el útero de otra mujer, quien realizará el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de la pareja. Podría suceder que mujeres consientan en ser

inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregará al matrimonio -o pareja- constituido por el dador de semen y su esposa, donación que podrá ser gratuita u onerosa.”⁷

En su forma más pura la maternidad sustituta se dará en el primer caso, ya que en el segundo caso la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo que se concibe, ya que ha aportado el óvulo que es fecundado con esperma ajeno. Entonces, tenemos que la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, que se implanta en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

Jaime Vidal Martínez, sostiene que “...se llama madre sustituta o subrogada a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. “Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre “casado” (*sic*) que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que éste ha nacido, la madre cede su custodia a favor del padre, pero la característica que a nuestro juicio podría considerarse como la más importante es la renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de tal forma que la esposa del padre pueda adoptarlo.”⁸

⁷ BARREDA GARCÍA, A. Las novísimas leyes de reproducción asistida y donación de embriones y fetos humanos Cuadernos de política Criminal. Madrid. 1989. p. 316.

⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. El Derecho a la Vida, Edit. Comares, Madrid, España. 1989. pp. 180-181.

En el caso de la enunciación que hace Vidal Martínez, se puede apreciar que él únicamente considera la posición de que es el hombre casado quien donará el esperma con el que será artificialmente inseminada la mujer gestante, pero es de considerarse que el esperma puede ser también donado por un hombre soltero, y este mismo autor contempla la posibilidad de que la madre sustituta aporte el óvulo o sea implantado el de la madre que posteriormente adoptará al producto, a diferencia de Zannoni que sólo distingue el caso de que la madre sustituta sea portadora de un huevo ya fecundado con el esperma y el óvulo de los padres. Mi postura es que la maternidad sustituta se da en este último caso en su forma más pura, ya que en el caso de que la madre portadora sea a la vez la madre genética, estaremos en presencia de un caso de adopción por parte de la mujer cuyo marido ha aportado el semen con el que fue inseminada la madre portadora.

A juicio de Miguel Ángel Soto Lamadrid, "la definición expuesta por Vidal Martínez, es un concepto romántico en el sentido de que no se da en la realidad sino más bien como un ideal, ya que está comúnmente vinculado con la defraudación registral del estado civil."⁹

Los orígenes de la maternidad sustituta los encontramos en los Estados Unidos, "...cuando en el año de 1975 apareció un anuncio en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente y mediante

⁹ HERRERA CAMPOS, R. La Inseminación Artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española. Granada. España. 1998. p. 317.

remuneración a favor de una pareja estéril, en ese entonces aún no se lograba la fecundación *in vitro*.”¹⁰

Aun cuando ha habido varios intentos de contratos de maternidad subrogada no se encuentra uno con un contenido claro y unívoco.

La actitud frente a tal situación se encuentra profundamente afectada por posturas ideológicas y religiosas, como un ejemplo podemos citar la de la Iglesia Católica, que expone las siguientes hipótesis de la maternidad sustituta:

- Mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.
- Mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo después de nacer, a quien ha encargado o contratado su gestación.

En estas hipótesis, vemos que los teóricos de la Iglesia Católica¹¹ han tomado en cuenta ambas posibilidades de maternidad subrogada, es decir, tanto

¹⁰ *Idem*.

¹¹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. Nuevas Técnicas de Reproducción Artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas. Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia. Madrid. 1986. p. 6.

la posibilidad de que la madre sustituta done su óvulo y sea así la madre genética, con la posibilidad de que se le implante el óvulo ya fecundado.

1.2. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

El tratadista Rafael Rojina Villegas, define al contrato como: "el acto jurídico plurilateral que tiene por objeto crear o transmitir derechos u obligaciones, reales o personales. Es un acto jurídico plurilateral, porque en todo contrato hay una manifestación de voluntades que se llama jurídicamente "consentimiento", es decir, un concurso o acuerdo de dos o más voluntades. (...) Como en todo acto jurídico, esta manifestación de voluntades tienen dos funciones que propone un objeto, que es en el caso del contrato, crear o transmitir obligaciones y derechos".¹²

Para Colín y Capitant, "el contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente, sea en fin extinguirla".¹³

El artículo 1793 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, define al Contrato como: "convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones".

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Contratos Volumen I*. Edit. Porrúa, México. 1997, p. 10.

¹³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Edit. Porrúa, S.A. México. 1998, p. 20.

De lo que se desprende que: "al contrato le corresponde una función positiva de los acuerdos de voluntades. Crear o transmitir derechos y obligaciones."¹⁴

Los elementos esenciales del contrato son:

El consentimiento- La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto jurídico, se llama consentimiento.

Por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos monosubjetivos que originarán consecuencias de derecho, pero no

¹⁴ *Idem.*

existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste, el que se dé ese consentimiento con la acepción señalada.

El objeto.- Es la conducta que puede manifestarse como una prestación o como una abstención. Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de un hacer algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.

De lo anterior, se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en los siguientes aspectos:

- Será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación -un dar o un hacer- o como una abstención -un no hacer-.
- Será objeto indirecto del contrato: La cosa como contenido del dar (que debe ser posible); el hecho como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).

La forma como elemento de existencia.- "Es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las

partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.”¹⁵ Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiere esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del contrato.

Por otra parte, los derechos a transmitirse pueden ser patrimoniales o no patrimoniales y personales o reales.

A continuación se expone enunciativamente la clasificación de los contratos del profesor Rafael Rojina Villegas, posteriormente explicaremos que bajo qué tipo de contrato puede ser clasificado el de maternidad subrogada:

- 1) Bilaterales y unilaterales.
- 2) Onerosos y gratuitos
- 3) Conmutativos y aleatorios
- 4) Formales y consensuales.
- 5) Principales y accesorios
- 6) Instantáneos y de tracto sucesivo.

Conforme a esta clasificación, el contrato de maternidad subrogada es:

¹⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Edit. Porrúa, S.A. México. 17ª ed. 1999, p. 49.

- 1) Bilateral, puesto que impone obligaciones a cargo de ambas partes manifestantes de la voluntad, las cuales se detallarán más adelante.
- 2) Puede ser oneroso o gratuito, según se pacte o no, contra prestación por la realización del mismo.
- 3) Conmutativo, ya que puede determinarse desde el inicio la ganancia o pérdida de los contratantes.¹⁶
- 4) Puede ser formal o consensual, sin embargo es preferible que se lleve a cabo de una manera formal con el propósito de que quede perfectamente establecido el contrato por medio del cual se regirá la maternidad sustituta y la posibilidad de identificar plenamente a personas responsables de las obligaciones que dicho acto jurídico provoca.
- 5) Principal, puesto que no requiere de otro contrato para realizarse.
- 6) De tracto sucesivo, puesto que el contrato impone obligaciones que se cumplirán en un período de tiempo.

Asimismo, se observa que la clasificación en el Código Civil de contratos nominados e innominados, se encuentra contenida en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal que estipula lo siguiente: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas,

¹⁶ Cit. Pos. LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*. Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. 5ª ed. México. 1990. p. 24.

por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Los contratos que se apegan al contrato de maternidad sustituta guarda analogía, los que se expondrán a lo largo del presente trabajo.

1.3. ALGUNOS PROBLEMAS IMPLÍCITOS EN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Las situaciones en que se da la maternidad subrogada y los otros métodos de que se disponen para subsanar la falta de capacidad para ignorar la maternidad y la paternidad traen aparejadas profundas implicaciones éticas y jurídicas. Desde el punto de vista jurídico, principios como el de que la maternidad es siempre cierta quedan en entredicho y surgen la necesidad de revisar ese concepto legal y toda la regulación que implica en ello. Se plantean también los problemas en la figura del donante, la fecundación post mortem y la determinación de la paternidad. En fin, que todas estas nuevas posibilidades tecnológicas y avances científicos nos llevan a replantear el concepto y acciones de filiación, las normas de atribución o determinación de la paternidad y la maternidad.

La maternidad por subrogación, como hemos dicho, mujeres que gestan hijos a través de otras, imposibilitadas para hacerlo, ha causado una verdadera conmoción debido a las implicaciones éticas que conlleva, especialmente porque la mayoría de las mujeres que se prestan llevar el embarazo por sustitución lo

hacen generalmente a cambio de grandes cantidades de dinero como contraprestación.

Existe información, de que en los Estados Unidos ya es una práctica común la maternidad subrogada y que se ve casi como una alternativa a la adopción. Es en este país donde hay varios proyectos para regular la maternidad sustituta. Sin embargo, los informes europeos suscritos por especialistas del consejo de Europa que han estudiado el tema, proponen la prohibición absoluta de la maternidad subrogada. España, Suecia y Alemania, por ejemplo, han prohibido absolutamente este tipo de maternidad, pero aún los que prohíben, tienen que regular sus consecuencias, como lo son las sanciones que se van a imponer, si serán de tipo penal o civil y de algún modo, debe plantearse la solución a los problemas del hijo producto de ese acto.

Cuando en la maternidad sustituta, la madre que presta su útero dona un óvulo, se produce una disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica, se logra una criatura que presenta un patrimonio genético distinto al de la que realizará la función de madre, situación que en este aspecto es idéntica a la de la adopción.

Por lo tanto desde el punto de vista jurídico como moral, la maternidad sustituta sólo se justifica cuando tienen una finalidad terapéutica, es decir, únicamente deberá utilizarse en auxilio de una pareja estéril, nunca a favor de una mujer sola.

No obstante que la maternidad sustituta se justifica en beneficio de parejas estables infértiles, la trascendencia social que puede tener, hace necesario un control jurídico para quienes realicen esas prácticas de reproducción.

La trascendencia social de nacimientos producto de contratos de maternidad sustituta y sus consecuencias jurídicas, sociales, psicológicas, morales y de todo orden, que indudablemente cuestionan muchos valores tradicionales hace indispensable que este fenómeno sea abordado por equipos interdisciplinarios, en estos grupos de trabajo debe tener un papel preponderante el jurista, ya que la problemática es fundamentalmente jurídica aunque se afecte a todo los factores morales.

Es necesario hacer referencia a los aspectos concretos que surgen en el proceso de fecundación, nacimiento, desarrollo de la vida, relación filial e inclusive con las consecuencias del fallecimiento de uno de los padres de la criatura.

De igual forma es necesario establecer la obligación para las clínicas y médicos que practiquen la extracción de los óvulos, de informar a la mujer donante sobre los múltiples efectos secundarios de la donación de óvulos, aspecto que se abordará más adelante.

Partiendo de que la prohibición de la maternidad subrogada no elimina la problemática a que se ha hecho referencia, dado que es una alternativa con posibilidades de éxito para parejas en las cuales la mujer no ha podido tener un

hijo. En este punto cabe hacer hincapié en que prohibir este tipo de nacimientos o prácticas no terminará con ellas, y por lo tanto deben ser reguladas, debe reconocerse por ser un hecho práctico que busca lograr la maternidad, la familia, ya que una prohibición, lejos de solucionar el problema, lo complica, por lo que hay que pensar en las medidas preventivas para sancionar esta conducta, en la sanción en caso de que se actualice el delito o conducta tipificada y en las consecuencias de dicho nacimiento, como lo son la filiación, derechos frente a ambas familias, maternidad, entre otros.

1.4. REQUISITOS QUE DEBE DE CUMPLIR TODA PAREJA QUE DESEE LLEVAR A CABO UN CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Esta técnica, como hemos dicho con anterioridad sólo puede justificarse con fines terapéuticos y para subsanar la infertilidad de la mujer en la pareja, por lo tanto como primer requisito los solicitantes deben ser quienes formen una pareja estable en todos los aspectos, incluyendo el emocional, esto es, con un grado de salud mental aceptable, para ello no es necesario exigir que sea una pareja unida en matrimonio ya que en estos tiempos encontramos parejas unidas en matrimonio que son sumamente inestables y a la vez hay parejas que no obstante no haberse casado son bastante estables y pueden presentar el entorno adecuado para el desarrollo y crecimiento físico, psicológico y espiritual óptimo para el bebé.

A lo cual se agrega el requisito de que sea una pareja heterosexual en la que la mujer padezca el problema de la infertilidad o de la esterilidad.

