



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

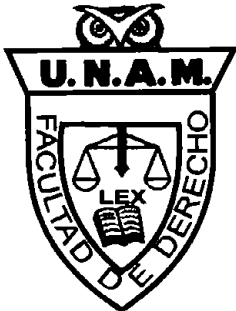
PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL.

## TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ELENA IRLANDA SÁNCHEZ MARTÍNEZ



LIC. MA. ANTONIETA MAGALLÓN GÓMEZ

MÉXICO, D. F.

2005

m341548



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

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

NOMBRE: Elena Irlanda Sánchez  
Maizneiz

FECHA: 2 de marzo de 2005

*Elena B*



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV/27/01/05/03**

**ASUNTO:** Aprobación de Tesis

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

La alumna **ELENA IRLANDA SÁNCHEZ MARTÍNEZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la Lic. María Antonieta Magallón Gómez, la tesis denominada **"PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"** y que consta de 100 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.

La interesada 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 HABLARA EL ESPIRITU"**  
Cd. Universitaria, D.F. 27 de Enero de 2005

**LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS**  
Director del Seminario

LGAS'egr.

05 de octubre de 2004

Lic. Luis Gustavo Arratibel Salas.  
Director del Seminario de Derecho Civil,  
De la Facultad de Derecho.  
Universidad Nacional Autónoma de México.

**Presente.**

Por medio de la presente, me permito dirigir a su fina atención, la labor recepcional de la alumna ELENA IRLANDA SANCHEZ MARTINEZ con la cual aspira obtener el título de Licenciada en Derecho; presentándola con la denominación "PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL."

En razón de que he examinado y aprobado el trabajo referido, y el cual se adjunta a la presente; lo someto a su consideración, a fin de que de estimarlo procedente, tenga a bien aprobarlo.

Me es grato reiterarle las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.



Licenciada María Antonieta Magallón Gómez.

**A Dios, por haberme permitido alcanzar esta meta.**

**A mis padres, Ma. Elena y Alejandro, quienes han llenado mi vida de  
cariño, apoyo y comprensión.**

**A mis hermanos, Sinuhé, Orlando y Rodrigo, por creer siempre en mí.**

**A Oscar, por iluminar mi vida.**

**A la Universidad Autónoma de México, por ser mi casa.**

**A mis profesores, por sus consejos y enseñanzas.**

**Gracias.**

**“PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL  
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.**

**INDICE**

**INTRODUCCIÓN**

	PÁG.
<b>1. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.</b>	
1.1 Fragmentación de la maternidad	1
1.1.1 Maternidad Subrogada	3
1.2 Concepto de filiación	8
1.3 Supuestos de filiación de acuerdo al Código Civil para el D. F	9
1.3.1 A partir de un hecho natural	10
1.3.1.1 Dentro del matrimonio	11
1.3.1.2 Fuera del matrimonio	12
1.3.2 A partir de la Reproducción Asistida	15
1.3.2.1 Dentro del matrimonio	15
1.3.2.2 Fuera del matrimonio	17
1.4 Pruebas para determinar la filiación de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal	18
1.4.1 Pruebas respecto al padre	19
1.4.2 Pruebas respecto a la madre	21

## **2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

2.1 Inseminación Artificial	33
2.1.1 Clasificación	38
2.1.1.1 Intracervical	39
2.1.1.2 Intrauterina	39
2.2 Fecundación In Vitro	41
2.2.1 Clasificación	43
2.2.1.1 Homóloga	44
2.2.1.2 Heteróloga	46

## **3. PROBLEMÁTICA PLANTEADA SOBRE LA OMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA DENTRO DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE.**

3.1 Artículo 4º Constitucional	51
3.2 Ley General de Salud	55
3.2.1 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud.	56
3.3 Código Civil para el Estado de Tabasco	61
3.4 Código Civil para el Distrito Federal	64
3.4.1 Contrato de Maternidad Subrogada	65
3.4.1.1 Existencia efectiva	69
3.4.1.2 Licitud del mismo	72



#### **4. PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

4.1 Consideraciones para legislar sobre la maternidad subrogada	78
4.2 Texto de las disposiciones pertinentes	90
4.3 Justificación	93
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>95</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>97</b>

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis jurídico de uno de los temas de procreación asistida que, debido a la disociación materna que implica, resulta de suma importancia para la sociedad y para el Derecho Familiar: la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada, como explicaremos a lo largo de este trabajo, nace como una posibilidad de maternidad para aquellas mujeres que debido a una incapacidad física para realizar un embarazo, optan por encomendar esta tarea a otra mujer que se encuentre dispuesta a ello.

La relevancia de abordar el análisis legal de la maternidad subrogada, radica en determinar a quién corresponde la filiación del hijo nacido por esta práctica, ya que dicha situación no se contempla actualmente en el Código Civil para el Distrito Federal, y como veremos en los cuatro capítulos que componen este trabajo, pueden suscitarse serios problemas, en virtud del vacío legal existente.

Por lo anterior, nos hemos dado a la tarea de realizar el presente estudio, titulado: **“PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**.

El capítulo primero, se denomina: “Aspectos Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, el cual aborda conceptos fundamentales para el desarrollo del trabajo, como son: la filiación y la maternidad subrogada, así como las distintas formas de probar la relación filial.

El capítulo segundo se titula: "Técnicas de Reproducción Asistida en la Maternidad Subrogada" cuyo objetivo es, mostrar la aplicación de la inseminación artificial y la fecundación in vitro para el caso de maternidad subrogada, así como los efectos que ésta produce sobre la filiación.

El capítulo tercero, denominado: "Problemática Planteada sobre la Omisión de la Maternidad Subrogada en el Derecho Positivo Vigente", contiene el análisis legal de la maternidad subrogada en diversos ordenamientos de nuestro país, tales como: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Estado de Tabasco, la Ley General de Salud, el Reglamento en materia de Investigación para la Salud y el Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente, el capítulo cuarto titulado: "Propuesta para regular la Maternidad Subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal", contiene nuestra propuesta de solución, al conflicto de filiación que puede suscitarse con motivo de la subrogación materna.

Esperamos que el presente trabajo sirva de reflexión sobre la disociación materna y de los efectos que ésta tiene dentro del ámbito familiar, a fin de que en el futuro se legisle sobre la sustitución en la gestación en el Código Civil para el Distrito Federal, considerando primordialmente, la protección jurídica del menor nacido como consecuencia de esta práctica de reproducción asistida.

# **TEMA: PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **1. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

El presente capítulo tiene como finalidad establecer los diversos problemas que la maternidad subrogada implica en el Derecho de Familia, especialmente, por la nueva relación materno-filial que se da a partir de la subrogación materna, pues uno de los aspectos jurídicos más relevantes de la maternidad subrogada, cuyas consecuencias son de orden familiar, es precisamente el tema de la filiación.

Es por ello que en este primer capítulo se abordan conceptos fundamentales para el tema, como son: la maternidad, la subrogación y la filiación. Aunado a lo anterior, abordamos la relación paterno-materno filial, tanto de la procreación natural como de la reproducción asistida; así como las distintas formas de probar la filiación que actualmente se establecen dentro del Código Civil para el Distrito Federal.

#### **1.1 Fragmentación de la maternidad**

Hasta hace algunos años no podía vislumbrarse la posibilidad de que una mujer pudiera ceder su vientre para la gestación de un embrión ajeno, pues se presuponía que la mujer embarazada estaba gestando en su vientre a un hijo genéticamente suyo y no un hijo ajeno.

El autor Manuel Chávez Asencio señala sobre el proceso materno que:

“En la naturaleza hay una secuencia entre la concepción, la gestación y el nacimiento, lo que significa una unidad en este proceso.”<sup>1</sup>

Hoy en día, podemos afirmar que la secuencia natural que existe en el proceso materno puede verse fragmentado en virtud del empleo de técnicas de reproducción asistida, las cuales pueden lograr que una mujer sustituya a otra en la gestación y, por tanto, que un hijo tenga dos madres, según expresa José Kuthy Porter:

“La fertilización del óvulo in vitro y el crecimiento del embrión humano en el laboratorio, son ya una realidad. Una mujer distinta de la que proporcionó el óvulo funciona como madre subrogada hasta el final del embarazo. Ha surgido así una situación nueva en la humanidad: la posibilidad de tener dos madres: la donadora del óvulo y la que cargó al embrión en su matriz hasta el final del embarazo”.<sup>2</sup>

En torno al desdoblamiento materno que surge a raíz de la transferencia de embriones a útero ajeno (maternidad subrogada), la autora Claudia Gana Winter menciona lo siguiente:

“Madre gestacional es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño,

---

<sup>1</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª edición, Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 40

<sup>2</sup> KUTHY PORTER, José. “Humanos a la Carta: Seres de Laboratorio”. La Bioética. Un reto del tercer milenio, II Simposium Interuniversitario. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 122, México, 2002, pág. 140.

sin importar qué origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno<sup>3</sup>

De lo expuesto anteriormente, se concluye que hoy en día existe la posibilidad de que la maternidad se vea fragmentada en virtud de prácticas como la subrogación de vientre, logrando de esta forma, que un hijo tenga dos madres: una "madre genética" de la cual procede el óvulo y una "madre gestacional" quien ha llevado a cabo el embarazo.

### **1.1.1 Maternidad Subrogada**

La maternidad subrogada se realiza desde hace poco tiempo, aunque podemos encontrar ciertas figuras análogas a lo que hoy se conoce con dicho término; como ejemplo, tenemos el caso de Sarai y Abram citado en el libro de Génesis, 16.1 a 4 de la Sagrada Biblia:

"Sarai mujer de Abram no le daba hijos; ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo entonces Sarai a Abram: te ruego que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y Sarai tomó a Agar y, la dio por mujer a Abram su marido. Y el se llegó a Agar, la cual concibió."<sup>4</sup>

En la actualidad, la definición de "maternidad subrogada" podemos encontrarla dentro del Derecho comparado.

---

<sup>3</sup> GANA WINTER, Claudia. "La Maternidad Gestacional: ¿Cabe Sustitución?" *Revista Chilena de Derecho*, Vol.25, No. 4, Octubre-Diciembre, 1998, pág. 352.

<sup>4</sup> Génesis, 16.1 a 4 de la Santa Biblia, Edición de Promesas Ed. Unilt.

En primer término, nos referiremos al Informe Warnock <sup>5</sup> (en Inglaterra) el cual señala:

“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. [Asimismo, el Informe señala que la maternidad subrogada puede producirse por varios medios]. La mujer (commissioning mother) que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente. De las varias posibilidades en que puede establecerse la maternidad subrogada, la más frecuente es aquella que conlleva la inseminación artificial, donde la madre suplente es también la madre genética, inseminada con el semen del esposo de la mujer que contrata con la madre suplente. Además, es también posible mediante la fertilización in vitro, donde tanto el óvulo como el espermatozoide, provienen de la pareja que contrata y el embrión resultante se transfiere e implanta en la madre suplente.”<sup>6</sup>

El Estado de Victoria (Australia) se refiere a la maternidad subrogada como:

“El acuerdo mediante el cual una mujer da a luz un niño para otra, con la intención de entregárselo tan pronto nazca.”<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> En Gran Bretaña la Comisión de encuesta sobre fecundación y embriología humana presidida por Mary Warnock y formada por 16 expertos en diferentes disciplinas publicaron este Informe conocido internacionalmente como Informe Warnock.

<sup>6</sup> SILVA RUIZ, Pedro. “Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta.” Revista Anuario, Volumen 21, 1998, Valencia-Venezuela, págs. 157 y 158.

<sup>7</sup> MARTINEZ - PEREDA RODRIGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGUI, J.M. La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pág. 20.