Se puede añadir a los anteriores requisitos, los que contiene el informe del Comité de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (*Committe of Experts on Progress in Biomedical Sciences*) CABHI- del Consejo de Europa, aún cuando éste informe sugiere dichos requisitos para el uso de técnicas de procreación artificial, como lo son la fecundación *in vitro*, la fecundación artificial homóloga y heteróloga.¹⁷

- Cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito y no resultan apropiados para el caso concreto;
- Cuando existe riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria;
- Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que pudiere orillararlo a una muerte precoz o a una incapacidad grave.

Este Informe rechaza la maternidad sustituta, y aún cuando se pronuncia en sentido similar, creo que una prohibición legal no lograría erradicarla, a mi parecer una adecuada regulación ayudaría más a su conveniente práctica y desarrollo social advirtiéndolo a quienes la practiquen de los resultados físicos y emocionales que se darán en su vida.

Esta práctica tiene por objeto retribuir un hecho humano que la esterilidad niega, la procreación y continuidad de la especie, además de restablecer el

¹⁷ *Idem*

equilibrio psicofísico, susceptible de verse alterado por quienes padecen algún tipo de infertilidad.

No obstante ser este el principal objetivo de regulación, existen otros aspectos importantes que deben ser regulados como lo son la salud de la mujer que de en arrendamiento su útero, así como su actividad física y económica, las condiciones de la donación y otros aspectos que trataremos específicamente en el contrato de maternidad sustituta.

CAPÍTULO II

IMPLICACIONES JURÍDICAS Y CONSECUENCIAS SECUNDARIAS EN LA MUJER QUE DONA SUS ÓVULOS

2.1. IMPLICACIONES JURÍDICAS.

Aún cuando las nuevas formas de reproducción humana alteran el tradicional orden social, lo cual lleva necesariamente a disertaciones sobre lo que es bueno y es malo y lo que debe permitirse o no, debido a las repercusiones sociales que los avances científicos y tecnológicos tengan en el orden de la vida humana.

No es plausible aceptar todas las técnicas de reproducción asistida sin reservas, no obstante, la solución no se dará por que se prohíban y tipifiquen como delitos este tipo de prácticas, lo cual sólo traería como consecuencia la clandestinidad de las mismas y desprotege, poniendo en riesgo no sólo a quienes las practican sino también a las criaturas que nacen producto de éstas.

Es por este motivo fundamental que me pronuncio a favor de la legislación de la maternidad subrogada o sustituta.

Estas prácticas tienen definitivamente una incidencia directa en las relaciones familiares, factor que debe ser regulado jurídicamente. Resulta evidente y basta que se reflexione en el desglose de la paternidad y/o maternidad, para encontrar que en la relación por cohabitación carnal la relación entre padre y

progenitor quedaba establecida definitivamente, en unidad manifiesta. Pero con la maternidad asistida esta unidad se ve alterada, con excepción de la maternidad sustituta en la que se implanta el óvulo fecundado con semen del marido a la mujer gestante, lo que parece que vendría a debilitar el vínculo consanguíneo y a fortalecer el vínculo sociocultural como ocurre en la adopción.

El hecho de que la donación de óvulos cambie radicalmente el concepto de filiación legítima, que tradicionalmente ha sido considerado como: "La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no sepa quiénes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado."¹⁸

Por otra parte, el tratadista Rafael Rojina Villegas, señala que: "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; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea

¹⁸ PACHECO, E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Edit. Panorama. México. 1998. p. 186.

descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.¹⁹

Adicionalmente el Código Civil para el Distrito Federal, exige que el hijo es concebido durante el matrimonio, si el hijo es concebido antes de matrimonio puede ser legitimado mediante el reconocimiento posterior de los padres.

Así entonces, el concepto que se sugiere de filiación es una figura análoga a la legitimación, al concebirse un hijo producto de la donación de un óvulo o de un arrendamiento de útero, el reconocimiento de los padres que han solicitado la procreación de ese hijo serán por esta misma causa los que reconozcan y legitimen al hijo logrado por esta vía.

Los problemas éticos que representa el planteamiento anterior deben ser valorados y plantearse jurídicamente, para que reflejen la verdad biológica actual.

¹⁹ ROJINA VILLEGAS. Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción. Persona y Familia*. Edit. Porrúa. S.A. México. 2001. p. 457.

2.2. EL DERECHO DE PROCREAR.

En la exposición de motivos de la iniciativa del 12 de septiembre de 1973, correspondiente a la Ley General de Población, el Jefe del Ejecutivo Federal, manifestó que el Gobierno estaba plenamente consciente de la importancia y complejidad del fenómeno demográfico, por lo que habría de inscribirse su acción en el contexto jurídico político de la Constitución Política Federal, consideró el respeto a las libertades fundamentales del hombre y la dignidad de la familia.

Acerca de los principios rectores de la nueva política de población de la que esta reforma constitucional era la piedra angular, declaró que lo eran, la consecución del bienestar de la población, considerándola como el centro rector de los programas de desarrollo, al acentuar los aspectos cualitativos de la política de población de la que esta reforma constitucional era la piedra angular, declaró que lo eran, la consecución del bienestar de la población, considerándola como el centro rector de los programas de desarrollo, al acentuar los aspectos cualitativos de la política demográfica y "promover la planeación familiar, como un moderno derecho humano para decidir libre, informada y responsable la estructura de la célula básica social.

Tener hijos es un derecho que está consagrado en nuestra Constitución General de la República. De este modo, se podría entender que la donación de óvulos, por ser un medio que permitirá que puedan ser madres, aquellas mujeres

estériles a causa de patologías o situaciones que no tienen otro tratamiento médico. Estas mujeres pueden así encontrar una solución a su problema que de otro modo les conduciría de forma inevitable a la adopción como único recurso para tener un hijo.

La donación de óvulos es un procedimiento que todavía no se encuentra autorizado y regulado por nuestra legislación.

Algunos sectores de la doctrina sostienen que la mujer tiene un derecho fundamental de procrear, el cual deriva de los derechos fundamentales; tales como son: derecho a la vida, integridad física y libertad.

Debe considerarse la libre regulación de la vida privada, en función del derecho del desarrollo de la persona, el tener hijos se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico. Este derecho debe entenderse ligado con la persona. Se debe averiguar si este derecho incluye tanto métodos naturales como alternativos de reproducción.

Se señala que debe aclararse si el pretendido derecho a la procreación deriva del derecho a la libertad o es un derecho social y, por tanto, debe determinarse si es suficiente por parte del Estado un comportamiento de no injerencia en las decisiones de los particulares o si debe existir un comportamiento positivo. Si se acoge la primera alternativa debería concluirse que el recurso a las estructuras públicas para estas técnicas es sólo posible cuando tenga carácter

terapéutico, no cuando constituya expresión de libertad de satisfacer un deseo de tener hijos.

"La conducta sexual y la procreación humana han asumido situaciones insospechadas de protagonismo social y jurídico en el último tercio del siglo XX. Los nuevos avances de la ciencia biomédica, al ampliar notablemente las posibilidades de intervención sobre la naturaleza humana y su facultad generativa, han supuesto un serio reto para la sociedad actual e, incluso, para la propia libertad del hombre.

Este vertiginoso proceso ha desencadenado muchas contradicciones culturales -acaso más que las que cada hombre pueda asumir a lo largo de su vida-, que hacen peligrar el comportamiento sexual, no tanto por el pluralismo que de suyo generan, como por atentar y disolver la naturaleza misma que los informa y posibilita. Un denominador común caracteriza a casi todas ellas, según el autor español Antonio Polaino Lorente: "... la reducción de la sexualidad y de todas sus diversas y ricas dimensiones a un solo principio: el del placer, con todo lo que ello supone de renunciaciones y simplificaciones, de frustraciones e insuficiencias, de caricaturas y represiones."²⁰

Desde hace algunos años, las organizaciones no gubernamentales vienen ejerciendo gran influencia en la Organización de las Naciones Unidas,

²⁰ Cit. Pos. VEGA GUTIÉRREZ. Ana María. *"Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida"*. Edit. Comares. Madrid. España. 2001. p. 1.

intensificada aun más en la celebración de las últimas conferencias internacionales por versar sobre temas con gran carga ideológica, como son los problemas demográficos y el status jurídico y social de la mujer en el mundo actual. Por tales motivos, estos eventos se han convertido en escenarios mundiales de nuevas concepciones antropológicas que supone la redefinición de numerosos derechos.

Así se encuentra que el artículo 16.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que: "Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."

Como se puede observar, esta declaración no establece específicamente el derecho a la procreación, sin embargo me parece que aún cuando no debe prohibirse, debe regularse estableciendo la obligación de informar a las mujeres que donarán óvulos sobre los efectos que este hecho provocará en su cuerpo, en su vida sentimental y psicológica, así como una regulación a favor del hijo basándonos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

También se debe tomar en consideración la cuestión de si debe ser un acto gratuito o se debe dar una remuneración por el arrendamiento del útero o por la donación del óvulo, los resultados económicos de esta práctica han variado dramáticamente en la última década. En los ochentas se les pagaba a las

donadoras U\$ 250.00 (Doscientos cincuenta dólares americanos), ahora la tarifa normal es de U\$ 1,500.00 (Mil quinientos dólares americanos), y la tarifa aumenta de acuerdo a los casos en que los solicitantes buscan alguna característica específica en la donadora.

Es importante saber si la donadora y la receptora deben conocerse o debe ser un acto anónimo. La edad en que podrá llevarse a cabo esta donación por una mujer, y el número de veces que se le permitirá a una mujer donar.

También deberá considerarse como se sentirá una mujer si después del transcurso de cierto tiempo encuentra a un hijo suyo deambulando por el mundo, sin que este sepa que ella es su madre genética. Reconociendo que también hay casos en que la donadora lo hace por ayudar, cómo contactar con esas familias a las que ha ayudado.

El tipo de arreglo al que llegarán, deberá ser equitativo, procurando alterar lo menos posible la vida de todos los participantes en el contrato y especial procurar un crecimiento sano para el hijo.

Se sabe que las mujeres que celebran este tipo de contratos o actos jurídicos, firman formas en las que renuncian a sus derechos de patria potestad y las responsabilidades derivadas de la misma. Como una forma de concientizar a la donadora o madre subrogada sugiero la regulación de una maternidad solidaria.

2.3. EFECTOS SECUNDARIOS DE LA DONACIÓN DE ÓVULOS.

La primera vez que pensé en la donación de óvulos creí que ésta es en casi todos los casos un acto de buena voluntad y caridad de una mujer fértil a favor de una mujer estéril.

La donación de óvulos se introdujo para el tratamiento del fallo ovárico en 1984 y actualmente es una parte integral del tratamiento de la mujer estéril para conseguir el embarazo en mujeres mayores y post-menopausicas. También se aplica en ausencia de ovarios, menopausia precoz, en mujeres que responden mal a la estimulación ovárica y en portadoras de enfermedades genéricas. El éxito es de alrededor 40% por cada ciclo.

“La donación de óvulos se define como la entrega (anónima, gratuita y altruista) de algunos óvulos de una mujer, para que otra puede conseguir tener un hijo. Estos óvulos proceden, por lo tanto, de la reserva natural que existe en los ovarios y que, habitualmente, nunca llegarán a ser utilizados.

La donación de óvulos, por lo tanto, aunque de hecho consiste en la entrega de algo propio a otra persona, no condiciona en sí mismo la pérdida definitiva de algo irrecuperable. Podría decirse que es también una forma de aprovechar algunos de los óvulos que una mujer no llegará nunca a emplear.”²¹

²¹ Información extraída en el Internet dirección en la dirección <http://www.tnerelaciones.com/anexo/ginecologia/donacion.htm> del día 19 de julio. 2002.

El óvulo femenino lleva la dotación cromosómica de la mujer al igual que el espermatozoide la lleva del hombre. Sin embargo, las personas somos seres únicos e irrepetibles porque en el momento de la fertilización del óvulo se produce la mezcla de la información genética del padre y de la madre en un procedimiento que condiciona que la combinación de las características de ambos progenitores sea siempre diferente. Además, la maternidad en sí misma es un proceso largo en el que el futuro individuo mantiene una relación íntima con su madre. En este proceso recibirá, no sólo los nutrientes necesarios para su desarrollo, sino que recibirá también la protección inmunológica de la mujer que le alberga.

Lamentablemente la realidad demuestra que en la mayoría de los casos las mujeres que donan óvulos lo hacen por la cantidad de dinero que reciben y sólo en casos en que las donadoras son hermanas o amigas muy cercanas encontramos que la caridad y el amor son un elemento determinante en la donación de óvulos. Las últimas investigaciones en Canadá así lo demuestran.

Entrevistas con donadoras y estudios recientes revelaron consecuencias preocupantes en la donación de óvulos: la mujer que los dona deben inyectarse hormonas que permitan la maduración de éstos, lo cual altera su ciclo menstrual y hormonal. Las posibilidades de fertilización de una mujer infértil usando sus propios óvulos para una fertilización *in vitro* tienen 15% y 20% de posibilidades de lograrse, con una donadora de óvulos las posibilidades aumentan en 30% a 40%.

Los óvulos donados no pueden ser congelados y los ciclos de donación duran de tres meses a un año.

Las drogas para la fertilidad también incrementan el riesgo de desarrollar cáncer en los ovarios.

Una vez que la donadora está lista debe someterse a un examen en el que se le introduce una probeta de ultrasonido en la vagina, se debe checar la talla de los folículos donde se desarrollan los óvulos y si hay quistes desarrollados debido a las drogas.

Para obtener los óvulos se introduce una aguja por las paredes vaginales en dirección a los ovarios, lo que puede dañar tanto los ovarios como las paredes vaginales o causar infección en los mismos.

Las drogas que hiperestimulan los ovarios, causan dolor debido al enrollamiento o rotura de los mismos, además causan dolores de cabeza, escalofríos, fatigas, náuseas e inflamación.

Adicionalmente, se somete a la donadora a un examen de personalidad y se evalúan cuestiones de su niñez, escolaridad, trabajo y vida sexual.

Un último riesgo, es el cáncer de ovarios. Las mujeres que toman drogas estimulantes de los ovarios durante el tratamiento para la fertilidad están tres

veces más propensas a desarrollar cáncer y cuatro veces más propensas a desarrollar tumores precancerígenos, aún cuando otros factores inciden en el riesgo de cáncer.

Los ciclos de donación pueden repetirse durante años, sin embargo no todos estos ciclos resultan en embarazos y este hecho puede llegar a provocar graves sentimientos de frustración en las donadoras, ya que después de múltiples sacrificios sus óvulos serán material de desecho.

Por reproducción asistida se entiende: "La fecundación del óvulo mediante semen introducido por métodos instrumentales, sin la relación sexual".²²

Por otra parte, se tiene que la reproducción asistida, consiste en introducir el espermatozoides del varón en el aparato genital de la mujer usando procedimientos técnicos; por consiguiente, de modo distinto a la forma natural del coito.

En el artículo 40 fracción XI del Reglamento General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos se establece que la fertilización asistida "es aquella en que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización *in vitro*."²³

²² VARGAS ALVARADO, Eduardo. "Medicina Forense y Deontología Médica", Edit. Trillas. México. 1991. p. 893.

²³ Reglamento de la Ley General de Salud. Edit. Porrúa. S.A. México. 2002. p. 45.

"El procedimiento más empleado se denomina fertilización *in vitro* (FIV), se trata de una técnica frecuentemente utilizada en la actualidad para tratar problemas de fertilidad en parejas estériles y consiste en cultivar en un medio especial. De acuerdo a lo anterior se concluye que la reproducción asistida es la fecundación del óvulo femenino, mediante la introducción de espermatozoides masculinos, al aparato reproductivo de la mujer, utilizando métodos ajenos y manipulados por el hombre a través de técnicas de reproducción, es decir de modo distinto a lo designado por la naturaleza (coito).

Sobre el tema de la donación de óvulos es importante señalar lo siguiente:

"El Reino Unido va a regular el uso compartido de los óvulos femeninos aprovechados ahora en los tratamientos de fertilidad. La decisión atañe a los casos de mujeres sometidas a estos tratamientos y dispuestas a donar a otra estéril los óvulos que les sobran tras una estimulación ovárica. Esta última mujer intentaría tener así un hijo, también con ayuda médica.

"El Centro para la Fertilidad y Embriología Humana, órgano asesor del Gobierno, está preparando una normativa que estipulará las cantidades, moderadas, a pagar a las donantes por su gesto. Hasta que las cifras definitivas sean publicadas, se permitirá compensar con 15 libras (cerca de 4.000 pesetas) tanto la cesión de óvulos como la de semen.

"Estas donaciones deber ser voluntarias. Ayudar a crear una nueva vida tendría que ser un regalo hecho de forma libre y voluntaria, ha señalado su presidenta Ruth Deech. Para evitar el tráfico de óvulos o las estafas perpetradas a parejas incapacitadas para tener un hijo, se ha optado por no prohibir la práctica."²⁴

2.4. LA DETERMINACIÓN SOCIAL.

Por otra parte no se puede negar que la realidad y el movimiento social, así como las necesidades que se presentan en la sociedad ejercen una influencia que determina al Derecho.

Aún cuando esta característica de influencia en el Derecho se enmarca en la teoría sociológica, me parece importante mencionarlo, debido a que dará una mejor comprensión del problema y finalmente los problemas del Derecho, son siempre y en última instancia, sociales.

Me referiré entonces brevemente a las condiciones sociales de la reproducción humana en materia de maternidad y el derecho.

A nivel de su contenido material, la mayor parte del Derecho positivo se haya conectado con intereses económicos y sociales que resultan de la correlación de fuerzas sociales y de naturaleza de clases en lucha en una

²⁴ Información extraída del Internet en la dirección: <http://www.ice.d5.ub.es/argo/ovulos.htm>. del día 22 de julio de 2002.

determinada época y en una determinada formación social. El contenido de la ley viene dado por las relaciones socioeconómicas.

Así encontramos que la ley se define como discurso del poder, asume funciones de dominación y de dirección social, sus marcos institucionales se convierten en los aparatos del estado que tiene como responsabilidad entre otras, regular la reproducción, así como procurar el mejor entorno y protección para el desarrollo de los niños y la regulación de la salud debe ahora incluir la donación de óvulos ya que es un fenómeno social en necesidad de regularse.

Aún cuando el Derecho es un fenómeno específico y en sí mismo consiste, no es autógeno ni totalmente autónomo, ya que está subordinado al discurso del poder y al del capital, en este sentido se revela que las necesidades económicas de mujeres jóvenes, estudiantes, poco preparadas o sin empleo, hacen de la donación de óvulos una posibilidad atractiva de obtener ingresos económicos.

El Derecho es un fenómeno ideológico y como tal susceptible de un análisis específico bajo el ángulo de sus significados sociales.

La ideología se entiende como cualquier forma socialmente procesada y socialmente eficaz de representación o esquematización de la realidad que se presenta como dimensión posible de análisis, los hechos se transforman en ideas que al plantearse al legislador influirán directamente y deberá tipificarse en la ley.

La práctica jurídica que se da a partir y en función de la ley se refiere, de un modo general, a los procesos de producción y aplicación de la norma, este fenómeno debe dar lugar a regulación para protección de los infantes e información de las mujeres donantes.

La ideología jurídica puede materializarse institucionalmente y revestirse de eficacia y operar realmente en la sociedad. Estas ideologías pueden adquirir fuerza real y vivir en los sujetos de Derecho, cuando se adecua a la realidad que vive y apoya a los actos y sus consecuencias.

La dimensión ideológica no agota la realidad de la práctica jurídica, sólo constituye uno de sus niveles de análisis, ya que culmina en decisiones jurídicas concretas formuladas normativamente, la cual está conformada en una densidad material y su eficacia formativa que desemboca en un nivel puramente ideal. Las ideologías inherentes a las prácticas jurídicas son ideologías prácticas que revisten eficacia material.

La bioética es una forma de conciencia que incluye un conocimiento íntimo acerca del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar cuando la vida humana se encuentre en peligro de sufrir una acción que intente destruirla.

Para amparar y defender la vida y la salud del ser humano no han faltado, es cierto, legislaciones, pronunciamientos, opiniones acerca de la libertad de decidir en torno a la vida que pueda ser entendida como resultado de un espíritu

que ordena y anima a la materia, afirmación que en nada satisface los propósitos de la ciencia; lo cierto es, que además de la salud, la reproducción asistida en muchos países, ya es un problema social por falta de una regulación que se adecuó a las necesidades de cada país.

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO CIVIL

3.1. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA, LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE HIDALGO Y EN EL DISTRITO FEDERAL.

El fin esencial del hombre sobre la faz de la tierra es la reproducción de la especie, partiendo de esta base, puedo afirmar que el individuo aislado, adolece de una insuficiencia que se deduce del sexo y que lo imposibilita a la consecución de ese fin, pero el hombre normal desarrolla sus necesidades, instintos, sentimientos y determinación racional de complementarse, mediante la unión de otro ser de sexo diferente, dando con ello origen a la familia.

A esta finalidad esencial del hombre se le agregan con posterioridad, el cuidado de sus descendientes, en este caso, los hijos y el auxilio mutuo, formándose entonces una agrupación natural de individuos ligados por la sangre, en la que sus miembros proporcionan mutuamente lo necesario para vivir.

A medida que esos grupos espontáneos constituidos se desarrollan y extienden, se ven influenciados por diversos factores étnicos, económicos y sociales, es por eso que cada familia constituye una forma de ser distinta, con sus leyes interiores, costumbres propias, rasgos característicos y autoridad distinta, sin embargo, por encima de esa complejidad de formas, se dejan ver dos

características especiales: la agrupación de individuos ligados por la sangre y la prestación de servicios mutuos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º, párrafo tercero, establece el derecho que tiene “toda persona a decidir de manera libre, responsable e informado sobre el número y espaciamento de sus hijos.” En el sexto párrafo este mismo artículo establece que: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas.”²⁵

Así como, la hipótesis planteada por el legislador en el artículo anteriormente expuesto, garantiza la libertad para decidir el número y espaciamento de los hijos, también indica que esta toma de decisiones debe hacerse de manera responsable a fin de asegurar que los hijos al nacer cuenten con un futuro prometedor en el que gocen de estabilidad social desde el primer momento. Sin embargo, en la realidad gran cantidad de menores viven en situación de extrema pobreza en la calle, etc., y en ocasiones como miembros de familias que lejos de apoyar su desarrollo tanto físico como emocional le aportan frustraciones y traumas que podrían degenerar en un elemento no deseable para la sociedad.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edit. Porrúa. México. 2004. p. 10.

En este sentido el cuarto párrafo citado, a la luz de los adelantos científicos, abre la posibilidad para que algunos matrimonios que por causas de salud no pueden concebir hijos o llevar a término un embarazo, puede acercarse a los medios que hoy en día les otorga la ciencia médica que les permita cumplir con ese cometido.

Es preciso señalar que, actualmente algunas técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas en la Ley General de Salud, de forma amplia y en ocasiones vaga, situación que impide determinar el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de estas técnicas.

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

La adopción en el Código Civil del Estado de Hidalgo tiene una regulación especial desde el punto de vista de la función social que esta desempeña.

La adopción de un menor significa integrarlo al seno familiar en cuanto al parentesco, los alimentos y en general, la relación jurídica que engendra en esta figura.

En el aspecto sociológico la adopción de un menor tiene como objetivo fundamental dar a la pareja que no puede engendrar, la facultad de traer a esa familia un hijo que complete la célula social básica por excelencia. Así, se le equipara a la relación consanguínea entre padres e hijos, el menor adoptado es nieto de los progenitores de sus padres, es decir, pariente consanguíneo, al igual que un hijo biológico.

En el Código Civil anteriormente indicado la adopción es irrevocable, pues no es posible devolver a un hijo biológico y tampoco se puede terminar la situación de un hijo biológico argumentando la ingratitud.

Sobre los alimentos, esta legislación les otorga entre adoptante y adoptado, en los mismos términos que con un hijo biológico; así los padres tienen la obligación de alimentar al hijo adoptado y éste recíprocamente debe dar alimentos a sus padres, sino tienen medios para vivir.

La adopción sirve para ayudar a resolver los problemas sociales planteados por los niños expósitos, abandonados o huérfanos.

Hoy se integra al adoptado como hijo biológico del adoptante, estableciendo parentesco con toda la familia de éste. Se disuelven los vínculos consanguíneos entre padres e hijos, para el caso de la adopción.

En el Título Séptimo del Libro Primero denominado "De la Filiación", perteneciente al Código Civil para el Distrito Federal se plantean las normas bajo las cuales deberán regularse las relaciones familiares en cuanto a los lazos filiales que existan entre los miembros de la familia.