De las definiciones anteriores, se desprende que la maternidad subrogada acepta las modalidades siguientes:

- Aquella donde la pareja contratante aporta la totalidad del material genético (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta sólo recibe el embrión en su vientre para llevar a cabo la gestación y el nacimiento de la criatura, y;
- Aquella donde la madre suplente, además de ceder su útero para llevar a cabo el embarazo, aporta también su material genético (óvulo) para ser inseminado con espermatozoide del esposo de la pareja contratante.

En ambos casos, la madre sustituta o subrogada cede la custodia del niño al esposo de la pareja contratante (dador del semen) y renuncia a sus derechos sobre la criatura; con lo cual se ofrece, la posibilidad de que la cónyuge del dador de semen pueda adoptar al niño<sup>8</sup>.

Cabe mencionar, que el autor Eduardo Zannoni quien es citado por Miguel Soto de Lamadrid en su obra *Biogénética, Filiación y Delito*, apunta que la verdadera maternidad subrogada se da para el caso en que la mujer sustituta lleve a cabo el embarazo con embrión ajeno, es decir, donde la sustituta no participa con elemento genético (óvulo), sino que, su tarea se limita a llevar a cabo la gestación y el parto de la criatura:

“Se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al

---

<sup>8</sup> Cfr. LEONSEGUI GUILLLOT, Rosa Adela. "La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, segunda época, Madrid, invierno, 1994, pág. 321.



hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregarán -gratuitamente o por precio- al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.

En puridad, la maternidad subrogada se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo fecundado con el esperma ajeno. En cambio, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.<sup>9</sup>

Coincidimos con el autor Eduardo Zannoni, en la opinión de que la verdadera subrogación se da para el caso en que el embrión sea ajeno y no cuando la sustituta además de ceder su vientre para la gestación, aporte también el gameto femenino (óvulo); puesto que, del análisis del vocablo *subrogar*<sup>10</sup>: “sustitución o colocación de una persona o cosa en el lugar de otra” se desprende que la subrogación materna se da en realidad, cuando una mujer sustituye a otra sólo en el proceso de gestación.

De tal forma, que para el caso en el que la mujer subrogada aporte su óvulo y ceda su vientre para llevar a cabo la gestación, coincidirá en ella la maternidad genética y la maternidad gestacional, luego entonces, no existirá sustitución alguna en el proceso materno.

---

<sup>9</sup> ZANNONI, Eduardo. Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, octubre de 1987 citado por SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1990, pág.316

<sup>10</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Tomo II, Ed, Porrúa, México, 2000, pág. 1483.

Por tanto, en nuestra opinión no podemos hablar de una verdadera "subrogación materna" cuando la mujer contratada gestó con óvulo propio, sino más bien, de una "gestación para otros con óvulo propio".

Ahora bien, respecto a los motivos por los cuales una madre subrogada puede gestar en favor de otros, la autora Claudia Gana Winter señala, entre otros, los siguientes:

- El fin altruista de poder dar vida a otra persona y de ayudar a quienes no puedan hacerlo.
- El motivo económico de preferir ganar dinero de esta forma que en otras profesiones.
- Intento reparatorio y de liberación de culpa a raíz de algún aborto realizado o bien por la entrega o abandono de un niño.<sup>11</sup>

De los motivos arriba citados, se desprende que la maternidad subrogada puede revestir el carácter oneroso o gratuito. En el primer caso, la mujer sustituta realiza la subrogación materna a cambio de un determinado beneficio pecuniario; mientras que en el otro supuesto, la mujer sustituta lo hará de manera altruista; es decir, con el único deseo de ayudar a la pareja infértil a convertirse en padres.

Concluiremos este apartado, señalando que la maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida mediante la cual, una mujer cede su vientre para llevar a cabo la gestación de un hijo ajeno. Esto implica que el embrión implantado a dicha mujer (madre sustituta) sea genéticamente de otra (madre genética); no obstante, bajo esta misma denominación se conoce también el caso en que una

---

<sup>11</sup> GANA WINTER, Claudia. Op. Cit., pág. 855.

mujer lleva a cabo la gestación de encargo con óvulo propio. Ambas supuestos pueden revestir el carácter de oneroso o gratuito, dependiendo de los motivos que han llevado a la madre subrogada a ser parte en esta práctica.

## 1.2 Concepto de filiación

Consideramos que el tema de la filiación es uno de los temas más importantes que requieren ser abordados en el estudio jurídico de la maternidad subrogada; pues esta práctica de reproducción asistida trae consigo problemas legales sobre la determinación materna y en ocasiones, también sobre la paterna.

Por lo anterior, comenzaremos por señalar el concepto que encierra este término.

El profesor Rafael Rojina Villegas señala sobre la filiación 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 descendente (...) los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. [Y de manera **estricta**]: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen (...) 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.”<sup>12</sup>

La connotación amplísima que el maestro Rafael Rojina Villegas menciona sobre la filiación, se refiere no sólo a padres e hijos, sino a parientes más lejanos, tanto en línea ascendente como descendente; mientras que, la connotación estricta a la que hace alusión el autor en cita, implica únicamente la relación que surge entre padres e hijos, la cual, al regularse por el Derecho crea derechos y obligaciones recíprocos.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal define la filiación, en el artículo 338, de la siguiente forma:

“La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia...”<sup>13</sup>

De lo expuesto línea atrás, se concluye que filiación es el vínculo jurídico entre el padre o la madre y sus hijos, que implica derechos y deberes reconocidos por el Derecho.

### **1.3 Supuestos de filiación de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal**

Para efectos del presente trabajo y tomando como punto de referencia el concepto de parentesco por consanguinidad que nos ofrece el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 293, podemos establecer los siguientes supuestos

---

<sup>12</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo, Derecho de Familia, 9ª edición, Ed. Porrúa, 1998, pág. 591.

<sup>13</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

de filiación: el que se basa en la procreación natural y el que se basa en la procreación asistida.

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, en su primer y segundo párrafo nos dice:

“El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.”<sup>14</sup>

Del concepto legal de *parentesco por consanguinidad* que nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 293, se desprende que la filiación puede darse a partir de un hecho natural y a raíz de la reproducción asistida. Ambos supuestos los estudiaremos en los próximos apartados a fin de entender el papel que juega la maternidad subrogada en la filiación que actualmente comprende el Derecho Civil del Distrito Federal.

### **1.3.1. A partir de un hecho natural**

La autora Barrera Cristiani reconoce, la realidad biológica que existe entre padres e hijos, al apuntar que la filiación es un hecho natural y no una institución creada:

“La filiación no es una institución creada, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado

---

<sup>14</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en el interés social.”<sup>15</sup>

A la vez, el autor José Castán Tobefias expresa en su obra *Derecho Civil Español, Común y Foral*, lo siguiente:

“Constituye la filiación un hecho natural, ya que está basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas”<sup>16</sup>

Por lo anterior, podemos señalar que la relación filial se basa en el hecho natural de procreación, la cual reviste el aspecto jurídico al reconocerse por el Derecho para producir consecuencias jurídicas.

#### **1.3.1.1 Dentro del matrimonio**

La filiación que deriva del matrimonio presupone la relación biológica que existe entre padres e hijos, basándose precisamente, en la unión matrimonial de los padres.

Este tipo de filiación opera mediante las presunciones establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;

---

<sup>15</sup> BARRERA CRISTIANI, María Fernanda. “Presunción de Paternidad y Tutela Judicial Efectiva”. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 20, núm.20, México, 1996, pág. 681.

<sup>16</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo Quinto, Vol. Segundo, *Derecho de Familia*, 9ª ed, Ed. Reus, Madrid, 1995, págs. 13-17.

II. Los 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.”<sup>17</sup>

Del artículo anterior, se desprende que son hijos de matrimonio aquellos que nazcan dentro de éste, pero también los hijos que se hubieren concebido antes de la celebración del mismo, o bien, los hijos que nazcan después de su disolución, ya sea por causa de muerte, divorcio o nulidad.

#### **1.3.1.2. Fuera del matrimonio**

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, puede determinarse por el reconocimiento que hagan los padres respecto a los hijos, o bien, mediante las presunciones establecidas por el Código Civil del Distrito Federal, para el caso en que los padres estén unidos en concubinato, según lo dispuesto por los artículos 360 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal, respectivamente.

Artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>18</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

Cabe aclarar, que el artículo 360 arriba citado, fue reformado en mayo del 2000, pues anteriormente a esta reforma, el artículo en comento disponía que la relación materno-filial resultaba del solo hecho del nacimiento:

“La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; Respecto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”<sup>19</sup>

El artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal establece las presunciones que sirven para determinar la filiación de los hijos, cuyos padres se encuentran unidos en concubinato:

“Art. 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos dentro del concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.”<sup>20</sup>

Como podemos observar, la determinación del vínculo filial para el caso en que los padres estén unidos en concubinato, operará de forma similar a la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio, es decir, mediante presunciones, según lo dispuesto por el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal.

---

<sup>19</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, 1998

<sup>20</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000



Ahora bien, con relación a los derechos que tienen los hijos reconocidos por sus padres, podemos apuntar que los hijos no se ven afectados por la situación de que sus padres no se encuentren unidos en matrimonio, pues bajo este criterio, el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene los derechos siguientes:

- I. Llevar el apellido paterno de sus progenitores; o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. Ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. Percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley,
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.<sup>21</sup>

Por su parte, el artículo 366 del Código Civil para el Distrito Federal señala que el reconocimiento por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor.<sup>22</sup>

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se desprende que la filiación de los hijos nacidos fuera de la unión conyugal quedará acreditada mediante el reconocimiento del padre o la madre o de ambos y; tratándose del caso en que los padres estén unidos en concubinato, mediante las presunciones que señala el Código Civil del Distrito Federal, ya que la filiación de los hijos nacidos dentro del concubinato de sus padres, operará de forma similar a la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio.

---

<sup>21</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>22</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

### **1.3.2. A partir de la Reproducción asistida**

La filiación que nace como consecuencia de la reproducción asistida es hoy una realidad, de la cual, el Derecho no se ha quedado al margen, pues en las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal en mayo del 2000, se contempla la utilización de métodos de reproducción asistida; sin embargo, creemos que aún falta bastante por legislar sobre ello, pues como veremos en los apartados siguientes, la maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida omisa dentro de la legislación civil del Distrito Federal.

#### **1.3.2.1 Dentro del matrimonio**

La base legal que fundamenta el derecho de los cónyuges a utilizar cualquier método de reproducción asistida, es el artículo 162, en su párrafo segundo.

“Los cónyuges tienen derecho a (...) emplear, en los términos que señala la ley, **cualquier método** de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”<sup>23</sup>

De acuerdo a lo establecido por el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, en su párrafo segundo, podemos comentar los siguientes puntos:

- Este artículo no especifica los métodos de reproducción asistida que pueden emplear los cónyuges, por lo cual, consideramos que la maternidad subrogada bien podría ser empleada por las parejas que tengan como fin

---

<sup>23</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

lograr una descendencia propia, en virtud de no haberlo logrado por métodos naturales.

- El artículo en comento, señala como requisito indispensable para acceder a la reproducción asistida: el común acuerdo de los cónyuges.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos en matrimonio (concebidos mediante métodos de reproducción asistida) podemos señalar que, dicha relación se determinará de la misma forma que la filiación de los hijos concebidos por medios naturales, es decir, utilizando las presunciones que al respecto establece el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales mencionamos - en el apartado anterior -.