Es preciso señalar que la familia es la célula primaria de la sociedad, ya que es en el seno familiar donde el ser humano se desarrolla y aprende la forma en la que debe relacionarse con los demás integrantes del grupo social con el que tenga contacto. En consecuencia, el derecho debe atender que todas y cada uno de los hechos que se presenten en la vida de los miembros de una familia, puedan llevarse a cabo en un ambiente sano y que realmente aporte buenos elementos a la educación de los hijos.

En este sentido, el criterio que nuestra tradición jurídica ha seguido para establecer el mejor ambiente para el desarrollo del ser humano, ha sido la familia. El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal señala quiénes serán considerados hijos de los cónyuges, y son: los nacidos de matrimonio; los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, sea a consecuencia de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Asimismo, determina que este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho hayan quedado separados los cónyuges por orden judicial.

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

Sin embargo, este no es el único precepto legal en el que el vertiginoso avance de la ciencia ha provocado que las técnicas para resolver los asuntos de filiación evolucionen, esto de acuerdo a lo que establece el artículo 326, en relación con la impugnación de la paternidad, ya que el segundo párrafo dice: "...Tampoco podrá impugnarse la paternidad de los hijos que durante el matrimonio concibe su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubiera consentimiento expreso en tales métodos."²⁶

Es preciso, que al referirse a técnicas que impliquen la aplicación de medios que permitan la concepción distintos a los medios naturales, debemos estar en el entendido de que algunos conceptos relacionados con los vínculos entre padres e hijos comenzarán a resultar obsoletos, sin que esto implique la falta de una normatividad adecuada mediante la cual se establezcan los procedimientos y métodos que la moral y las buenas costumbres permitan. Asimismo, podrían variar los conceptos y las situaciones a las que se tildara de ilícitas, ya que las puertas

²⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 42.

que actualmente abren los adelantos de la ciencia permiten hacer muchas cosas, y si bien es cierto que no todo lo que se puede hacer debe ser permitido, aquellas cosas que no impliquen la pérdida de valores a *contrario sensu*, ayuden a la creación del ambiente propicio para el desarrollo físico y emocional de los hijos, el derecho como ciencia que busca el bien común está obligado a atenderlo.

Por su parte el artículo 338 de la legislación civil multicitada, señala que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando un núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre las partes, ni transacción, ni sujetarse a compromiso en árbitros.

En este punto es preciso señalar, que no debemos entender como transacción ni compromiso en árbitros, el hecho de que una pareja a través de diversas técnicas de reproducción asistida se encuentre en posibilidad de concebir un hijo, ya que los medios por los que se obtenga éste no están relacionados con el vínculo que la ley reconoce entre los padres y el hijo, situación que implica que sea reconsiderado el concepto con el que el derecho define a la filiación, ya que si bien el Código Civil no la define, la doctrina señala que el término filiación puede explicarse como el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden unas de otras y que conforman una sola familia.

Esta relación se establece creando derechos y obligaciones constantes entre el padre o la madre y el hijo, constituyéndose un vínculo jurídico que el

derecho reconoce por el hecho de la procreación o por alguna situación de derecho que permita a una pareja adquirir el estado de padres respecto de alguien, cómo sería el caso de la adopción, sin embargo, la realidad actual y los adelantos científicos no permiten que se continúe aplicando este criterio, ya que las formas en las que una pareja puede procrear un hijo ya no se limitan al hecho del nacimiento, es decir un vínculo que resulta en consecuencia entre madre e hijo, puesto que es claro que existe la posibilidad de que la mujer dé a luz un hijo, para la ley no sea a quien se le reconozca como su madre, lo que podría ser equiparable a una adopción, en donde la madre del menor es una mujer distinta a quien lo concibió.

Por lo expuesto, puedo concluir que el Derecho debe avanzar al ritmo que la sociedad le plantea, puesto que su deber es regular todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro potencial en el desarrollo de la humanidad.

En este sentido, el artículo 338 Bis del Código Civil del Distrito Federal señala: "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen"²⁷, es decir, ya sea por adopción, técnicas de reproducción asistida, e inclusive podríamos hablar de maternidad subrogada. Por otra parte, este ordenamiento legal establece los medios de prueba con los que la filiación puede ser probada, es decir:

²⁷ *Código Civil para el Distrito Federal*. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 43.

a) Con el acta de nacimiento; (artículo 340 del Código Civil del Distrito Federal).

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

Asimismo, en caso de que una persona haya estado en posesión de estado de hijo, reconocido por su madre, padre, familia, etc., esa posesión quedará probada, si además, concurrieran algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 343 de la legislación civil referida con antelación, y que enunció a continuación nuevamente:

- I. Utilizar durante toda su vida los apellidos de sus padres, con anuencia de éstos;
- II. Que sus padres siempre lo hayan tratado como hijo, proveyéndolo de alimentos, estudios, establecimiento; y
- III. El presunto padre o madre deberá tener la edad exigida por la ley para contraer matrimonio más la edad del hijo que pretende como

suyo, según lo establece el artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal.²⁸

Entre las reformas aplicadas a este ordenamiento legal encontramos el artículo 378 que a la letra señala: "La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y lo ha proveído de su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será de sesenta días, contados desde que se tuvo conocimiento de él."²⁹

De lo anteriormente transcrito, se desprende que poco a poco se van modificando los criterios a seguir para que los nuevos conceptos sobre diversas situaciones de derecho puedan ser contempladas de forma adecuada y acorde con la sociedad actual.

Por primera vez, se reconocen de manera precisa los derechos que adquieren por la convivencia que un menor, al grado tal, que el hecho de haberlo dado a luz no implica que la sociedad y del derecho deban reconocer como madre del hijo a quien no se ha preocupado por su desarrollo físico, emocional,

²⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 43.

²⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 46.

profesional, lo que implica abrir nuestra mente para captar las ideas que en determinado momento pudieran representar un beneficio para la sociedad.

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, realizadas en mayo del año 2000, representan un gran avance para el Derecho de Familia, ya que plantea una nueva perspectiva para analizar los eventos que se presenten en este rubro, ya que antes no se podían señalar algunas cosas de forma específica, puesto que estaban impregnadas de ideas moralistas que detuvieron el avance para regular aspectos como los que se tratan en este trabajo: el reconocimiento de la filiación de los hijos que nazcan mediante las técnicas de reproducción asistida, en particular maternidad subrogada.

Si bien es cierto, que el Derecho Mexicano, de tradición moralista, ha procurado que sus instituciones prevalezcan para asegurar que la sociedad no sea transgredida por los vicios que en otros grupos de población han afectado su cultura de manera importante, también lo es que no se puede cerrar las puertas para la aplicación de los avances de la ciencia, ya que la debida regulación de estos métodos puede asegurar que no se lleve a cabo la mala aplicación de ellas.

3.2. PROCESO DE FENCUNDACIÓN.

La fecundación es simplemente la unión de las células germinales (masculina y femenina) denominadas gametos, en la cual el espermatozoide y el

óvulo se fusionan, para formar una sola célula denominada cigoto, para dar vida a un nuevo ser.

“La fecundación en sí es un proceso citológico que se inicia con un quimiotactismo positivo del espermatozoide hacia una sustancia ovular (fertilicina) que lo conduce hasta el óvulo, para lograr una fijación enzimática a partir de sus propias enzimas (antifertilicina), formando primero un complejo fertilicina antifertilicina, para ser enseguida 'engullido' por el protoplasma ovular. Sigue la fusión de ambos pronúcleos y la constitución de una célula única o cigoto con dotación completa en cromosomas, la mitad de origen paterno, proporcionada por el espermatozoide, y la otra mitad de origen materno, aportada por el óvulo.”³⁰

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

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

³⁰ BARAJAS. Esperanza. “*Bios-Vida*”. Edit. Herrero. S.A. México. 1985. p. 157.

Existe un proceso anormal de fecundación que no se realiza a través de la copula, de un hombre con una mujer, y que culmina con la fecundación o unión del gameto femenino con el masculino para dar vida a un nuevo ser, lo anterior se lograría a través de la fecundación *in vitro*.

Es importante hablar de esterilidad, ya sea de la mujer o del hombre, ya que es una de las causas por las cuales se llevan a cabo las fecundaciones no naturales o artificiales. La esterilidad es la imposibilidad de que el espermatozoide pueda fecundar el óvulo. Lo cual puede presentarse, en el hombre o en la mujer, o por la simple razón de ser incompatibles para procrear, como lo demuestran los adelantos en los tratamientos de esterilidad tanto sexo masculino como del femenino.

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

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

algunas glándulas endocrinas, ya que en la mujer tienden a ser más variadas las causas de la esterilidad.

Como es sabido, tanto el hombre como la mujer pueden ser los causantes de la esterilidad, es decir, se ven involuntariamente incapacitados, para dar vida a un nuevo ser, esto generalmente se deduce después de haberlo intentado durante unos meses. La experiencia ha enseñado que como consecuencia de la infertilidad en la pareja, le acarrea diversos problemas como desequilibrios emocionales, psicológicos, jurídicos, y muchas veces tiene como fin la separación. A veces el deseo de tener un hijo no es otra cosa que la satisfacción de uno de los deseos del ser humano.

La infertilidad representa un problema de la salud, a nivel internacional, entre el 8% y el 15% de las parejas. De ahí que sea importante tomar medidas para su tratamiento. Además se debe aclarar, una vez tomados los tratamientos para que las parejas lleven a cabo una fecundación natural, y cuando estos tratamientos fracasan, es cuando se da la intervención a los tratamientos de inseminación artificial. Dentro de los cuales tenemos a la inseminación homóloga, la inseminación heteróloga, fecundación *in vitro*, y, en algunos casos, de llegar hasta la maternidad subrogada, que es el tema de la presente tesis profesional.

Para explicar la inseminación artificial, primeramente se señalará la definición que expone el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que textualmente dice que es el "...conjunto de procesos por los que el

semen llega al óvulo tras la cópula. Artificial la realizada fuera de toda relación sexual."³¹

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

Para ser más claros, cualquier método de fecundación de las células sexuales masculinas y femeninas, diferente al simple contacto sexual, constituye una inseminación artificial.

Se realiza, en lo relativo, a las alteraciones de carácter masculino, la inseminación artificial puede ser recomendada, cuando se enfrentan disfunciones sexuales, que impiden la eyaculación en el lugar adecuado, como la emisión del semen en la vejiga y malformaciones del pene e impotencia. También se realiza ante anomalías del plasma seminal, por su poco volumen eyaculado, por su exceso, que diluye los espermatozoides.

"En las mujeres, también las alteraciones, que hagan imposible la relación sexual. Los casos son los siguientes: malformaciones de la vagina casos de vaginismo y, por último, en casos de esterilidades cervicales deformaciones en el

³¹ *DICCIONARIO ILUSTRADO OCEANO*. Edit. Octano. S.A. Bogotá de Santa Fe. Colombia. 1998. s/n p.

cuello del útero, ausencia de secreción vaginal. Puede realizarse dicha inseminación directamente en la cavidad uterina.³²

La inseminación intracervical "...se realiza introduciendo la cánula en el cerviz, en la cual se deposita el esperma en pequeñas cantidades, para evitar producir calambres o inflamaciones en el endometrio, el esperma se pone en contacto con la secreción cervical; para ello se deposita en el interior del cuello del útero, después se coloca una especie de tapón cervical, que la propia mujer puede retirar posteriormente, esto para evitar que escurra el esperma".³³

En la inseminación intrauterina se coloca la cánula a media distancia de la cavidad uterina. La cantidad de semen que inyecta debe ser mínima, para evitar los calambres y dolores agudos. Se acude a ésta técnica cuando existen alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. Se depositan los espermatozoides en la cavidad uterina. Además se deben tener cuidados extremos, porque existe el riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical. Además, llegan grandes cantidades de espermias anormales, los cuales no llegarían de manera natural al útero.

En la inseminación homóloga es aquella que se lleva a cabo con semen del marido o varón de la pareja, y es la que plantea menos problemas, desde el punto

³² MANDELBAUM. Jacqueline. "*La generación probeta. Guía de la procreación médicamente asistida*". Barcelona. España. Edit. Urano. 1993. p. 175.