Cabe mencionar, que en los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal se establece que no podrá impugnarse la paternidad derivada de las técnicas de fecundación asistida, si para ello hubo consentimiento expreso:

“Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos (...) que durante el matrimonio conciba con su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo **consentimiento expreso** en tales métodos.”<sup>24</sup>

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

---

<sup>24</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

prosperará, si el cónyuge **consintió expresamente** en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.<sup>25</sup>

De lo anteriormente citado, se desprende que para el caso en que el cónyuge varón haya otorgado su consentimiento de manera expresa para utilizar junto con su esposa la fecundación asistida, deberá asumir todos los derechos y obligaciones que de ello derive. Igualmente para el caso de la esposa, ya que el hecho de dar su consentimiento para acceder a las técnicas de reproducción asistida, le implica el compromiso de asumir el rol materno con todos los derechos y obligaciones que de esta filiación se deriven.

#### **1.3.2.2 Fuera del matrimonio**

En el apartado anterior, señalamos que la reproducción asistida es un derecho de los cónyuges; sin embargo, consideramos que la procreación asistida es además, un derecho aplicable a los concubinarios en virtud de lo expuesto por el artículo 291-ter del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”<sup>26</sup>

De la lectura del artículo anterior, se desprende que la procreación asistida no debe considerarse como un derecho exclusivo de las parejas unidas en matrimonio, ya que este derecho puede aplicarse también a las parejas que de manera constante y permanente han llevando una vida en común, como es el caso de los concubinarios.

---

<sup>25</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>26</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

Aunado a lo expuesto en el párrafo que antecede, podemos señalar que el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación, menciona como uno de los requisitos para acceder a la fertilización asistida: el consentimiento informado del concubinario; de lo cual se infiere, que las técnicas de procreación asistida son aplicables también, a las parejas unidas por el concubinato.

A la vista de lo descrito, podemos concluir que la reproducción asistida no es un derecho exclusivo de los cónyuges, pues también se aplica a los concubinarios, quienes atendiendo al requisito dispuesto por el artículo 182 del Código Civil para el Distrito Federal (para poder acceder a los métodos de reproducción asistida) deberán, al igual que los cónyuges, otorgar su consentimiento de manera escrita.

#### **1.4 Pruebas para determinar la filiación de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal**

De acuerdo a los artículos 340 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal, para demostrar la filiación se requiere de:

- Acta de Nacimiento. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo.
- Posesión Constante de Estado de hijo, (para ello, de acuerdo a la doctrina se requieren los siguientes elementos: nombre, trato y fama).
- Todos los medios de prueba que la ley autoriza incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es

admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos o graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.<sup>27</sup>

El artículo 382 del ordenamiento citado, añade la utilización de las pruebas biológicas para probar la relación filial entre padres e hijos:

“La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier **prueba biológica** o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”<sup>28</sup>

Podemos apuntar respecto a las pruebas biológicas, que éstas son de las más eficaces para determinar la filiación consanguínea, pues como ejemplo tenemos la prueba del ADN, cuya eficacia es del 99% para determinar la identidad genética y, por tanto, la relación filial.<sup>29</sup>

#### **1.4.1. Pruebas respecto al padre**

En la investigación paterna, podrán utilizarse cualquiera de los medios que se señalaron en el apartado anterior, tales como: pruebas ordinarias y pruebas biológicas.

---

<sup>27</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>28</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>29</sup> Cfr. CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo. Prueba de ADN. 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 191

Respecto a la relación paterno-filial, Manuel Chávez Asencio señala que debe partirse de la siguiente presunción: "es padre quien fecunda el óvulo". Es decir, de quien provenga el semen con el cual se ha fecundado al óvulo, se presumirá legalmente como el padre.<sup>30</sup>

A partir de lo expuesto en el párrafo que antecede, podemos apuntar que el padre legal de la criatura (nacida por medio de la maternidad subrogada) será el esposo de la mujer infértil, siempre y cuando, corresponda a éste último el espermatozoides utilizado en dicha práctica, por lo que no podrá impugnar su paternidad, excepto en el caso de que no haya dado su consentimiento expreso para el uso de tales técnicas.

Cabe aclarar, que en el supuesto de que la mujer sustituta se encuentre casada, el esposo de ésta deberá primero desconocer al hijo que biológicamente no es suyo, pero que, presume serlo al haber nacido dentro de su matrimonio, según lo dispuesto por el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal:

"El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo."<sup>31</sup>

Una vez que el esposo de la madre subrogada haya desconocido al hijo que genéticamente no es suyo, el padre genético (esposo de la mujer infértil) estará en posibilidad de reconocerlo.

---

<sup>30</sup> Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág.11

<sup>31</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

De acuerdo al artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, para desvirtuar la filiación que se atribuye al esposo sobre el hijo nacido en matrimonio, se admitirán como pruebas:

“...haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”<sup>32</sup> (artículo 325)

El ordenamiento en cita, establece en su artículo 330 que la acción de desconocimiento de paternidad deberá interponerse dentro de los sesenta días contados a partir de que se tenga conocimiento del nacimiento.

“En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.”<sup>33</sup>

De lo expuesto en este apartado, se desprende que la relación paterna sólo puede presumirse, por tanto, para acreditar o desvirtuar esta relación filial, se admitirán: las pruebas ordinarias y las de tipo biológico, según se expresa en el Código Civil para el Distrito Federal.

#### **1.4.2 Pruebas respecto a la madre**

La doctrina se ha pronunciado por señalar que, para acreditar la maternidad es necesario probar solamente el hecho del alumbramiento y la identidad del hijo.

---

<sup>32</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

<sup>33</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000



En el sentido anteriormente descrito, el autor Manuel Chávez Asencio señala:

“La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad.”<sup>34</sup>

La afirmación anterior, procede de la alocución latina: “*mater semper certa est*”<sup>35</sup>, es decir, madre siempre cierta es; sin embargo, en virtud del desdoblamiento materno surgido a partir de la subrogación de vientre, ésta alocución ha quedado quebrantada. De ahí, que el hecho de que una mujer haya parido un hijo, no signifique necesariamente que ésta sea la madre plena de la criatura, ya que pudo haber intervenido otra mujer en el proceso materno.

Para acreditar la filiación materna, la legislación civil del Distrito Federal admite las mismas pruebas que se emplean para acreditar la filiación paterna, es decir, tanto pruebas ordinarias como de tipo biológico.

Entonces, partiendo de la admisión de pruebas biológicas para acreditar la maternidad, podemos señalar que la madre genética bien puede impugnar la maternidad atribuida a la madre sustituta (a quien se le ha atribuido la relación materno-filial en virtud del hecho del parto), pues la referencia que hace el Código Civil para el Distrito Federal sobre la admisión de pruebas biológicas para probar la maternidad, nos indica la posibilidad de que la madre genética reclame la filiación del hijo, con base en su relación genética.

Por lo que, el principio tradicional acerca de que la maternidad está determinada por el hecho del parto no debe entenderse como absoluto, pues puede probarse lo

---

<sup>34</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 10

<sup>35</sup> LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. Op. Cit., pág.336

contrario con pruebas de tipo biológico, para el caso en que haya participado más de una mujer en el proceso materno.

Ahora bien, para determinar la relación materno filial que deriva de la gestación de encargo, creemos que deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

- En la gestación de encargo con óvulo propio, no hay duda de que la mujer sustituta será la madre plena de la criatura, pues coincide en ella el aspecto genético con el gestacional; lo cual puede acreditarse con cualquier medio ordinario de prueba, así como con pruebas de tipo biológico que tengan como fin acreditar el hecho del parto y el nexa genético entre el hijo y la madre.
- Mención especial merece la gestación de encargo de embrión ajeno, pues en este caso, la mujer subrogada lleva a cabo la gestación por encargo de un hijo que genéticamente no es suyo, pero que, debido al hecho del alumbramiento adquiere tal carácter.

Como es de suponer, éste último supuesto conlleva diversos cuestionamientos difíciles de resolver, por ejemplo: el de la atribución materna. Pues a partir del desdoblamiento materno, cabe preguntarnos: ¿a quién debe considerarse madre por ley? ¿a la mujer que aportó el óvulo? o ¿a la mujer que cedió su vientre para llevar a cabo la gestación de la criatura?

En relación con la problemática planteada en el párrafo que antecede, podemos mencionar la opinión del autor Enrique Díaz de Guijarro, la cual es citada por Miguel Angel Soto Lamadrid en su obra *Biogenética, Filiación y Delito*:

"Si el óvulo procede de una mujer y la gestación se desarrolla en otra, entonces, cabrá preguntarse quién es la madre: si aquella cuyo óvulo fue fecundado o quién -recibido el embrión en su útero- lo gestó. Mi respuesta es categórica, dijo entonces el maestro, en cuanto a la maternidad jurídica de la primera, pues de ella surgió la semilla y la voluntad procreacional."<sup>36</sup>

Se desprende de la cita anterior, que en torno a la práctica de subrogación de vientre existen dos criterios que bien podrían influir sobre la determinación materno-filial, los cuales son:

- La voluntad procreacional y;
- El factor genético.

Respecto a los factores mencionados, podemos señalar que la mujer infértil es en principio, la más interesada en tener un hijo por estas técnicas de procreación asistida y proporcionar al hijo todo su afecto; si a ello le sumamos que ésta ha sido quien ha provisto el material genético (óvulo), no cabría duda que legalmente se le debe atribuir, el carácter de madre.

El autor Miguel Soto Lamadrid señala respecto a la determinación materno-filial que tiene lugar con la maternidad subrogada, que:

"...tampoco parece justo que quien aportó el óvulo ya fecundado por el semen de su marido, para que fuera colocado en el útero de otra mujer que admitió realizar la

---

<sup>36</sup> DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. La Nación, Bs. As., 21/7/78 citado por SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit., pág. 354

gestación sin ninguna pretensión sobre la criatura, no pudiera reclamar su maternidad genética, a pesar de su manifiesta vocación parental, en virtud de que no fue ella quien dio a luz al hijo, cuya filiación será atribuida formalmente a una mujer que nunca tuvo el interés procreacional, y que eventualmente, por una vinculación afectiva nacida con posterioridad al contrato de subrogación, a causa del contacto físico con el feto, decidió quedarse con el recién nacido, frustrando, no ya el convenio sino las expectativas de trascendencia existencial de la pareja estéril y sus derechos sobre la criatura, basados en la aportación genética y en su disposición de asumir la paternidad.”<sup>37</sup>

Coincidimos con el autor en cita, pues no consideramos justo que si la pareja estéril aportó el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoides), no pueda reclamar posteriormente la filiación del hijo nacido mediante la subrogación materna, ya que éste es genéticamente de ellos y no de la mujer sustituta, pese a que ésta última se haya encariñado con el hijo durante el tiempo del embarazo y por ello se negara a entregarlo.

Lo cierto es que tampoco puede dejarse de lado, el lazo afectivo creado entre la madre sustituta y el hijo que ha llevado en su vientre para el caso de subrogación materna; lazo difícil de romper, que genera en la madre sustituta o subrogada la negación de entregar al hijo a los padres genéticos, lo cual parece comprensible, en tanto fue ella quien tuvo en su vientre durante nueve meses a la criatura y, a partir de tal situación, surgió en ella el deseo de asumir el rol materno de forma permanente.

---

<sup>37</sup> SOTO LAMADRID, Miguel. Op. Cit., págs. 349-350

Como se puede observar, la determinación materno-filial para el caso de maternidad subrogada no es una tarea sencilla; sin embargo, consideramos que el factor preponderante para atribuir la maternidad derivada de esta práctica, debe ser el genético, pues generalmente estará acompañado de la voluntad procreacional.

Concluiremos este capítulo, apuntando que, gracias al empleo de técnicas de reproducción asistida, es posible que un niño pueda tener dos madres: la madre genética y la madre gestacional.

Con la disociación materna, se quebranta la máxima romana: *mater sepe certa est* y la afirmación de que la maternidad se determina por el hecho del parto.

La maternidad subrogada debe entenderse como la práctica de reproducción asistida mediante la cual, una mujer sustituye a otra en la gestación y el parto de su hijo.

Finalmente, debemos apuntar que la relación filial que deriva de la maternidad subrogada no se regula en el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que, de suscitarse un conflicto respecto a ello, estaríamos frente a un vacío legal difícil de resolver.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

El objetivo que persigue este segundo capítulo, es el de mostrar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida: *inseminación artificial* y la *fecundación in vitro con transferencia de embriones* para el caso de maternidad subrogada; pero antes de ello, consideramos necesario hacer referencia al proceso natural de reproducción, así como a las causas que provocan la esterilidad e infertilidad humana.

En el anterior orden de ideas, comenzaremos por desarrollar el proceso normal de fecundación y nidación:<sup>38</sup>

- La fecundación es la fusión de dos gametos, femenino (óvulo) y masculino (espermatozoide); para formar una sola célula, que a través de una serie de divisiones dará lugar al nuevo ser.
- El óvulo procede del ovario (del cual sale su folículo el día de la ovulación). Una vez estallado el folículo, el óvulo es recogido por el pabellón de la trompa. El óvulo continúa por las trompas, para implantarse en la matriz o para salir al exterior, según haya sido fecundado o no.
- El espermatozoide procede del testículo del hombre y se almacena en la vesícula seminal en cantidad de millones. En el momento de la eyaculación, millones de espermatozoides son depositados junto con el líquido seminal, (el cual sirve de medio de dilución y vehículo de aporte) en la cavidad vaginal y ordinariamente cerca del cuello de la matriz. Los espermatozoides

---

<sup>38</sup> Programa de Formación de Padres. Tomo I, Maternidad. Ediciones Océano, España, 1988, págs. 36 y 40.

- atraviesan el cuello de la matriz y tienen que recorrer el trayecto formado por ésta y la trompa para llegar hasta el óvulo y fecundarlo. Esta migración la puede realizar el espermatozoide gracias a su movimiento propio, ya que está dotado de una cola que le sirve como flagelo y le permite desplazarse.
- En la especie humana, el tiempo más apto para la fecundación es desde dos días antes de la ovulación hasta el día siguiente de ésta, puesto que la vitalidad de los espermatozoides y los óvulos oscila entre 24 y 48 horas.
  - De los millones de espermatozoides que componen el eyaculado, muchos llegan hasta donde está el óvulo, pero sólo uno de ellos lo penetra, lo torna inaccesible a los restantes y lo fecunda.
  - Finalmente, el espermatozoide fecundante, después de perforar la capa externa del óvulo, penetra en él y deja su cola fuera. Cuando los 23 cromosomas de procedencia ovular se fusionan con los 23 de origen espermático y surge una sola célula de 46 cromosomas, en ese mismo instante, empieza la vida de un nuevo ser.
  - Una vez fusionados los gametos comienza una serie de divisiones y transformaciones que culminarán, nueve meses después, en una nueva vida asentada en sus distintos órganos y aparatos.

Ahora bien, cuando una pareja no puede tener hijos tras un período de haberlo intentado de forma normal (relaciones sexuales) nos encontramos ante algún problema reproductivo (esterilidad o infertilidad humana), los cuales, según Miguel Angel Soto la Madrid pueden distinguirse de la siguiente forma:

“Si tomáramos el concepto de esterilidad humana como género, tendríamos que distinguir entre *esterilidad* en sentido estricto (incapacidad para crear gametos) e *infertilidad* (incapacidad para concebir, es decir, para retener el embrión en la matriz).<sup>39</sup>

De la cita anterior, se desprende que una mujer estéril será aquella que no pueda embarazarse por cualquier causa que impida la fertilización del óvulo; mientras que, la mujer infértil será aquella que a pesar de haber quedado embarazada, no pueda mantener la gestación, y por tanto, no consiga tener un hijo vivo.

Las causas que provocan la esterilidad humana pueden ser diversas; sin embargo, puede hacerse la siguiente clasificación:<sup>40</sup>

- **Factor masculino:** Obedece generalmente a una alteración en la secreción o fabricación de espermatozoides en el testículo. Puede tratarse de azoospermia (no se fabrican espermatozoides) o de la deficiencia en la calidad y/o cantidad de la población espermática, así como alteraciones anatómicas o funciones para realización del coito.
- **Factor cervical:** Los espermatozoides, en su recorrido desde el saco de la vagina hasta las trompas, donde tiene lugar la fecundación, tienen que atravesar el cuello uterino. Cualquier alteración de éste que impida el paso de los espermatozoides puede ser causa de esterilidad.
- **Factor tubárico:** Este es el responsable de un 40% de los casos de esterilidad femenina. La trompa desempeña en papel importante en la captación del óvulo

---

<sup>39</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit., pág. 33

<sup>40</sup> Programa de Formación de Padres. Op. Cit., págs. 26, 28 y 29.



y cualquier causa que la obstruya o altere su motilidad puede impedir la gestación.

- **Factor uterino:** Este factor suele provocar abortos, por lo que en realidad no sería causa de esterilidad sino de infertilidad.
- **Factor ovárico:** Puede ser motivado por la falta de ovarios, una insuficiente producción hormonal o la ausencia de ovulación.

Aunado a lo anterior, se dice que existe esterilidad idiopática o sin causa aparente<sup>41</sup>. Esto se refiere a todos los casos en que los exámenes practicados a la pareja son aparentemente normales y pese a ello, no pueden llegar a tener hijos de manera natural, por lo cual, le corresponden mejores resultados con las técnicas de reproducción asistida.

A la vista de lo descrito, se desprende que son diversos los factores que pueden influir en la esterilidad de la pareja. Para determinar un diagnóstico sobre las posibles causas que la provocan, tanto el hombre como la mujer deberán someterse a una valoración médica. Una vez que la pareja ha sido evaluada y diagnosticada, el médico les indicará que tratamiento deberán seguir a fin de superar el problema reproductivo de que se trate.

Para el caso en que una mujer padezca de infertilidad, es decir, que pueda concebir pero no pueda soportar el embarazo hasta el final, tiene como alternativa el arrendamiento de útero para suplir esa función, según comenta el autor Miguel Soto Lamadrid:

---

<sup>41</sup> LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 89

“Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento de útero, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético”.<sup>42</sup>

Tenemos entonces que, en caso de que la mujer se encuentre incapacitada físicamente para llevar a cabo todo el embarazo, tiene la posibilidad de optar por la subrogación en la gestación para lograr su deseo de ser madre.

El supuesto anterior, consiste en que la mujer infértil aporte su material genético para ser fertilizado mediante técnicas artificiales con el espermatozoides de su esposo; posteriormente, el embrión resultante será transferido al vientre de una mujer distinta para que lleve a cabo el embarazo.

Asimismo, el autor en cita agrega que en vista de casos extremos donde la mujer padezca tanto esterilidad como infertilidad, puede acudir también a la maternidad subrogada como alternativa a dichos problemas:

“Y, en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a la infertilidad), la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la estéril para inseminar a la subrogataria, podría ser una solución al problema, por más que resulte ásperamente cuestionada.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit., pág. 36

<sup>43</sup> Idem

Este último supuesto, tiene lugar cuando la mujer estéril no participa directamente en el proceso de maternidad subrogada, sino que, es su esposo quien aporta el material genético (semen) con el cual se inseminará a la mujer sustituta, la que a su vez, aportará el material genético (óvulo) y llevará a cabo el embarazo. Por nuestra parte, consideramos que éste supuesto no se trata de una verdadera subrogación materna, sino de una gestación para otros con óvulo propio - según explicamos en el capítulo anterior -.

Cabe mencionar, que la maternidad subrogada es una práctica que se desarrolla mediante distintas técnicas de reproducción asistida, tales como: la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Por lo cual, la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida en sí, sino más bien, requiere de los distintos métodos de fertilización asistida para llevarse a cabo.

Con relación al párrafo que antecede, el autor Pedro Silva Ruiz expresa lo siguiente:

“El término de “maternidad subrogada” no se refiere a una técnica diferente de concepción artificial sino a la utilización de alguna de ellas.”<sup>44</sup>

De acuerdo a lo visto en este apartado, podemos apuntar que la maternidad subrogada puede tener lugar ante la esterilidad y/o infertilidad de la mujer, quien al verse físicamente imposibilitada para cumplir la función materna, acude a la subrogación de vientre para cumplir dicha función. Para ello, se utilizan técnicas de reproducción asistida, como: la inseminación artificial y la fecundación in vitro, las cuales estudiaremos a continuación.

---

<sup>44</sup> SILVA RUIZ, Pedro. Op. Cit., pág. 158

## 2.1 Inseminación Artificial

Se dice que la técnica más antigua de reproducción asistida es la inseminación artificial, pues desde 1790 se colocaba semen sin procesar en el tracto genital femenino.<sup>45</sup>

Con relación a los orígenes de la inseminación artificial, la autora Maricruz Gómez De la Torre Vargas señala:

"En 1920 se empieza a analizar el espermatozoides y en la década de los 40 se instalan en Estados Unidos los bancos de semen, pero es durante la guerra de Corea que se afianza esta práctica. Muchas mujeres de combatientes norteamericanos van a ser inseminadas con el semen de sus maridos, lo que constituye un nuevo fenómeno que deja de ser una simple experiencia de laboratorio para pasar a ser un importante fenómeno social con repercusiones en el Derecho de Familia"<sup>46</sup>

Según el Doctor Fernando Flores García, la inseminación artificial consiste en:

"la obtención e introducción del semen masculino, por procedimientos mecánicos no naturales, en los órganos femeninos".<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> <http://www.comite.bioetica.org/mesa2.htm>

<sup>46</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación In Vitro y la Fertilización. Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág. 12

<sup>47</sup> FLORES GARCÍA, Fernando. "Efectos Jurídicos de la Fecundación Artificial en la Especie Humana." Revista de la Facultad de Derecho de México, Torno XLVII, Núms. 215-216, Septiembre-Diciembre, México, D.F., 1997, pág. 18

Al ser la inseminación artificial un procedimiento por el cual se coloca el semen en el tracto de la mujer por medios distintos a los naturales, podemos señalar que se trata de un método de reproducción asexual, el cual, de acuerdo al Informe Warnock, - anteriormente citado - es una de las varias posibilidades en que puede llevarse a cabo la maternidad subrogada.

Por su parte, la autora Dora Rocío Placette apunta que la inseminación artificial se aplica en la maternidad subrogada, cuando:

“... la mujer que presta su útero para la gestación del nuevo ser aporta también el óvulo siendo inseminada con semen del varón contratante; en este caso la contratante es la madre biológica del niño, que luego entregará en forma gratuita o cobrando un precio.”<sup>48</sup>

Tenemos entonces que, la madre suplente puede ser también la madre genética, en tanto sea ésta quien aporte el óvulo que será fertilizado mediante inseminación artificial con semen del cónyuge varón contratante. En este caso no existe disociación en el proceso materno; puesto que, la concepción, gestación y parto coinciden en una misma mujer: la madre subrogada.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que el acuerdo de maternidad por encargo donde la mujer sustituta cede no sólo su vientre para la gestación, sino también su material genético (óvulo), se trata en realidad, del acuerdo sobre la “venta de un hijo”.

---

<sup>48</sup> LAPLACETTE, Dora Rocío. “Contrato de Locación de Vientre.” Revista Prudentia Iuris, No. 40, Noviembre 1995, Buenos Aires, Argentina, pág. 75

En cuanto a la filiación paterna y materna que deriva de la Inseminación artificial aplicada a la maternidad subrogada, podemos señalar lo siguiente:

En la filiación *paterna*, debe tomarse en cuenta si la madre suplente está casada o no.