³³ MACKENNA. Antonio. "*Análisis crítico de la inseminación intrauterina*". Revista Latinoamericana de Esterilidad Femenina. Argentina. junio de 1994. p. 82.

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

La inseminación homóloga es la forma más aceptada por todos los aspectos, desde el médico, el legal y hasta el religioso. En el aspecto médico, puesto que se equipara a una fecundación natural, además los padres son genéticamente vinculados con el bebé.

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

La inseminación artificial heteróloga, denominada por algunos inseminación artificial por donante o exogámica, es aquella en la que se utiliza gameto masculino que proviene de un donante, tercera persona sin relación ni vínculo con la mujer receptora, ajeno al matrimonio o concubinato. Para ser honestos en este tipo de inseminación, puede incluso no existir la pareja, realizarlo con madres solteras o lesbianas, aunque para estas últimas es reprochable por la sociedad y muchas veces por las legislaciones, pero es un hecho que llega a existir.

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

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

En caso de que la maternidad subrogada se realice mediante donación de óvulo de la madre subrogada y este se insemine artificialmente y se implante en el útero de la madre subrogante, el hospital adquirirá la obligación de informar a la mujer que done el óvulo absolutamente todas las consecuencias que traerá a su vida el donar óvulos, como lo son los trastornos en su proceso hormonal, la posible infección en las paredes vaginales, la infertilidad y el riesgo de contraer cáncer.

En el contrato de maternidad sustituta deberá establecerse si la maternidad será heteróloga u homóloga, la fecha para la inseminación, el pago de gastos médicos y de hospital, el monto de la remuneración en su caso, los cuidados que la madre subrogada deberá observar durante el embarazo, plazo para la lactancia y fecha de entrega de la criatura a la pareja subrogante, así como una cláusula en la que se establezca una indemnización en caso de incumplimiento del contrato,

en beneficio de la madre subrogada, en caso de que la subrogante no quiera hacerse cargo del niño una vez nacido. La madre subrogada podrá exigir el cumplimiento forzoso del contrato, a tal efecto el juez deberá escuchar al Consejo de Tutelas.

Con independencia de lo anterior, se deberá considerar de orden público lo siguiente:

- El hijo deberá ser entregado en adopción irrevocable a la pareja subrogante;
- Se establecerá una maternidad solidaria para el caso de que la pareja subrogante no se considere apta o no esté en condiciones de ofrecer una vida adecuada para la criatura, en la cual la madre subrogada deberá actuar como madre y responder de alimentos en beneficio del hijo en términos del Código Civil (comida, vestido, habitación y educación).

“Los mayores problemas en esta materia se han presentado en la presente década, en países como los Estados Unidos, concretamente en la ciudad de Nueva York, donde se han celebrado contratos, por cantidades superiores a diez mil dólares más gastos médicos, a favor de una mujer.”³⁴

³⁴ GUITRÓN FUENTEVILLA. Julián. *“Qué es el Derecho de Familia”*, Edit. Promocionales Culturales. México. 1992. p. 188.

3.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA PAREJA SUBROGANTE Y DE LA MADRE SUBROGADA DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA DEL NIÑO.

Para establecer los derechos del niño y las obligaciones de los padres, considero necesario basarme en la Convención sobre los Derechos del Niño en el presente subcapítulo.

Por niño se entiende, todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.

Como base de todos los derechos se encuentra el derecho intrínseco a la vida.

El niño no será separado de sus padres contra su voluntad, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

De acuerdo con lo anterior se puede establecer que la madre gestante no podrá quedarse con el hijo a menos que presente un mejor entorno para el hijo y

que en caso de que desaparezcan los padres o se convierta en una mejor opción para el hijo por el detrimento moral de los adoptantes o si lo maltratan o descuidan.

Se respetará el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si esto es contrario al interés superior del niño.

Esto podrá establecerse en el sentido de que si la madre subrogada es una buena influencia para la criatura podrá intervenir en su educación y apoyo moral y económico, al momento en que la pareja subrogante carezca de tales aptitudes y características.

Se debe dar oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte o nombrársele un representante.

No podrá hacerse injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o su reputación.

Incumbirá a los padres adoptantes (pareja subrogante) y en segundo lugar a la madre subrogada la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

La adopción del niño será autorizada por autoridades competentes, que podrá ser el Consejo de Tutela, que determinará con acuerdo a las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de información pertinente y fidedigna que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con los padres, parientes y madre subrogada y que ha sido consentido previamente en un contrato de sustitución.

Las prestaciones a favor del niño se establecerán tomando en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha al niño o en su nombre.

El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Por lo que en caso de imposibilidad de los padres adoptantes (pareja subrogante) para brindarle todo esto en su totalidad la madre subrogada tendrá obligación solidaria de prestárselo en términos del artículo 1987 del Código Civil para el Distrito Federal: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar cada uno de por sí en su totalidad, la prestación debida."

Los padres adoptantes (pareja subrogante) en primer término y la madre subrogada en segundo tendrán la obligación de proporcionar, dentro de sus

posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

El niño debe ser entregado a la pareja subrogante después de un plazo mayor a tres meses.

La madre subrogada deberá guardar durante el embarazo una conducta que no ponga en peligro el producto ni ponga en riesgo su salud. Deberá cuidar de su alimentación, no ingerir drogas ni alcohol y realizar actividades físicas moderadas.

3.4. RELACIÓN FILIAL.

El término filiación puede explicarse como el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden unas de otras y que conforman una sola familia; desde este punto de vista nos referimos tanto a los padres, abuelos, bisabuelos, etc., como a los descendientes hijos, nietos, bisnietos, etc. Esta relación se establece creando derechos y obligaciones constantes entre el padre o la madre y el hijo, constituyéndose un vínculo jurídico que el derecho reconoce por el hecho de procreación o por alguna situación de derecho que permita a una pareja adquirir el estado de padres respecto de algún menor, cómo sería el caso de la adopción.

El jurista Marcel Planiol, sobre la definición vierte el siguiente concepto: "Es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea. En el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido más estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Se justifica porque esa relación se produce idéntica así misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera, por parte del padre o la madre."³⁵

Según el sistema jurídico tradicional que aún nos rige, la filiación se basa en un dato de hecho, como el vínculo biológico.

En la antigüedad, era un hecho indubitable que la filiación de la madre respecto del hijo se determinaba por el hecho del parto, mientras que la paternidad sólo radicaba en una presunción, basada en el débito conyugal dentro del matrimonio, y en caso de duda al respecto era necesario realizar la investigación de la paternidad con la autorización de un Juez.

Sin embargo, actualmente puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico filial; cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quien es el padre. Pero según nuestro

³⁵ PLANIOL. Marcel y RIPERT. Georges. "*Derecho Civil*". *Parte A*, Edit. Harla, México. 1998. p. 195.

derecho no es posible en sentido contrario, es decir siempre que exista un vínculo jurídico filial, existirá un vínculo biológico que lo sustenta.

Se puede agregar que los lazos que conforman la relación entre padres e hijos implica muchas cosas mas que la entrega de satisfactores a estos últimos, y es precisamente la protección y el promover a los hijos el deber sagrado de los padres, tal como lo señala el artículo 4° de nuestra Constitución en el que se previene que: "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental."³⁶

La filiación puede entenderse desde dos puntos de vista, uno amplio que se refiere a toda relación jurídica existente entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra, y en sentido estricto, que se refiere a la forma en la que puede variar esa relación jurídica en virtud de la situación en la que se encuentren los padres en el momento del nacimiento. En este sentido la doctrina clasifica a la filiación de la siguiente forma de acuerdo con la tratadista Sara Montero Duhalt:

"Filiación matrimonial, se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la Ley. La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo.

³⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 146ª ed. Edit. Porrúa. México. 2004. p. 10.

Filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas y cumpliendo los requisitos legales. Surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal.

Filiación civil o adoptiva, se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.³⁷

Por otra parte, existe otra corriente que consideran que el tipo de filiación se determina tomando en cuenta la situación de los padres al momento del nacimiento, es decir que no importa si al momento de la concepción ya existía matrimonio entre los padres sino únicamente si estaban casados al momento del nacimiento.

En nuestro Derecho era requisito indispensable que el hijo fuera concebido de matrimonio y no simplemente que naciera durante éste. Así el artículo 324 señalaba en su fracción primera: "Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio." Sin embargo, por reformas a esta fracción, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se cambió el criterio al disponer: "Son hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los nacidos dentro del matrimonio."

³⁷ MONTERO DUHALT, Sara. "*Derecho de Familia*". Edit. Porrúa. S.A. México. 1998. p. 267.

Asimismo, el hijo puede nacer cuando el matrimonio de los padres está ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad en el matrimonio, y en los tres casos su legitimidad será determinada por el momento de la concepción, no por el nacimiento ...".

Cabe señalar, que contra la presunción de ser padre antes, únicamente se admitía como prueba que se demostrara la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido a su nacimiento. Ahora se admiten todas aquellas pruebas que el avance de los conocimientos científicos puede ofrecer.

Ahora bien, por lo que se refiere a la filiación se establecerá entre la pareja subrogante y la criatura con plenos efectos civiles de acuerdo al artículo 214 del Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

En este punto una custodia solidaria, no conjunta, es decir, la madre subrogada tendrá obligaciones de alimentos a favor del hijo recién nacido sólo en el caso de que la pareja subrogante muera o por alguna causa no presente el entorno ideal en cuanto al desarrollo y educación de la criatura.

El contrato de maternidad sustituta deberá contener en principio que la pareja cumple con los requisitos que se señalan como necesarios para la adopción y bastará para que se perfeccione, el consentimiento de la madre subrogada.

En caso de que se establezcan controversias sobre la idoneidad de la pareja subrogante, será competente para resolver el juez de lo familiar, en concordia con el artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

No obstante, la imposición de esta obligación solidaria, la adopción surtirá efectos definitivos, es decir, una vez que la madre subrogada ha dado su consentimiento para la adopción, el hijo se integrará definitivamente a la familia de los adoptantes, sin posibilidad de que la madre subrogada puede reclamar derechos de filiación de ningún tipo sobre la criatura.

ACCIONES PARA DETERMINAR LA IDONEIDAD DE LA PAREJA Y LA FILIACIÓN.

El procedimiento para determinar si la pareja subrogante es incapaz de conservar al hijo o si la madre subrogada deberá cumplir obligaciones alimentarias o de otro tipo a favor de la criatura, estará a cargo del Consejo Local de Tutela y se seguirá conforme a los artículos 454 y 455 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 454. La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público, en los términos establecidos en este Código”.

"Artículo 455. Ningún Incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos."³⁸

1) Sustentar los derechos del menor para someter a consideración del juez si la madre subrogante debe desempeñar las obligaciones establecidas.

2). Fiscalizar, vigilar y cuidar la adecuada educación, desarrollo y crecimiento del menor a manos de los padres subrogantes.

El cargo de tutor para este caso será designado por el juez de lo familiar y no podrá ser desempeñado por personas que tengan parentesco en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto grado de la colateral con cualquiera de los padres involucrados.

Las acciones para reclamar la filiación deberán ser como sigue:

La filiación quedará determinada en el acuerdo subrogatorio y conforme se celebre la adopción, si la madre subrogada aportó el óvulo podrá reclamar la maternidad del hijo plenamente, si el hijo es producto de una donación de óvulo, la filiación quedará determinada por la adopción.

El padre podrá reclamar la filiación del hijo y la madre subrogante en caso de realizar el embarazo con óvulo de ésta, en caso de donación de óvulo sólo

³⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 54.

podrá reclamar el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada por el cual se le otorgó en adopción al hijo.

El hijo podrá reclamar su estado en cualquier tiempo.

Finalmente, se establecerá que la criatura tiene estado de hijo de matrimonio y sólo lo podrá perder por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes en los juicios de mayor interés, conforme lo establece el artículo 352 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.5. REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE HIJOS HABIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, establece que los vínculos entre adoptante y adoptado tienen un grado civil, ya que es un parentesco civil. El artículo 390 del citado ordenamiento señala:

“El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés de la misma, y
- III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar³⁹.

La adopción en nuestro derecho, es revocable y puede darse la revocación por voluntad de las partes, caso en que el adoptado debe ser mayor de edad, en caso contrario, debe dar su consentimiento el que ejercía la patria potestad antes de la adopción, el tutor o la persona que haya acogido durante seis meses al menor que se pretende adoptar; a falta de estas personas lo dará el Ministerio Público o el Consejo Local de Tutela; también puede revocarse por ingratitud del adoptado. Al darse la revocación y ser aprobada, las cosas vuelven al estado en que se encontraban hasta antes de celebrarse la adopción.

En nuestro Derecho Civil nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso de marido y mujer, que ambos estén de acuerdo en considerar al adoptado como hijo y llevará los apellidos de ambos.

El Código Familiar para el Estado de Hidalgo se estableció, gracias al catedrático Julián Guitrón Fuentevilla, la reglamentación como la hemos citado, integrando plenamente al menor a la familia adoptiva, como si fuera hijo biológico.

³⁹ *Código Civil para el Distrito Federal*. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 47.

Hemos visto que la adopción crea el vínculo jurídico de la filiación igual al de la filiación consanguínea. Lo cual da a entender que la adopción otorga al adoptado la calidad de parentesco consanguíneo.

Los efectos que crea la adopción son los siguientes: "Se crea una relación jurídico-familiar o relación de parentesco (artículo 395 del Código Civil), por lo que el adoptado tiene un derecho de alimentos (artículo 307) y en nuestro sistema, un hecho hereditario (artículo 1612)."⁴⁰ Es decir, en virtud de esta relación, el adoptante tiene respecto del adoptado y sus bienes los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a los hijos, pudiendo incluso, darle nombre y sus apellidos; y el adoptado, respecto del adoptante, tienen los mismos derechos y obligaciones que un hijo.

En cuanto a los requisitos para adoptar encontramos que éstos son los siguientes:

- 1.- Tener el adoptante veinte años más que el adoptado.
- 2.- Tener medios bastantes para proveer a la subsistencia del adoptado.
- 3.- Ser benéfica la adopción para el adoptado.
- 4.- Que el adoptante sea de buenas costumbres.

⁴⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I- A-CH*. Edit. Porrúa. S.A.-UNAM. México. 11ª ed. 1998. p. 113.

En caso de negativa por parte del tutor o el Consejo de Familia, deberán fundar y motivar dicha negativa. Y en este caso el juez de lo familiar la calificará y tomará en cuenta los intereses del adoptante y del adoptado. Una vez dictada la sentencia autorizando la adopción en un término de ocho días se presentará al Oficial del Registro del Estado Familiar una copia certificada de todo lo actuado y se levantará el acta correspondiente, que debe contener los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y los nuevos nombres y apellidos, los generales de las personas que presentaron su consentimiento para la adopción, generales de los testigos y la resolución judicial, ejecutoriada, autorizando la adopción. Esta surte sus efectos cuando la sentencia cause ejecutoria. En caso de no registrar la adopción aún así surtirá sus efectos.

La adopción tiene como finalidad llevar el vacío existente en una familia y hacer que un nuevo miembro ingrese a ella, ya que la naturaleza u otras circunstancias no lo hicieron y que este nuevo miembro sea un hijo para darles a los adoptantes la calidad de padres.

En este mismo sentido creo que puede justificarse plenamente el hecho de que se realice un contrato en el que, quien ejerce la patria potestad, otorgue su consentimiento para dar en adopción al hijo aún antes de que este nazca, por razones, entre las que se pueden encontrar varias que aunque son de carácter metajurídico como la caridad y el cariño que se puede sentir hacia una mujer imposibilitada para procrear, y las necesidades afectivas de una pareja que se ha unido para formar una familia, el cubrir una carencia que la naturaleza ha impuesto

a una pareja, tal vez también podría argumentarse la seguridad jurídica que debe crearse para estas prácticas en nuestra realidad social y sobre todo porque seguirán llegando al mundo niños que deben ser protegidos jurídicamente, independientemente de que el derecho lo reconozca o no y en mi opinión se debe dar la tutela del estado a todas aquellas criaturas que sin haber podido manifestar su consentimiento ya forman parte de esta sociedad, la cual debe emplear todas las herramientas necesarias para formar y cuidar de quienes serán y tendrán en sus manos a la sociedad misma.

3.6. CONSECUENCIAS POR LA MUERTE DE UNO DE LOS PADRES.

Para el caso de la muerte de uno de los padres se plantean las siguientes hipótesis:

Si mueren ambos padres adoptantes, el hijo heredará de acuerdo a su porción hereditaria correspondiente, y la madre subrogada responderá del cuidado y educación del niño, hará lo propio en caso de que necesite ayuda económica.

En caso de que sólo uno de los padres adoptantes fallezca, el sobreviviente continuará con el ejercicio de la patria potestad en todos sus efectos en relación con el hijo adoptado, y sólo en caso de que se presentará una imposibilidad de brindarle al niño lo necesario para su desarrollo emocional, y espiritual podrá acudir a la "maternidad solidaria".

Si llegara a darse el caso de que los padres adoptantes muriesen antes de que naciera el hijo, la madre sustituta (subrogada) deberá responder y quedar como madre de la criatura en todos sus efectos, como si no hubiera existido el contrato, sin embargo la criatura tendrá derecho a la herencia de los padres subrogantes en la proporción que le correspondiese.

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE LEGISLAR EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1. IMPORTANCIA DE ADICIONAR ARTÍCULOS RELATIVOS A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL.

El derecho de familia, como resultado de la aparición de las técnicas para la manipulación genética se ha visto en la necesidad de replantear algunos de los principios relacionados con la filiación, es decir, en la forma en que comprendemos la maternidad y la paternidad; ya que para nuestro sistema jurídico, el padre de un hijo es el esposo de la madre; asimismo, se ha establecido que al hijo únicamente se le puede imputar una madre y un padre. Sin embargo, las nuevas técnicas de reproducción asistida nos enfrentan situaciones que implican cuestionar desde sus cimientos estos principios, y aún más, la institución de la filiación, ya que ahora podemos encontrar que un hijo tenga una madre social, una biológica, una genética, y una madre jurídica, y de igual forma a su padre.

En particular, con relación a la maternidad subrogada, la profesora Alicia Elena Pérez Duarte, opina en su artículo "El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro", plantea que podemos hablar de tres tipos de figuras maternas: la social, que es aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre, sin embargo, en este sentido es posible señalar que no

siempre la madre que ella llama social es aquella a quien el derecho reconoce como tal y en este momento deberíamos de tomar en cuenta un tipo mas dentro de la clasificación, señalando que también puede existir una madre jurídica o reconocida por la ley, distinta a la social.

Por otra parte se refiere a la madre genética, correspondiente a la mujer que aporta los óvulos para la fecundación, y finalmente, establece la posibilidad de que una mujer lleva a término un embarazo sin haber aportado el óvulo para la fecundación, y sin embargo dar a luz, sin tener la intención de ser madre, para después entregar el hijo a otra mujer; en este caso literalmente la mujer sólo permite que se desarrolle en su útero un nuevo ser, por ello se le denomina madre biológica, y que de acuerdo a sus características se refiere a la maternidad sustituta o subrogada.⁴¹

Se puede hablar de que la maternidad biológica puede ser plena o no plena, es decir, cuando la mujer ha gestado a su hijo con su propio óvulo se está hablando de la maternidad biológico plena, sin embargo, cuando se trata de una mujer que sólo aporta la gestación (gestadora) o su óvulo (genética) se refiere a la maternidad no plena o parcial.

⁴¹ PÉREZ DUARTE. Alicia Elena. *"El impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: presente y Futuro"*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Infojus. [www.http://info.juridicas.unam.mx](http://info.juridicas.unam.mx).

Por otra parte se puede señalar, la paternidad siempre que se utilicen técnicas de reproducción asistida será genética o parcial, por razones obvias.

Amparados en el derecho que tienen los cónyuges para decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos, y de consumir una de las posibilidades del matrimonio que es la perpetuación de la especie, y toda vez que con frecuencia muchas parejas se encuentran imposibilitadas para procrear hijos por razones patológicas de uno o de ambos, es posible considerar como alternativa de solución, acudir a una tercera persona para que sin aportar su material genético, sirva de depositaria para desarrollar la gestación de nuevo ser.

Es preciso señalar, la maternidad subrogada no trata de utilizar a una persona para lograr la gestación de un producto, sino de colaborar para la realización de un bien común.

Así entonces, si se trata de implantar la utilización de la maternidad subrogada tomando la legislación civil actual que nos rige, estaremos hablando de actos ilícitos y carentes de obligatoriedad, ya que no tendrían fundamento legal y por lo tanto serían nulos, sin embargo, no podemos cerrar los ojos y dejar de tomar en cuenta la realidad social, ya que actualmente es un medio que cualquier persona puede utilizar para obtener sus fines y que en este entendido el derecho puede regular estableciendo alcances o limitaciones o puede mantenerse sin movimiento en consecuencia que cada quien se conduzca de acuerdo a sus

intereses, para que más tarde se llegue a regular porque se hubieran presentado situaciones de exceso.

Si estamos de acuerdo en que no todo lo que puede hacer debe realizarse ya que estaría en peligro la individualidad del ser humano (como es el caso de la clonación), ante esto, resulta necesario que nuestra legislación establezca las bases de su regulación, es por eso que debe ser importante reformar las hipótesis jurídicas que ya no sean viables de aplicación por el rápido desarrollo social y estar a la vanguardia, y que dichas normas estén apegadas a la realidad, orientando las líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al arbitrio de los jueces la valoración de problemas con criterios más sutiles y la evaluación de las demandas de uso por parte de la población, las situaciones que se vayan suscitando con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y de la misma sociedad abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

La maternidad en si misma implica más cosas y emociones que el hecho de ser participante en un parto, es decir, debe tratarse de un verdadero compromiso, de asumir la responsabilidad de atender desde antes de su nacimiento a un ser vivo que únicamente dependerá de su madre, y de su padre. Cabe señalar que la relación con la "madre" (es decir, la mujer que cuida, protege y apoya en todos los ámbitos del desarrollo a un hijo) es primordial, y en la gran mayoría de los casos mucho más importante que la que se establece entre el padre y el hijo.

Es un hecho palpable que existen mujeres que a pesar de haber participado en la concepción y nacimiento de su hijo no reflejan hacia él ningún sentimiento distinto al rechazo, y sin embargo, otras ven en la maternidad subrogada la posibilidad de tener un hijo que sería de ellas (es decir, se trata de su carga genética) simplemente que gestado en otro útero, todo esto a pesar de los problemas anatómicos o fisiológicos que padeciera.

Efectivamente, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Es cierto, que en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho del padre es el marido o concubino de la madre; que a cada hijo sólo puede atribuírsele un padre y una madre.

Sin embargo, la biotecnología, y en particular las técnicas de reproducción asistida, que ya forman parte de nuestra vida diaria, nos enfrentan a la realidad que cuestiona desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables como son filiación, maternidad, paternidad, patria potestad, custodia, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias y la posibilidad de contratar con una tercera persona para que sea el vínculo a través del cual se obtenga el hijo deseado. Estos avances en la ciencia nos llevan a reflexionar en particular sobre la filiación, institución que se ven en la necesidad de que, los encargados de vigilar la evolución del derecho, la modifiquen para que no se presente como un candado para cerrar las puertas a las nuevas posibilidades, toda vez que en la actualidad

estas técnicas complican la Investigación tanto de la maternidad y la paternidad respecto del hijo, e incluso desarticulan los mismos conceptos, ya que de la aplicación de estas técnicas y con base en el concepto de filiación tal y como lo conocemos en este momento, surgen por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre.

Por lo anteriormente expuesto, es preciso tomar en cuenta que a pesar de que pareciera que la maternidad subrogada representa un riesgo para nuestra sociedad, es cierto que ya es una realidad y que se practica en algunos centros de salud nacionales e internacionales.

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

Por otra parte, se puede apreciar que sobre la base del amor entre el marido y la mujer, la institución del matrimonio, afianza los proyectos de hacer vida en común, formar una familia y compartir los bienes económicos. Mediante el contrato de matrimonio se legitima ante la autoridad civil y, en su caso, religiosa la unión natural del hombre y la mujer.

El matrimonio es un fenómeno que siempre se haya vinculado a una cultura determinada, aunque a lo largo de la historia ha adoptado formas muy diversas, en las sociedades modernas predomina una determinada modalidad, caracterizada por la unión de la pareja, formada por libre elección, tendiente a ser estable, cerrada, reconocida y protegida legalmente. Su explicación concierne primordialmente a la antropología cultural, pues incluso en la época contemporánea sus modalidades, sus interpretaciones y su relevancia en el cuerpo social son múltiples.