- Cuando la madre suplente esté casada, la filiación paterna se atribuirá a su esposo, independientemente de que éste no sea el padre genético. Lo anterior, en virtud de que el nacimiento del hijo tuvo lugar durante el matrimonio de la sustituta, según lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal.

Por tanto, para que el esposo de la mujer infértil (padre genético) esté en condiciones de reconocer a su hijo - en el supuesto de que la mujer sustituta se encuentre casada -, el esposo de ésta deberá desconocer al hijo (que genéticamente no es suyo, pero adquiere tal carácter por haber nacido en su matrimonio), pues recordemos que el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el hijo de una mujer casada no podrá reconocerse por un hombre distinto al marido, sino cuando éste lo haya desconocido.

- Distinta es la situación donde la mujer subrogada es soltera, pues la paternidad se atribuirá al dador de semen, es decir, al cónyuge varón de la pareja contratante, quien deberá reconocer al hijo nacido por esta práctica, a fin de que se produzcan las consecuencias legales conducentes.

Respecto a la filiación *materna* derivada del supuesto en que la madre sustituta gestó con óvulo propio, podemos apuntar que, ésta será la madre plena de la criatura, pues no sólo aporta el material genético, sino también realiza la gestación, lo cual puede acreditarse con pruebas de tipo ordinario y de tipo

biológico; sin embargo, en este caso la sustituta se ha obligado a renunciar a sus derechos de madre, con el fin de que la esposa de la pareja contratante se encuentre en condiciones de adoptar al hijo nacido por esta práctica.

Los problemas legales en torno a este tipo de gestación surgen, cuando la mujer subrogada se niega a entregar al hijo debido al lazo afectivo que se ha creado durante el embarazo. De tal forma, que en este tipo de acuerdos existirá en principio, el riesgo de que la mujer contratada se niegue a cumplir el acuerdo de entregar la criatura al tiempo de su nacimiento, lo cual parece entendible en tanto se trata de su propio hijo.

Un claro ejemplo sobre los problemas jurídicos planteados en las líneas que anteceden, es el que se dio en los Estados Unidos de Norteamérica y que es mundialmente conocido como "caso Baby M":<sup>49</sup>

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

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

---

<sup>49</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? 2ª edición, Ed. Porrúa. México, 2000. pág. 63 y 64.

Al término del embarazo, la mujer subrogante entregó a la criatura como estaba pactado, pero poco tiempo después pidió que le permitieran tenerla unos días más para poder amamantarla; pronto se dio cuenta de que no podría deshacerse del producto de su maternidad como lo había prometido y se negó a entregarla de nuevo renunciando a la compensación ofrecida.

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

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

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

Mary Beth, quien fue con ese propósito exhibida como pobretona, mal educada y vulgar, y después de siete meses de juicio, al que los medios le dedicaron mucho tiempo y espacio, la decisión del juez Harvey R. Sorkow se inclinó, como se esperaba, a favor de los subrogantes por considerar que era mejor opción para la niña el hogar que ellos le ofrecían, decidiendo en ese momento la adopción a favor de la doctora aparentemente incapacitada para gestar.



Como podemos observar del caso antes descrito, siempre existirá la posibilidad de que la madre subrogada se niegue a entregar al hijo que ha gestado para otros (con óvulo propio), lo cual no debe sorprendernos, en tanto se trata de la entrega de su hijo genético y gestacional. Pero, en caso de que la mujer sustituta cumpla con el acuerdo de entregar al niño, se suscitara una situación ética y legalmente inaceptable: "la venta de hijo".

En el sentido anterior, se pronuncia el autor Miguel Soto Lamadrid al señalar que:

"La cesión de óvulo y vientre, en cambio motivada por el afán de lucro, no es otra cosa que el acuerdo delictivo anticipado para vender al hijo propio. Esta doble infracción a las exigencias morales, no puede justificarse ni siquiera en la necesidad económica de la madre subrogada"<sup>50</sup>

Consideramos que la situación planteada en el párrafo anterior, debe evitarse mediante restricción legal, pues no debe permitirse en aras de un deseo de maternidad, la compraventa de un hijo.

### **2.1.1. Clasificación**

Atendiendo el lugar del tracto femenino donde se deposite el semen, la técnica de reproducción asistida denominada como *inseminación artificial* puede tener distintas variantes, entre las cuales, se encuentran: la intracervical y la intrauterina. Ambas las explicaremos a continuación, bajo la consideración de que la inseminación artificial aplicada a la maternidad subrogada supone al varón de la pareja contratante como un hombre fértil, el cual simplemente opta por esta técnica por brindarle la posibilidad de lograr la fertilización sin necesidad de la

---

<sup>50</sup> SOTO LAMADRID, Miguel A. Op. Cit., pág. 385

relación sexual; no obstante, puede darse el caso donde el cónyuge varón padezca, al igual que su esposa, algún tipo de esterilidad. En cuyo caso la aplicación de esta técnica le beneficiaría también en ése sentido.

### **2.1.1.1 Intracervical**

De acuerdo a P. Viscasillas y Ll. Bassas, la inseminación artificial cervical:

“...consiste en la aplicación del semen en el cérvix, ya sea en el canal cervical o en la portio. Si la paciente ovula con normalidad, no se emplea inductores de la ovulación”<sup>51</sup>

Generalmente, la inseminación intracervical se reserva con semen sin preparar y ciclo natural, para los casos en que el semen no se pueda depositar en la vagina mediante un coito, por ejemplo: impotencia, eyaculación precoz, etc.

### **2.1.1.2 Intrauterina**

Este tipo de inseminación tiene lugar cuando el semen se coloca directamente en la cavidad uterina. Para llevar a cabo la inseminación intrauterina se debe realizar: una estimulación de ovario, la preparación del semen y finalmente, la inseminación (colocación del semen) en la cavidad uterina.

A continuación desarrollaremos las etapas de las que consta una inseminación artificial intrauterina:<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> ANTONI VANRELL, Joan, CALAF, Joaquim y otros. Fertilidad y Esterilidad Humanas. Tomo I, 2ª edición, Ed. Masson, Barcelona - México, 1999, pág.193.

<sup>52</sup> [http:// www.embarazada.com/Mujer010E.asp](http://www.embarazada.com/Mujer010E.asp)

- **Estimulación del ovario:**

Se realiza mediante hormonas que se dan a la paciente para inducir la ovulación. Esta estimulación produce el desarrollo de varios folículos dentro de los cuales se encuentran los óvulos.

Al aumentar el número de óvulos se incrementa la posibilidad de fertilización y por tanto, de lograr un embarazo; sin embargo, también se aumenta la posibilidad de embarazos múltiples.

- **Preparación del semen:**

La preparación del semen consiste en optimizar la concentración de los espermatozoides móviles en la muestra, reducir el contenido de plasma seminal que contiene factores que inhiben la fertilización normal y prostaglandinas que pueden causar contracciones uterinas. Para ello, los espermatozoides son separados del plasma seminal, concentrados por centrifugación y lavados; posteriormente, se procede a su recuperación y se insemina. Esta técnica se conoce como recuperación de espermatozoides móviles.

- **La Inseminación:**

Es un proceso sencillo, durante el cual, el médico en el consultorio coloca un espéculo en la vagina de la mujer y pasa por el canal cervical una cánula que contiene la muestra con los espermatozoides y los deposita en el fondo del útero.

La inseminación intrauterina permite a los espermatozoides pasar la barrera del cérvix de manera que un mayor número llegue a la cavidad uterina y subsecuentemente a las trompas de Falopio donde ocurre la fertilización.

## 2.2 Fecundación In Vitro

Fue el 27 de julio de 1978 cuando nace en Cambridge la pequeña Louise Joey Brown, el primer “bebé probeta” a través de la técnica de fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIV-TE), con lo cual se logró revolucionar los métodos de reproducción asistida y abrir nuevos campos de investigación en la reproducción humana asistida.

El autor Xavier Hurtado, define la fecundación in vitro con transferencia de embriones, de la siguiente forma:

“La fecundación in vitro consiste en la fertilización de un óvulo por el espermatozoide en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación (FIVTE).”<sup>53</sup>

Para realizar un ciclo de fertilización in vitro<sup>54</sup> es necesario llevar a cabo distintos procedimientos, los cuales describiremos a continuación:

- La estimulación del ovario:

Al igual que la inseminación artificial, la fertilización in vitro requiere la estimulación del ovario, la cual consiste en inducirlo a la producción de múltiples ovocitos.

- Recuperación de los ovocitos:

Se realiza mediante la punción transvaginal de los folículos y aspiración de los líquidos foliculares. Estos líquidos son transportados al laboratorio donde los

---

<sup>53</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. Op. Cit., pág. 32

<sup>54</sup> <http://www.embarazada.com/Mujer010D.asp#top>

ovocitos son recuperados, clasificados según su grado de madurez, y colocados en platos de laboratorio; mismos que se introducen con los ovocitos y el líquido folicular a la incubadora, donde continuarán hasta llegar a su maduración en un medio de cultivo que contiene características de ambiente y temperatura similares al cuerpo de la mujer.

- Inseminación de los ovocitos:

Luego de la recuperación de los ovocitos, al hombre se le toma una muestra de semen. Los espermatozoides son separados mediante lavados y gradientes de densidad donde los móviles son seleccionados. Estos espermatozoides se colocan con cada uno de los ovocitos en los platos de laboratorio y de nuevo a la incubadora hasta el día siguiente donde se comprobará la fertilización.

- Cultivo de los embriones:

Los ovocitos fertilizados se dividen formándose embriones de 2 a 8 células, los cuales son transferidos vía transcervical al útero de la mujer dentro de las 44 a 72 hrs, luego de la recuperación de los ovocitos o 5 días después en el estadio de blastocisto.

- Transferencia embrionaria:

Los mejores embriones (un promedio de 3), se seleccionan para ser transferidos al útero materno dentro de una cánula especial. El número de embriones a transferir varía de acuerdo a la edad de la mujer, para lograr el mejor equilibrio entre la tasa de embarazo y el riesgo de embarazo múltiple.

Cabe mencionar, que en el proceso de fecundación in vitro y transferencia de embriones, existe la posibilidad de que los embriones no sean utilizados y se tengan que congelar. Esto puede suceder por varias razones, entre otras, cuando la pareja decidida a someterse a un procedimiento de ésta índole se arrepiente, o bien, llega a fallecer. Entonces, surge el siguiente cuestionamiento ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?

El planteamiento anterior, se trata de un tema de especial importancia en materia de reproducción asistida, ya que los embriones son seres potencialmente humanos que requieren de protección jurídica y, aunque no es finalidad de este trabajo ahondar sobre los aspectos éticos y jurídicos de tal situación, consideramos importante mencionarla en el presente trabajo, como uno de los tantos problemas que se originan con el empleo de las técnicas de reproducción asistida.

En suma, el procedimiento descrito sobre la fecundación in vitro se refiere al aspecto médico, el cual, obviamente conlleva diversos cuestionamientos desde el punto de vista ético y legal. Nosotros nos limitaremos en los apartados siguientes, únicamente al análisis legal de la técnica de fecundación in vitro aplicada a la maternidad subrogada.

### **2.2.1 Clasificación**

Según expresa la autora Rosa Adela Leonseguí Guillot, la técnica de fecundación in vitro puede clasificarse en homóloga o heteróloga, dependiendo si el material genético proviene de los cónyuges o concubinos, o bien, de terceros (donantes):

"La FIV puede ser homóloga o heteróloga, según que los gametos provengan de los cónyuges o parejas convivientes, o hayan sido donados por terceras personas previamente."<sup>55</sup>

La aplicación de la modalidad homóloga o heteróloga para el caso de la fecundación in vitro, dependerá de que la mujer contratante se encuentre en condiciones físicas de aportar la célula germinal (óvulo) o no.