El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal define el matrimonio de la siguiente manera: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".⁴²

En virtud del contrato de matrimonio, los cónyuges, se entregan mutuamente como marido y mujer, para cumplir los fines matrimoniales. En este sentido, para algunos autores, como el Catedrático Alberto Pacheco Escobedo, "el más importante de los fines del matrimonio es el de procrear y educar a los hijos."⁴³

⁴² *Código Civil para el Distrito Federal*. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 19.

⁴³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Edit. Panorama. México. 1998. p. 67.

Cuando un hombre y una mujer deciden contraer matrimonio, es claro que en su mayoría esperan que llegue el momento de tener hijos para ver realizada la idea de formar una familia, pero no siempre es posible que la esposa se embarace, y es por eso que apoyándose en los avances tecnológicos, la ciencia médica ha encontrado los métodos adecuados para que una pareja pueda formar una familia.

Sin embargo, esos avances científicos plantean nuevos problemas que ya se han mencionado como el hecho de que a un hijo solo se le puede atribuir una madre y un padre; pero el día de hoy cabe la posibilidad de que por lo menos tengamos que considerar la posibilidad de que existan dos padres y dos madres.

Una realidad es que actualmente existen niños que viven en la calle porque sus padres o no los desearon traer al mundo, o simplemente ya no están dispuestos a ser responsables de las necesidades de su hijo.

Cuando se propone que se legisle para que se apliquen las técnicas necesarias para que nazcan niños por maternidad subrogada, es en el entendido de que se trata de parejas que desean que se aplique, son parejas que no han podido conseguir un embarazo de forma normal y que conocen los compromisos que implican el tener un hijo.

Si bien para adoptar un hijo deben cumplirse diversos requisitos de la misma manera, se pueden plantear los requisitos que deberá cumplir la pareja que pretenda tener un hijo por maternidad subrogada.

La maternidad subrogada implica, entre otras cosas, que el hijo tendrá un gran parecido con la mujer y el hombre que jurídicamente, y en el grupo social en el que se desenvuelva, serán reconocidos como sus padres.

Dentro de este contexto es preciso hablar del proyecto "Genoma Humano" que se oriente a la identificación de la totalidad de los genes integrantes de las células de los seres humanos, el cual ha sido alabado por algunos científicos ya que se trata de lo que suministra las claves de lo que nos hace seres humanos, lo que determina nuestros alcances y límites como seres pensantes, y en otras ocasiones rechazado por aquellos en los que representa temor al poder que el ser humano tenderá sus manos al conocer la naturaleza y el principio de las cosas, que le permita manipular su origen.

Este proyecto, tuvo sus orígenes a finales de la década de los años ochenta a partir de la iniciativa del científico estadounidense Robert Sinsheimer, cuyos experimentos determinaban que: "La identificación del genoma humano se puede dividir en tres fases que difieren en los ordenes de magnitud de los genes necesarios. La primera fase concierne al propio ADN y a su rotura en fragmentos pequeños, un proceso definido como mapa físico. La segunda fase se orienta a la determinación de la secuencia de todos los pares, y la tercera fase encaminada a

la comprensión de todos los genes, lo que se calcula durará unos cientos de años de investigación.”⁴⁴

Las instrucciones que especifican el funcionamiento de cada célula se encuentran en este programa genético, que está contenido en cada una de ellas. Todas las células tienen el mismo manual, pero diferentes tipos celulares. Esto es suficiente para que de una célula se desarrolle un ser humano completo. Cuando una célula se desarrolla un ser humano completo. Cuando una célula se va a dividir en dos o más, el programa se copia y cada célula hija recibe un programa idéntico completo.

Cada uno de nosotros es único, aunque las instrucciones básicas del programa son similares en todos. Esto se debe a que el programa puede tener infinidad de variaciones de detalles (color de ojos, cabello, timbre de voz, color de piel, etc.), sin que llegue a modificarse en esencia (es decir las instrucciones básicas que constituyen el metabolismo). Al programa completo de cada persona se le llama: genoma humano.

La información genética está contenida en la estructura molecular del ácido desoxirribonucleico (DNA). Una molécula de DNA está formada por dos de estas cadenas, entrelazadas en forma de doble hélice, cada una idéntica a la otra. Los

⁴⁴ BORILLO, Daniel. *“Genes en el Estado. Límites e implicaciones Sociales del Desarrollo de la Genética Humana”*. Edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Superiores Avanzados. Madrid. 1996. p. 55.

componentes de estas cadenas son bases nitrogenadas (o bases): A, C, T y G, con las que se escribe lo que será un ser humano.

Para la combinación de estas letras o bases existen reglas, es decir una A sólo se puede unir a la T de la otra y, de igual manera, la C puede unirse con la G, es por eso que si se conoce la secuencia de letras de una de las cadenas se conoce automáticamente la complementaria.

En un programa genético, la secuencia de las bases está organizada en segmentos, que tiene significado biológico, a los que se les llama genes. Este programa está formado aproximadamente de 1'000,000.00 de genes, los cuales se pretende descifrar en el Proyecto del Genoma Humano para poder identificar específicamente en este enorme texto, el lugar preciso en el que se encuentra cada gen y si su función es la correcta.

En 23 moléculas de DNA están contenidas 3,000 millones de cromosomas. Uno de los componentes de cada par de los 23 cromosomas proviene del padre y el otro de la madre.

El inicio de cada individuo está en la formación de los gametos, el óvulo y el espermatozoide se unen y dan lugar a la primera célula embrionaria que a su vez se seguirá dividiendo y subdividiendo, dando lugar a la recombinación genética. Cada gameto lleva solamente un miembro de cada uno de los 23 cromosomas, proceso que llamamos: entrecruzamiento de los cromosomas. Se lleva a cabo

durante la formación de los gametos, al aparearse cada cromosoma materno con su correspondiente paterno e intercambiar fragmentos entre sí.⁴⁵

Todos estos elementos nos ayudan a comprender la razón por la que sería tan importante permitir la maternidad subrogada, es decir para el hijo es de trascendente importancia que exista parecido físico y de conducta con sus padres.

Es preciso señalar que además del parecido que pueda haber entre los padres y el hijo es muy importante la convivencia que exista entre ellos puesto que en ocasiones las parejas que tienen hijos los maltratan y no les muestran cariño que un niño necesita para desarrollarse y mostrar seguridad ante los demás, tal vez porque no es su deseo tener hijos y hacerse responsables de lo que los menores requieren.

El Derecho es quien debe ocuparse de establecer las normas necesarias para que se protejan los intereses de los menores y prever las situaciones que impliquen conflictos emocionales para ellos, razón por la cual si se legisla de forma adecuada el uso de la maternidad subrogada, se puede garantizar que las parejas que se sometan a esta práctica, cumplirán con sus obligaciones, además de que proveerán amor al que será su hijo.

⁴⁵ VELÁZQUEZ, Antonio y et. al. *"Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Genética Humana y derecho a la Intimidad"*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas del UNAM. México. 1996. p. 18

El hecho de que las parejas que quieran someterse a la maternidad subrogada estén unidas por el vínculo del matrimonio es importante, ya que el menor podrá desarrollarse dentro de una familia, situación que es determinante para su crecimiento. El conflicto entre las personas por la correcta determinación de la paternidad y de la maternidad no es bizantina puesto que tribunales de otros países ya se encuentran discerniendo sobre quien es la madre y el padre de una persona, mediante procesos jurídicos muy largo y complicados, ya que de la resolución que se emita dependerá a quien será atribuibles las responsabilidades que implica esta relación y también quien quedará liberado de ellas las consecuencias de los ámbitos de ejercicio de la patria potestad, la custodia y la obligación alimentaria, de los derechos sucesores, de los impedimentos para contraer matrimonio, y son otros aspectos a determinar.

4.2. PROPUESTA DE LAS ADICIONES NECESARIAS.

Es necesario reconocer que la maternidad sustituta no es la forma idónea de lograr la maternidad/paternidad pero también que es una realidad que exige la intervención del jurista y del legislador para que se cumpla así la función del derecho ya que el deseo de las parejas a lograrla provoca que empleen los medios que actualmente la ciencia ofrece, por lo que lo ideal es que el sistema de derecho positivo mexicano se actualice reconociendo y regulando las prácticas de reproducción, para proporcionar la protección y seguridad necesaria y para que se cumpla con la garantía constitucional de cuidar que las personas tengan la familia

que deseen, sin que se aleje de la realidad que la sociedad vive actualmente, sino por el contrario, proporcione la protección necesaria para que la ciudadanía pueda lograr obtener servicios de salud óptimos y niños que tengan la protección y respaldo necesarios para un eficaz y desenvolvimiento social.

El texto actual del Código Civil para el Distrito Federal señala:

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

- I. Los hijos nacidos del matrimonio; y

- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."⁴⁶

Ahora bien, si he señalado en reiteradas ocasiones que un hijo nacido mediante maternidad subrogada está formado por los genes del matrimonio que los aportó con la intención de formar una familia, porque no considerar la

⁴⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*. Edit. Sista. S.A. México. 2004. p. 41.

posibilidad de que los hijos nacidos mediante estas técnicas se tomen como hijos de matrimonio.

En este caso se estaría permitiendo que se formara una familia en donde lo único que variaría sería el vehículo a través del cual se nace, en el entendido de que el parecido del menor con sus padres sería lógico.

El texto del artículo señalado en párrafos anteriores plantea dos hipótesis que deberán cumplirse, una u otra, para que el hijo se considere de matrimonio. En primer lugar señala que así será considerado los nacidos dentro del matrimonio, intentando con esto asegurar que el menor goce de un ambiente apropiado para desarrollarse; y por otra parte prevé que cuando una pareja se separe o cuando el cónyuge muera, serán considerados hijos de matrimonio los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, buscando proteger a los menores de las acciones de los adultos que pudieran afectar su medio.

Todavía, en nuestros tiempos y con las posibilidades que plantean los avances científicos es obvio que estos preceptos legales en poco tiempo resultarán obsoletos y para el concepto de filiación será difícil mantenerse como hasta la fecha, ya que debemos considerar las aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida y en particular la posibilidad de aplicar la maternidad subrogada.

Xavier Hurtado Oliver, señala que en estos tiempos es necesario establecer normas que, apegadas a la realidad social que aplicando, las técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), determinen la filiación de los hijos, quienes son los padres del embrión congelado o depositado en el útero de una tercera persona; si la paternidad coincide o no con la progenitora, y se pregunta ¿son los padres (padre y madre) quienes aportaron las células germinales para su procreación?, ¿O lo son los donatarios de las células germinales que lo crearon con el fin de ser implantados en el útero de una mujer distinta de la donante, con la intención de que la primera sea la madre legal del menor?. A su juicio, y al mío los padres deben ser estos últimos.⁴⁷

Adición de la fracción III del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

- 1.- Los hijos nacidos dentro del matrimonio; y
- 2.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo

⁴⁷ HURTADO OLIVER. Xavier. *"El Derecho a la Vida y a la muerte?"*. Edit. Porrúa. S.A. México. 1999. pp. 187-188.

matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden Judicial; y

3.- Los hijos nacidos por maternidad subrogada, siempre que se cumpla con los requisitos que la ley señale.”

Es preciso señalar que el hecho de realizar esta adición, implica la modificación a otros artículos, como los que hemos señalado, y en primer lugar la filiación, maternidad y paternidad, los relacionados de la Ley General de Salud.

Además de los anteriores sería necesario modificar el artículo 338 del Código Civil puesto que en virtud de este precepto “La filiación es la relación que existe entre el padre y la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre las partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.” Este artículo si duda limita la evolución del derecho en materia de reproducción, ya que cierra las puertas a cualquier posibilidad y en muchas ocasiones resulta anacrónico puesto que en la actualidad ya se realizan convenios para donar células germinales, y en su momento para que una mujer geste en el lugar de otra a hijo de la primera (aún cuando no por escrito, es tácito que existe convenio entre las mujeres y el consentimiento con pleno conocimiento de causa y efecto).