### **2.2.1.1 Homóloga**

Respecto a la fecundación in vitro homóloga, el autor Aníbal Guzmán Avalos, expresa lo siguiente:

"Se realiza dentro del matrimonio con la implantación del propio óvulo en la matriz de la mujer para producir la fertilización extracorpórea, introduciendo posteriormente por medios quirúrgicos el embrión en el vientre de la cónyuge y así desarrollar la gestación, (Con gametos de la esposa y del marido) pero ello no representa problemas jurídicos en cuanto a las relaciones paterno-filiales, porque no se alteran de ninguna manera, ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea."<sup>56</sup>

Consideramos que el caso planteado en la cita anterior, no presenta problemas jurídicos, en tanto que, el embrión fecundado con gametos de la pareja se

---

<sup>55</sup> LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. Op. Cit., pág. 318.

<sup>56</sup> GUZMAN AVALOS, Aníbal. "Algunas Consideraciones Civiles de la Procreación Asistida." Revista Jurídica Veracruzana, T. LV, No. 71, Abril-Junio, 1995, Veracruz, México, pág.127

transfiere al útero de la madre genética, coincidiendo en esta hipótesis (la filiación biológica con la jurídica); no obstante, tratándose de la transferencia del embrión a útero distinto del de la madre genética, surgirá en principio, el problema de la disociación materna.

Respecto a la posibilidad de que la técnica de fecundación in vitro se realice con material genético de la pareja, pero el embrión se transplante al vientre de una mujer que no es la esposa (subrogación de vientre), el autor Eduardo Zannoni comenta en su obra titulada *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, lo siguiente:

“Un caso, sin duda singular, se presentaría en la hipótesis que la fecundación extrauterina se efectuara con semen del marido en un óvulo de su esposa y que el embrión fuese implantado en el útero de otra mujer, en razón de imposibilidad por parte de aquella de soportar el embarazo o el parto.”<sup>57</sup>

En virtud de la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE), podemos señalar que, al menos técnicamente nada impide la posibilidad de que el embrión fecundado in vitro sea transferido a un vientre distinto de la mujer que aportó el óvulo, lo cual obviamente conlleva un desdoblamiento materno, puesto que intervienen dos mujeres en el proceso de concepción, gestación y parto: la madre genética (que ha provisto el óvulo para la fecundación) y la madre gestacional, (quien estará a cargo de llevar el embarazo en virtud de la incapacidad física de la primera).

---

<sup>57</sup> ZANNONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 111



Cabe puntualizar, que el caso anteriormente descrito supone una verdadera subrogación, en tanto la madre subrogada sustituye a la madre genética en el proceso de gestación y parto.

### 2.2.1.2. Heteróloga

La fecundación in vitro heteróloga es una técnica de reproducción asistida en la cual se fragmenta el proceso materno de antemano, ya que interviene más de una mujer en dicho proceso: la que cede el material genético (donadora) y la que lleva a cabo la gestación.

De esta forma, tenemos que la fecundación in vitro en su modalidad heteróloga es otra de las posibilidades que puede utilizarse para llevar a cabo la maternidad subrogada; en la que, además de la contratante y la sustituta, participará una donante de óvulo.

Con relación a lo expuesto en el párrafo que antecede, el autor Aníbal Guzmán Avalos expresa:

“la fecundación del embrión es con óvulo de otra mujer y el semen del marido, o sin gametos de ninguno de ambos cónyuges, para insertarse después en el vientre de la esposa o de otra extraña al matrimonio (subrogación)”<sup>58</sup>

Se desprende de la cita anterior, que en caso de que el embrión no sea fecundado con el óvulo de la mujer contratante ni de la subrogada, sino por una tercera (donadora), estaremos ante la posibilidad de que el hijo nacido por esta modalidad

---

<sup>58</sup> GUZMAN AVALOS, Aníbal. Op. Cit., pág. 128

pueda tener tres madres: la que donó el óvulo, la que llevará a cabo el embarazo y la contratante.

Antes de finalizar el presente capítulo, consideramos pertinente hacer algunas precisiones respecto a la relación filial derivada de la aplicación de la fecundación in vitro en la maternidad subrogada:

Con relación a la *maternidad*, podemos apuntar que la filiación se atribuirá en principio a la madre gestante; puesto que se sigue el principio de que la maternidad está determinada por el hecho del parto. No obstante, cuando el embrión (fertilizado in vitro en su modalidad homóloga) sea transferido a un vientre distinto del de la madre genética, consideramos que ésta puede impugnar la maternidad atribuida a la madre gestante (sustituta), basándose en las pruebas de tipo biológico que admite el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora que, tratándose de la maternidad subrogada mediante fertilización in vitro heteróloga, la determinación de filiación se complica aún más, pues aparte de la pareja contratante y la mujer sustituta, pueden intervenir (donadores de óvulo y/o espermatozoides).

Con relación al donante, ya sea (de óvulo o de esperma), conviene preguntar ¿se le puede imputar la filiación? Para este caso, debemos considerar que el donador(a) fue y se conservó anónimo(a) y no pretendió atribuirse el papel del padre o madre, según sea el caso. Respecto a tal situación, la autora Ingrid Brena Sesma apunta lo siguiente:

“El donante no desea establecer una relación de filiación, nunca manifiesta su voluntad procreacional, sin embargo, resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del

donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación...<sup>59</sup>

Resulta de lo anterior, que los donantes no están protegidos por una norma de carácter general en nuestro país, lo cual puede complicar aún más, la determinación materno-filial para el caso de maternidad subrogada; ya que pueden intervenir hasta tres mujeres en dicho proceso: la contratante, la gestacional y la donadora

Ahora bien, respecto a la *paternidad* derivada de la utilización de la fecundación in vitro para lograr la maternidad subrogada, se deben tomar las siguientes consideraciones:

- Si la madre sustituta está casada, la paternidad se le atribuirá a su esposo, independientemente que éste sea o no, el donador del material genético.
- No obstante, si el esposo de la sustituta desconoce al hijo, se estará ante la posibilidad de que el esposo de la pareja contratante reconozca al niño, o bien, puede suceder que el padre genético (donador del semen), quien en principio no tenía intención de establecer una relación de filiación con el niño nacido de esta práctica, intente posteriormente reclamar sus derechos de padre, basándose en la relación genética con el niño (artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal).

A la vista de lo anterior, podemos apuntar que la maternidad subrogada conlleva diversos cuestionamientos legales difíciles de resolver, especialmente

---

<sup>59</sup> BRENA SESMA, Ingrid. El Derecho y la Salud. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, México, 2004, pág.19

relacionados con la filiación, ya que la legislación civil para el Distrito Federal no contempla la hipótesis de que una mujer pueda sustituir a otra en la gestación, ni tampoco la situación de los donadores.

Consideramos que no debe aceptarse la gestación de encargo con óvulo propio, pues representa una especie de "venta de hijo"; en tanto, la madre subrogada aporta el material genético (óvulo), y se obliga a renunciar a sus derechos de madre en favor de la pareja contratante, lo cual resulta inadmisibile desde el punto de vista ético y legal.

Finalmente, podemos apuntar que no sólo la filiación materna se ve afectada por la gestación de encargo, sino también la filiación paterna, en virtud de lo expuesto líneas atrás.

## CAPÍTULO TERCERO

### **3. PROBLEMÁTICA PLANTEADA SOBRE LA OMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA DENTRO DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE**

La finalidad de este tercer capítulo, es la de plantear la problemática legal que surge con motivo de la omisión sobre la maternidad subrogada en nuestro Derecho Positivo Vigente, pues a excepción del Estado de Tabasco, no encontramos regulación alguna de la maternidad subrogada en nuestro país.

En el anterior orden de ideas, comenzaremos por analizar si el llamado "derecho a la procreación", que en los Estados Unidos de Norteamérica se protege como garantía constitucional, puede equipararse a lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, abordaremos la regulación jurídica que el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud dispone sobre las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a fin de establecer los alcances de dichas técnicas en el marco jurídico nacional, y su aplicabilidad en la práctica de "subrogación en la gestación", bajo el ordenamiento citado.

Como referencia sobre la regulación jurídica de la maternidad subrogada en nuestro país, transcribiremos los preceptos legales que al respecto se disponen en el Código Civil para el Estado de Tabasco. Finalmente, abordaremos el estudio del contrato de maternidad subrogada, como uno de los aspectos problemáticos que surgen en torno a la práctica objeto de este estudio; para tal efecto, nos apoyaremos de los preceptos generales que el Código Civil para Distrito Federal establece sobre los contratos, así como de las opiniones doctrinales que han surgido sobre la existencia y validez del contrato en cuestión.

### 3.1 Artículo 4° Constitucional

Al igual que otros temas en materia de reproducción asistida, la maternidad subrogada ha resultado ser un tema muy controvertido, pues hay quienes rechazan el uso de esta práctica por considerarla ética y moralmente inaceptable y otros quienes consideran incluso, que existe un "derecho a tener hijos", el cual se encuentra protegido por la propia Constitución. Al respecto, el autor Xavier Hurtado Oliver apunta lo siguiente:

"Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de maternidad subrogación (...) en los Estados Unidos hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación constitucional"<sup>60</sup>

Tenemos pues, que la *procreación* se considera como un derecho constitucionalmente protegido en los Estados Unidos de Norteamérica. Aunado a ello, podemos señalar que dentro de las decisiones que ha tomado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, se ha considerado que el "derecho de procreación" conlleva también la opción de seleccionar los medios para ejercerlo; por lo que prohibir la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico de aquél país, constituiría una violación al derecho de toda persona para tener hijos.

Con relación al párrafo que antecede, el autor en cita comenta lo siguiente:

"Una interpretación libre de estas decisiones ha llevado a los interesados a considerar implícito en el derecho de

---

<sup>60</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. Op. Cit., pág. 88

procreación el de seleccionar los medios para realizarla, de donde concluyen la violación constitucional derivada de la prohibición de los contratos de subrogación...<sup>61</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el llamado "derecho a la procreación" consiste en la facultad que toda persona tiene para decidir sin injerencia del Estado sobre tener hijos o no, ya sea mediante fertilización natural o asistida, incluyendo bajo éste último supuesto: a la maternidad subrogada.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿en nuestro país también existe un derecho a la procreación? De resultar afirmativa esta pregunta, ¿abarca prácticas como la maternidad subrogada?

El precepto constitucional que regula en México el derecho de las personas a tener hijos, es el artículo 4º en su párrafo tercero, el cual transcribimos a continuación.

Artículo 4º párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

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

Con relación al artículo 4º Constitucional podemos mencionar que, si bien toda persona tiene derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, este derecho no debe considerarse como absoluto, es decir, el Estado no debe intervenir en el derecho de procreación de las personas, a menos que existan

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 69

otros derechos igualmente que proteger. En tal sentido, el autor Pedro José González Trefijano menciona lo siguiente:

"En un sistema democrático, existe un derecho a la reproducción de toda persona, derivado del ejercicio de su libertad y que es expresión, al mismo tiempo, de su dignidad y libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos.

¿Hay pues límites al derecho de reproducirse? Estos límites no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás; del ejercicio de los derechos propios y del respeto a los derechos de los demás."<sup>62</sup>

Igualmente, el autor Alonso Hurtado quien es citado por Maricruz De la Torre Vargas, señala que:

"El derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en consideración el bien de otros, o de la sociedad; entre estos bienes merece especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia".<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> GONZALEZ TREFIJANO, Pedro José. "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y a las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida." Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1988, núm. 26, págs. 90 y 92.

<sup>63</sup> HORTAL, Alonso, A. Aspectos Éticos de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro Humanas, citado por GOMEZ DE LA TORRE VARGAS. Maricruz, Op. Cit., págs. 41 y 42.



Tomando en cuenta las opiniones anteriores, podemos apuntar que “el derecho de procreación” no debe considerarse como un derecho sin límites, pues en su desarrollo existe otro derecho igualmente protegido: “el interés superior del niño”. Por tanto, el Estado puede intervenir en el “derecho de procreación” cuando afecte de manera directa los intereses del menor.

La obligación por parte del Estado aludida en el párrafo anterior, deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada en la 44ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Mexicano el día 21 de septiembre de 1990, previa aprobación del Senado, lo que constituye Ley Suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional.

Esta Convención de los Derechos de los Niños, dispone en el artículo tercero, que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>64</sup>

Podemos concluir este apartado, señalando que el derecho a procrear no se traduce en un derecho ilimitado, ya que se debe atender al interés superior del niño para su libre ejercicio. Por lo tanto, consideramos que no debe entenderse que prácticas como la maternidad subrogada, se encuentran protegidas bajo la Ley Suprema de nuestro país. Así que en caso de conflicto de intereses, privará el interés superior del niño, sobre cualquier otro.

---

<sup>64</sup><http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>

### **3.2 Ley General de Salud**

En virtud de las modificaciones constitucionales aparecidas el día 31 de febrero de 1983 en el Diario Oficial de la Federación, donde se adiciona al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el párrafo que prevé el derecho de toda persona a la protección de la salud, se creó: la Ley General de Salud.

El título primero de esta Ley, indica los fines que persigue el Derecho en torno a la protección de la salud, destacando como principales: el bienestar físico y mental del hombre, así como el mejoramiento de la calidad de vida.

Ahora bien, de acuerdo con el académico de la Comisión Nacional de Bioética de la Secretaría de Salud, José Antonio Moreno, no existe regulación específica sobre el tema de la fertilización asistida en nuestro país, pues en entrevista al periódico Crónica, explicó lo siguiente:

“En México no existe regulación jurídica que reglamente las técnicas de reproducción asistida, sino sólo disposiciones de tipo sanitario. [Asimismo, agregó el académico, que la Ley General de Salud] únicamente señala normas relacionadas con la higiene, instalación y equipo médica y material para su desempeño.”<sup>65</sup>

Como veremos más adelante, el fundamento legal sobre las técnicas de fertilización asistida podemos encontrarlo en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación de la Salud, el cual es uno de los varios Reglamentos con los que cuenta esta la Ley General de Salud.

---

<sup>65</sup> HUESCA, Patricia. "Sin Reglamentación en México las Técnicas de Reproducción Asistida." Disponible en: <http://www.cronica.com.mx/impimir.php?idc=54166>, fecha de consulta: 02/04/04

### **3.2.1 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud**

El Reglamento en materia de Investigación para la Salud, es el ordenamiento legal que indica dentro de su Capítulo IV, artículo 40, fracción XI, las técnicas que comprende la fertilización asistida.

Artículo 40.-Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

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

Como podemos observar, la fertilización asistida comprende las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro; ambas en sus modalidades (homóloga y heteróloga); sin embargo, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud no define dichas técnicas, ni establece sus alcances, lo cual nos parece relevante respecto al tema que nos ocupa, ya que a pesar de que la maternidad subrogada es una práctica omisa dentro del Reglamento en cita, consideramos que ésta bien puede llevarse a cabo mediante las técnicas que se regulan en dicho Reglamento (inseminación artificial y fecundación in vitro), o sea que, la maternidad subrogada es técnicamente posible en nuestro país.

Por otro lado, tenemos que el consentimiento informado es uno de los requisitos que debe realizar la pareja para poder acceder a la fertilización asistida, el cual debe entenderse, según el artículo 20 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, como:

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

El requisito anterior, se encuentra previsto por el artículo 43 del mismo Reglamento, ya que establece que los cónyuges o concubinarios deben otorgar su consentimiento informado para poder acceder a las técnicas de reproducción asistida:

“Para realizar (...) la **fertilización asistida**, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.” (Artículo 43)

Por otro lado, el artículo 21 del ordenamiento en cita, requiere (para que el consentimiento se considere existente) que, el sujeto de la investigación o, en su caso, su representante legal, reciba una explicación clara y completa; de tal forma, que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. “La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;

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

De acuerdo al artículo 22 del Reglamento en materia de Investigación para la Salud, el consentimiento informado debe formularse por escrito.

Artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud:

"El consentimiento informado deberá formularse por escrito y reunir los siguientes requisitos:

- I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y
- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal."

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, la fertilización asistida sólo se admitirá cuando esté dirigida a resolver problemas de esterilidad.

Artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la salud:

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

Del artículo citado, se desprende que la fertilización asistida sólo podrá aplicarse en los casos donde la fertilización no pueda lograrse de manera natural; por lo cual, siguiendo la idea de la autora Maricruz de la Torre Vargas<sup>66</sup> podemos apuntar que la fertilización asistida contemplada en el Reglamento en cuestión, se refiere a un método terapéutico, en tanto está dirigida a remediar la esterilidad, desaparezca o no la causa que la provoca.

En resumen, podemos destacar del análisis realizado al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, sobre el tema que nos ocupa, los siguientes puntos:

- La fertilización asistida comprende las modalidades homóloga y heteróloga; sin embargo, no se explica la situación del tercero (donador) respecto a la filiación que de la donación se origine.
- Se establece como requisito indispensable para que los cónyuges o concubinos puedan emplear las técnicas de fertilización asistida: el consentimiento informado.

---

<sup>66</sup> Cfr. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit., pág. 31

- La fertilización asistida sólo será admisible como método terapéutico y no como un medio alternativo de reproducción.
- A pesar de la omisión de la maternidad subrogada en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, dicha práctica es posible gracias al empleo de técnicas de fertilización asistida, como: la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

### 3.3 Código Civil para el Estado de Tabasco

El Estado de Tabasco, es el único en nuestro país que ha regulado la maternidad subrogada. En la exposición de motivos del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco se mencionan entre otras cosas, que los cambios que se dan en nuestra sociedad deben reflejarse en el marco jurídico que la rige, por tanto, se incorpora la figura de la maternidad subrogada en el primero de sus libros con el fin de prever futuros problemas legales que en torno a esta práctica pudieran suscitarse:

“... las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesiones. Las figuras de **“madre gestante sustituta”**, **“contratante”** y otras, previenen una serie de conflictos que pudieran presentarse en caso de inseminación artificial de ciudadanas tabasqueñas y, principalmente, de naturales de esta entidad que podrían complicar la aplicación del derecho con la inminente presencia de métodos científicos de procreación. Aquí hemos ampliado la figura y las



consecuencias relativas a la concubina y al concubinatio, así como a los hijos de ellos".<sup>67</sup>

El Libro primero del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, indica respecto a la filiación, lo siguiente:

Artículo 346:

**" La filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho son admisibles todos los medios de prueba... "**

En principio, el artículo 346 del Código Civil para el Estado de Tabasco señala que la relación materno-filial tiene lugar con el hecho del parto; sin embargo, el artículo 347 establece una excepción a esta presunción, para el caso en que participe una segunda mujer en el proceso reproductivo.

Artículo 347:

"Respecto al padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

---

<sup>67</sup> Exposición de Motivos al Código Civil de Tabasco, Editores Anaya, 2002, pág. 8

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

El artículo 347 del Código en cuestión, deja ver que tratándose de la maternidad subrogada:

- El contrato de maternidad subrogada se considerará válido y;
- Que la filiación materna derivada de los contratos de subrogación de vientre corresponderá a la mujer contratante, independientemente si fue ella o no, quien aportó el material genético (óvulo).

Una de las situaciones que también es causa de conflicto en el desarrollo de la maternidad subrogada, es el hecho de que la mujer sustituta se encuentre casada, pues bajo este supuesto se considera como padre legal al esposo de la mujer sustituta y no al dador del semen; sin embargo, encontramos que a diferencia del Distrito Federal, la legislación civil del Estado de Tabasco menciona como excepción, que el hijo nacido por la maternidad subrogada pueda ser reconocido por el hombre que contrató este servicio con la mujer sustituta, resolviendo de esta manera, el problema planteado sobre la relación paterno-filial en caso de que la mujer subrogada se encuentre casada.

De esta forma, la filiación paterna que deriva de la maternidad subrogada se regula por el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, como transcribimos a continuación:

Artículo 360.

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

De acuerdo a lo mencionado en este apartado, podemos señalar que el Estado de Tabasco regula la maternidad subrogada de manera positiva, ya que reconoce los contratos de subrogación materna, al determinar como padre y madre a la pareja contratante.

Finalmente, podemos apuntar que hasta el momento el Estado de Tabasco es el único de nuestro país que regula la maternidad subrogada, lo cual nos indica una vez más, la falta de regulación sobre esta práctica de reproducción asistida en nuestro Derecho Positivo Vigente.

### **3.4 Código Civil para el Distrito Federal**

En este apartado analizaremos la existencia y validez del acuerdo de maternidad subrogada, a la luz de los preceptos que prevé la legislación civil para el Distrito Federal en materia de contratos; así como de los diferentes criterios doctrinales que han surgido respecto a este asunto.

### 3.4.1 Contrato de Maternidad Subrogada

Dentro las disposiciones del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal, se establece que **convenio** es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y por otra parte, que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de **contratos** (Artículos 1792 y 1793).

De lo expuesto anteriormente, se desprende que el acuerdo por el cual una pareja encomienda a una mujer fértil la gestación de su hijo, ya sea que aporte el material genético total o parcialmente (óvulo y/o espermatozoides), reviste una naturaleza contractual.

Al respecto, se han distinguido dos tipos de contratos de maternidad subrogada: aquellos en los cuales la mujer sustituta cede su vientre para la gestación y, aquellos en los que además de ceder su vientre, la sustituta también aporta el material genético (óvulo).

Por su parte, el autor Pedro Silva Ruiz<sup>68</sup> señala que el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, (en España) distingue los contratos de maternidad subrogada, de la siguiente forma:

- **Contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre).** - Se refiere al caso en que el hijo habrá de ser concebido en las condiciones siguientes: fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio y,

---

<sup>68</sup> SILVA RUIZ, Pedro. Op. Cit., pág. 159

- **Contrato de los servicios de incubación en útero ajeno:** Es el convenio mediante el cual se estipulan las condiciones por las que debe regirse la gestación en vientre ajeno a la verdadera madre biológica.

Los contratos mencionados obedecen a las modalidades de maternidad subrogada descritas en el desarrollo de este trabajo, pues el primero se realiza mediante la inseminación artificial con semen del esposo de la pareja contratante y aportación de óvulo por parte de la sustituta; mientras que, el segundo tipo de contrato se refiere a la verdadera subrogación materna, ya que la pareja contratante fecunda in vitro sus células germinales, para que los embriones resultantes sean transferidos a la mujer sustituta. Lo anterior, a efecto de que la sustituta lleve a cabo el embarazo (debido a la imposibilidad física de la madre genética para soportarlo).

En ambos casos, el contrato se puede realizar - según hemos visto -, de forma onerosa o altruista, pues la madre sustituta puede realizar este "servicio" motivada por el pago, o bien, por el simple hecho de ayudar a otros a lograr su deseo de ser padres, sin mediación de pago por ello.

Al intentar calificar el acuerdo de maternidad subrogada en alguno de los contratos conocidos, el autor Manuel Chávez Asencio <sup>69</sup> se refiere en su obra, *La Familia en el Derecho*, a los contratos siguientes:

**"Compraventa.-** Se trata de un contrato traslativo de dominio y conviene preguntar si el niño es propiedad de alguien, y si puede ser materia de algún contrato. El hijo no es un objeto o un bien propio.