Es posible que se adicione el artículo 291 TER, puesto que al plantear que todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia regirán al concubinato, en

lo que fueren aplicables, la maternidad subrogada podría aplicarse, pero exigiendo que en este caso si fuera necesario que los concubinos hayan permanecido por lo menos dos años juntos.

Adición del artículo 324 bis del Código Civil para el Distrito Federal.

En este artículo que se adiciona se pretende definir "maternidad subrogada" y establecer las condiciones que deberán cumplirse para que se permita la aplicación de esta técnica:

"Se considera maternidad subrogada cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer para llevar a término la gestión del preembrión que se deposite en ella mediante la transferencia de pre-embrión, siempre y cuando exista manifestación de que este tratamiento se realiza por propia voluntad y a título gratuito, consiente de las consecuencias y de que al término del embarazo la madre del hijo será la mujer que aportó el material genético."

La maternidad subrogada únicamente podrá ser aplicada bajo las siguientes circunstancias:

Deberá aportar el material genético la pareja unida en matrimonio o concubinato, constituido de acuerdo a las normas que señala el Código Civil para el Distrito Federal.

La mujer que permite el depósito del pre-embrión en su organismo, deberá demostrar que existe algún vínculo de parentesco con la madre biológica por la vía materna (acta de nacimiento).

La mujer que aporta el material genético deberá demostrar que por ningún otro medio se ha logrado llevar a término un producto (certificado médico emitido por la institución de salud que señale la misma Ley General de Salud).

Es importante señalar, que como se mencionó anteriormente, nuestra legislación civil requiere de cambios constantes, debido a los avances científicos y tecnológicos, la misma moral de la sociedad va cambiando y para ello se requiere que la legislación se encuentre adecuada a la realidad social.

Las buenas costumbres son cambiantes de época a época y de un grupo social a otro, razón por la cual el derecho está imposibilitado de crear un catálogo de conductas determinadas de acuerdo a un lugar y tiempo. Por lo tanto, señalar que un hecho o abstención va en contra de las buenas costumbres en determinado momento, puede resultar complicado ya que estará sujeto a los juicios de los integrantes del grupo social y por lo tanto a unos les podrá parecer ilícito y a otros no.

Ahora si analizamos que las leyes y reglamentos están formados por hipótesis que integran una norma jurídica obligatoria para los miembros de una comunidad, que se obtuvieron como resultado de la evolución de la sociedad a la

que pertenece, podemos señalar que es necesario el desarrollo de las normas al ritmo y bajo las condiciones que la misma sociedad plantea.

Lo anterior permite manifestar que las normas jurídicas evidentemente están inyectadas de moral, o dicho de otra manera de buenas costumbres, lo que en muchas ocasiones ha impedido que se desarrolle el derecho, representando paradigmas que impiden ver la realidad social y las posibilidades que los seres humanos podemos utilizar para alcanzar el bien común y un mejor nivel de vida.

Para analizar la posibilidad de crear un convenio en el que se manifieste la voluntad de dos mujeres para que una sea el vehículo a través del cual la otra pueda gozar de ser madre y a su vez se le brinde a un hijo la seguridad que debe envolver esta situación, es necesario en primer lugar tener la idea de romper con los paradigmas que nos impiden ser asertivo en nuestros pensamientos y en la forma como apreciamos la realidad, y en segundo lugar debemos tener en mente que el derecho debe evolucionar al ritmo que señale el medio y cuando una situación ya se presenta y no tiene remedio pero puede proporcionar algún bien para los integrantes del grupo que vigila es su deber establecer las condiciones y límites necesarios, sin caer en la necedad de impedirlo sin más.

Por último, cabe señalar que en un convenio de esta naturaleza, entre la mujer gestadora y la pareja que aporte el material genético, para la práctica de la maternidad subrogada, deberá, entonces, contener los siguientes requisitos:

- 1.- Nombre completo de la mujer gestadora.
- 2.- Domicilio.
- 3.- Edad.
- 4.- Tipo sanguíneo.
- 5.- Resultado de los análisis de compatibilidad entre la mujer gestadora y la pareja que aporta el pre-embrión.
- 6.- Estado civil.
- 7.- Grado de parentesco con la mujer que aporta el material genético.
- 8.- Ocupación.
- 9.- Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere.
- 10.- Si fuese soltera, nombre y domicilio de sus padres y a falta de estos, de alguno de sus familiares más cercanos.

Es primordial señalar que la práctica de la maternidad subrogada no podrá ser permitida a mujeres y hombres solteros, parejas de homosexuales, ni transexuales, en virtud de que está proponiendo un método que permita a los matrimonios, legalmente constituidos por hombre y mujer o concubinatos, para beneficio de ellos sobre todo para que proporcionen un ambiente adecuado para el desarrollo del que será su hijo, como respuesta a una necesidad extrema, no a ocurrencia de alguien; es decir no sería lógico permitir el manejo de la maternidad subrogada en una mujer que ya no puede tener hijos por que así lo haya decidido antes y por lo tanto se someta a una salpingocalcia, o aquella que para evitar las molestias del embarazo considera conveniente que otra mujer se embarace por ella.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe establecerse una obligación para las clínicas en donde se practica la donación de óvulos, de informar a las mujeres donantes de todos y cada uno de los riesgos que corre en el tratamiento y procedimiento de la donación.

SEGUNDA.- La reproducción humana, como un factor para la perpetuación de la especie, ha sufrido cambios en los métodos aplicables a personas que por los medios naturales no pueden procrear, es por eso que el derecho debe evolucionar adecuando la legislación necesaria para una correcta regulación en esta materia.

TERCERA.- La maternidad subrogada es un contrato innominado, en el que se establecen obligaciones de hacer, de no hacer y de dar el hijo a la pareja subrogante. Se regirán por las reglas generales de los contratos y por las disposiciones de las partes, una vez que estas hayan cumplido los requisitos de validez y existencia del convenio.

CUARTA.- Es importante determinar que aún cuando en la actualidad los avances científicos permiten llevar a cabo diversos procedimientos para manejar la herencia genética y la concepción, deben de existir lineamientos que impidan el abuso en la utilización de estos métodos, ya que para la humanidad aún cuando se puedan hacer muchas cosas, no todas deben ser permitidas, entre ellas la

clonación de seres humanos, el determinar el sexo de las personas, (el intercambiar la información genética de seres humanos con los animales), porque con ello se estaría alterando la naturaleza humana, porque se puede caer en el extremo de fabricar niños con ciertas cualidades.

QUINTA.- Es necesario actualizar las normas mexicanas, amparadas en la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la libertad de la que gozan las parejas para que, de manera responsable e informada, decidan sobre el número y espaciamiento de los hijos, de tal forma que coadyuvando con los servicios médicos no exista riesgo en aplicar nuevas técnicas de reproducción asistida como es el caso de la maternidad subrogada. En este sentido cabe adicionarse al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, una fracción en la que se indique que serán considerados hijos de matrimonio los nacidos por maternidad subrogada.

SEXTA.- La maternidad subrogada se define como el proceso reproductivo en el que participe una segunda mujer para llevar a término la gestación del pre-embrión que se deposite en ella mediante la transferencia de pre-embrión, siempre y cuando exista la manifestación de que este tratamiento se realiza por voluntad propia y a título gratuito, consciente de las consecuencias así como de que al término del embarazo la madre será quien aportó el material genético.

SÉPTIMA.- La madre sustituta otorgará en adopción al bebé producto de la subrogación como quedó establecido en el contrato.

OCTAVA.- Los efectos de esta adopción serán que el niño sea tratado legalmente como hijo de familia desde su nacimiento, por lo que tendrá los mismos derechos y obligaciones con respecto a toda la familia.

NOVENA.- Se deberá pagar una indemnización a la madre subrogada en el caso de que la madre subrogante se niegue a cumplir el contrato celebrado por las partes, es decir, a recibir al niño, sin perjuicio de que cumpla las obligaciones de alimentos en beneficio del niño.

DÉCIMA.- Está maternidad subrogada que representa una de las mejores posibilidades para las mujeres que padecen alguna deficiencia fisiológica o anatómica y no pueden llevar a término un embarazo, lo pueden hacer a través de la reproducción asistida o concepción *In-vitro* y depositados en el útero de otra mujer que con el afán de solidaridad permita llevar a término la gestación de un niño, que definitivamente sería su hijo. La maternidad subrogada no trata de utilizar a una persona para lograr la gestación de un producto, sino de colaborar para la realización de un bien común.

DÉCIMA PRIMERA.- Es importante señalar que debido a los avances tecnológicos que existen en la medicina, la maternidad subrogada sea un fenómeno que se va incrementando, debido a diversas circunstancias tales como: por que la mujer por razones de salud no pueda tener hijos, porque no quiera embarazarse ella por sus múltiples ocupaciones laborales, en el caso de las mujeres que son modelos, que ocupan altos cargos administrativos dentro de la

iniciativa privada o el sector público, y les resulte hasta cierto punto estorboso el embarazarse y tener un hijo.

Por ello, es que considero que debe existir una reglamentación en materia civil para que este fenómeno que tiende a crecer en las sociedades modernas no crezca de una manera desregulada y existan problemas sobre la maternidad de un menor, que este caso es el que resultaría más afectado, es decir, el Estado tiene que velar sobre sus derechos de los niños que nazcan por este medio de reproducción humana.

FUENTES DE CONSULTA

A) BIBLIOGRAFÍA

BARAJAS, Esperanza. "Bios-Vida", Edit. Herrero, S.A. México, 1985.

BORILLO, Daniel. "Genes en el Estado, Límites e Implicaciones Sociales del Desarrollo de la Genética Humana", Edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Superiores Avanzados, Madrid, 1996.

BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", Edit. Porrúa, México, 1994.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Qué es el Derecho de Familia", Edit. Promocionales Culturales, México, 1992.

HURTADO OLIVER, Xavier. "El Derecho a la Vida y a la muerte?", Edit. Porrúa, S.A., México, 1999.

LOZANO NORIEGA, Francisco. "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos", Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 5ª ed. México, 1990.

MANDELBAUM, Jacqueline. "La generación probeta. Guía de la procreación médicamente asistida", Barcelona, España, Edit, Urano, 1993.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones", Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.

MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia", Edit. Porrúa, S.A., México, 1998.

PACHECO, E. Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", Edit. Panorama, México, 1998.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Derecho Civil", Parte A, Edit. Harla, México, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo VI, Contratos Volumen I, Edit. Porrúa, México, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil, Introducción, Persona y Familia", Edit. Porrúa, S.A. México, 2001.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles", Edit. Porrúa, S.A., México, 17ª ed., 1999.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. "Biogenética, filiación y delito. la fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho". Astrea, Buenos Aires, 1990

VARGAS ALVARADO, Eduardo. "Medicina Forense y Deontología Médica", Edit. Trillas, México, 1991.

VEGA GUTIÉRREZ, Ana María. "Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida", Edit. Comares, Madrid, España, 2001.

VELÁZQUEZ, Antonio y et. al. "Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Genética Humana y derecho a la Intimidad", Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas del UNAM, México, 1996.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "Contratos Civiles", Edit. Porrúa, S.A., México, 1998.

B) LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 146ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Edit. Porrúa, S.A., México, 2004.

Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista, S.A., México, 2004.

Reglamento de la Ley General de Salud, Edit. Porrúa, S.A., México, 2004.

C) HEMEROGRAFÍA

MACKENNA, Antonio. "Análisis crítico de la Inseminación Intrauterina". Revista Latinoamericana de Esterilidad Femenina, Argentina, junio de 1994.

D) INTERNET.

Información extraída en el Internet dirección <http://www.tnerelaciones.com/anexo/ginecologia/donacion.htm>, del día 19 de julio, 2002.

Información extraída del Internet en la dirección:
<http://ce.d5.ub.es/argo/ovulos.htm>, del día 22 de julio de 2002.

PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. "*El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro*", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Infojus. [www.http://info.juridicas.unam.mx](http://info.juridicas.unam.mx).

E) OTRAS FUENTES.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Edit. Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 11ª ed., 1993

DICCIONARIO ILUSTRADO OCÉANO, Edit. Océano, S.A., Bogotá de Santa Fe, Colombia, 1998, s/n p.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A.-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

SILVA RUIZ, Pedro F. *Panorámica general de la fecundación humana asistida (Inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada en los Estados Unidos)*. En II Congreso Mundial Vasco, "La Filiación a finales del siglo XX", Madrid, Trivium, 1988.