---

<sup>69</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 74

**Arrendamiento.**- Por este contrato se proporciona el uso y goce temporal de una cosa. Conviene preguntar si el útero es una cosa, y si se puede proporcionar el uso y goce temporal del cuerpo humano o una parte de él. El cuerpo humano está fuera de comercio, además, ¿cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?

**Prestación de servicios.**- En el Código Civil se reglamenta el contrato de prestación de servicios profesionales. Desde luego habrá que excluir éste, pues no se trata de una profesionista en gestación: La madre sustituta no cuenta con conocimientos profesionales en esta materia. Es una relación natural y biológica. Podría ser un contrato de prestación de servicios en general, pero no de obra, porque la madre sustituta no se compromete a un resultado, sino a prestar un servicio.

**Contrato innominado.**- Quizá convenga evitar la referencia a los contratos conocidos y considerarlo como contrato innominado”.

Coincidimos con el autor Manuel Chávez Asencio, en que el contrato de maternidad subrogada es innominado, pues no puede encuadrarse a ninguno de los contratos conocidos.

Las características del contrato de maternidad subrogada pueden enunciarse de la siguiente manera:

- Es Bilateral.- En virtud de que las partes se obligan recíprocamente, la sustituta a la gestación y a la entrega de la criatura, y la pareja contratante al pago del servicio.
- Puede ser oneroso o gratuito.- En el primer caso, habrá prestaciones recíprocas; mientras que, si el contrato de maternidad subrogada es

gratuito, la mujer sustituta sólo recibirá el dinero necesario como compensación por los gastos habidos.

- Es formal.- Porque requiere forma escrita.
- Innominado.- Porque no puede encuadrarse a uno de los contratos conocidos.
- Principal.- Porque subsiste por sí sin necesidad de otro contrato.

Por su parte, la autora Maricruz De la Torre Vargas señala algunos de los compromisos asumidos por las partes, en el contrato de maternidad subrogada:

- "Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación in vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de terceros.
- Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido.
- Compromiso de custodia y/o adopción del niño, por parte del marido de la mujer contratante (generalmente padre biológico) y/o su cónyuge."<sup>70</sup>

Por lo expuesto anteriormente, no nos queda duda de la naturaleza contractual del acuerdo por el cual una mujer acepta tener un hijo por cuenta de otros; no obstante, en los apartados siguientes analizaremos si este contrato puede

---

<sup>70</sup> GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit., págs. 205 y 206.

considerarse existente y válido, bajo los preceptos que dispone el Código Civil para el Distrito Federal.

#### **3.4.1.1 Existencia efectiva**

Según se expresa en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, el contrato existente debe reunir los requisitos de:

- Consentimiento y;
- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Cabe recordar que tratándose de la fertilización asistida, el consentimiento debe ser otorgado por escrito, pues éste es uno de los requisitos que dispone el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud para acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Respecto al objeto que puede ser materia de los contratos, el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

De acuerdo al artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, la “cosa” que el obligado debe “dar” requiere: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.



Por otro lado, tenemos que el hecho que el obligado debe “hacer” o “no hacer”, se traduce en un hecho positivo (hacer) o negativo (no hacer), el cual, de acuerdo al artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, deberá siempre ser: posible y lícito.

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

- I. Posible; y
- II. Lícito.

Ahora bien, si hablamos del contrato de maternidad subrogada en el cual la mujer sustituta aporta su óvulo y cede su vientre para realizar la gestación de encargo, podemos señalar que el objeto del contrato consistiría en la entrega del niño, es decir, se trataría de una “obligación de dar”. En este sentido, podemos apuntar que el niño es un ser humano que no puede ser tratado como objeto, luego entonces, nos inclinamos por la inexistencia de este tipo de contrato, a falta de objeto materia del mismo; pues ningún ser humano puede ser tratado como objeto, y mucho menos comerciarse con su vida, ya que el artículo 1825 del ordenamiento en cita, establece que la cosa objeto del contrato debe: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y, estar en el comercio, lo cual no puede suceder con la vida de los seres humanos, pues éstas se encuentran fuera del comercio. Por lo tanto, este tipo de contratos debe quedar sin efectos jurídicos, según lo dispuesto por el artículo 2224, cuyo texto transcribimos a continuación:

Artículo 224 del Código Civil para el Distrito Federal:

“El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por

prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

Respecto al otro tipo de contrato de maternidad subrogada, es decir, donde lo que se contrata es el servicio de incubación en útero ajeno, Miguel Angel Soto Lamadrid señala como objeto del contrato, un hecho positivo (la gestación), pues dice que:

“... no tendremos dificultad en calificar a la subrogación materna como un servicio, cuando se trate del arrendamiento de útero, colocándola entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un **hecho positivo** y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa. En virtud de esto, evitaremos decir que el servicio o el hecho “no está en el comercio”, haciendo referencia a la gestación por cuenta ajena, pues esta clasificación sólo se aplica a las cosas. Diremos más bien que el servicio “no es posible o no es lícito”.<sup>71</sup>

Diferente es la postura de Eduardo Zannoni, pues apunta que este tipo de contrato (incubación en útero ajeno) vincula las obligaciones de hacer y de dar, y no sólo la de hacer como refiere la cita anterior:

“... este tipo de negocios, pactos o acuerdos, colocaría al hijo como objeto de la relación jurídica establecida, por hipótesis, entre los dueños del embrión y la mujer portadora. Nótese que, al cabo, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer y de dar. *De hacer* básicamente, no interrumpir voluntariamente el embarazo en su caso, los

---

<sup>71</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit., pág. 328

tratamientos que le indiquen para llevar a buen término el alumbramiento; *de dar* el niño, una vez nacido, a los dueños del embrión. En esta relación contractual tanto la madre como el embrión primero y el niño más tarde reciben indefectiblemente el tratamiento de cosas. La madre es objeto de la prestación, su útero ofrecido al tráfico; el hijo es objeto del contrato, la cosa debida. No sólo entonces el cuerpo humano ha recibido la consideración de objeto de derechos, sino que la persona del hijo es objeto contractual.<sup>72</sup>

Aceptando que el objeto del *contrato de servicio de incubación en útero ajeno* se limite precisamente al hecho positivo de la gestación, tendríamos que analizar si éste es posible y lícito. Respecto al primer punto, consideramos que el servicio de gestación es posible en virtud de los diversos casos que se han dado bajo este supuesto. Por lo tanto, en el apartado siguiente nos avocaremos a determinar si este contrato es lícito o no.

#### **3.4.1.2 Licitud del mismo**

Uno de los requisitos para que el contrato se considere válido, es que su objeto, motivo o fin sea lícito, es decir, que no sea contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres, según lo dispuesto por los artículos 1795, f. III, 1830 y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tenemos entonces que, el Derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos, sin embargo, esta facultad tiene por límite la propia ley, ya que ni

---

<sup>72</sup> ZANNONI, Eduardo. *Lecciones y Ensayos*, págs. 49 y 88 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, UBA, 1988), Editorial Astrea, citado por LAPLACETTE, Dora Rocío. *Op. Cit.*, págs. 80 y 81.

el objeto de los contratos ni el fin de éstos deben contrariar los preceptos contenidos en la ley.

Respecto a lo que debe entenderse por “buenas costumbres”, el autor Manuel Sánchez Bejarano apunta lo siguiente:

“Con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. No se trata de la moral individual, sino de la moral social. No es tampoco la de cierto credo religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador.”<sup>73</sup>

Con relación a la maternidad subrogada, podemos señalar que: “no todo lo técnicamente posible es moral o lícito jurídico,”<sup>74</sup> por lo que, a pesar de que esta práctica sea posible mediante las técnicas de reproducción asistida, no significa que deba considerarse moralmente lícita.

En cuanto al contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre), encontramos uniformidad doctrinal en el sentido de considerar este contrato como ilícito, pues autores como Miguel Soto Lamadrid opinan que:

“Si lo que se analiza es el otro tipo de maternidad subrogada, el que aporta el óvulo y vientre, (...) podríamos hablar de venta del hijo futuro y desarrollar los conocidos argumentos en contra de las convenciones que hacen del ser humano un objeto indirecto. Pero la prohibición moral y

---

<sup>73</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, 4ª edición, Ed. Harla, México, 1997, págs.110 y 111.

<sup>74</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *Op. Cit.*, pág. 50

jurídica de que los niños sean transmitidos como si fueran cosas, hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que, por tanto, sea absolutamente nulo...<sup>75</sup>

En cambio, sobre al contrato de los servicios de incubación en útero ajeno, encontramos que Moreno Luque Casariego, opta por la validez de este contrato si es motivado por un fin altruista y no por un interés pecuniario:

“Por el contrario, si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y además existe un fundamento altruista, el convenio donde se determinan las condiciones por las que se regirá dicha condición en vientre distinto del de la madre biológica debiera ser válido y por ello de necesario cumplimiento”.<sup>76</sup>

Si concordáramos con el autor Moreno Luque Casariego, consideraríamos lícito el contrato de maternidad subrogada, siempre y cuando, se cumplan las condiciones expresadas: que no exista precio y el fundamento altruista.

Por otro lado, tenemos que el autor Manuel Chávez Asencio<sup>77</sup> argumenta la ilicitud de este contrato, por las razones siguientes:

- “Repugna a los principios de orden público y las buenas costumbres.
- Estos asuntos sobre la inseminación artificial deben resolverse, no sólo con base en los intereses individuales de la pareja, sino principalmente, en función del niño y del interés social. Son problemas ético-sociales.

<sup>75</sup> SOTO LAMADRID, Miguel. Op Cit., pág 329.

<sup>76</sup> MORENO LUQUE CASARIEGO. “Reflexiones en Tomo a la Gestación por Cuenta Ajena.” La Filiación a Finales del Siglo XX. II Congreso Mundial Vasco, Ed. Trivium, 1987, pág. 440

<sup>77</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., pág. 76

- El objeto del contrato es la persona y ésta es sujeto, no objeto del contrato. Sería una vejación, una afrenta a la dignidad de la persona. La persona no es mercancía o mercadería, no es algo de interés patrimonial. Es alguien que vale “*per se*”.
- Está fuera de la voluntad de los particulares negociar con la persona humana, cuya indisponibilidad es absoluta.
- La capacidad de procrear o gestar no es material disponible”.

Por su parte, la autora Hernández Ibáñez señala que los contratos de maternidad subrogada no deben celebrarse en virtud de tratarse de un aspecto familiar, al comentar que:

“...este tipo de contratos se encontraría fuera de la autonomía de la voluntad de las partes porque se pretende estipular un aspecto relativo al Derecho de Familia, y éste es de *ius cogens* y por tanto no puede quedar sometido a la voluntad de las partes”<sup>78</sup>

Cabe mencionar, que el Código Civil para el Distrito Federal menciona en su artículo 338 que la filiación no es materia de convenio entre partes:

“La filiación (...) no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

---

<sup>78</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ. “La Atribución de la Maternidad en la Gestación Contratada.” La Filiación a Finales del Siglo XX. II Congreso Mundial Vasco. Ed. Trivium, 1987, pág. 444.

Finalmente, podemos apuntar que no obstante los argumentos por los cuales se pueden considerar nulos los contratos de maternidad subrogada dentro de nuestro Derecho Positivo Vigente, de realizarse la subrogación de vientre nos encontraríamos frente a un problema de filiación que no se previene en nuestra legislación, pues a excepción del Estado de Tabasco, en nuestro país no se regula dicha práctica en ningún sentido. Por lo tanto, la filiación que derive de la maternidad subrogada deberá someterse a las reglas de filiación actual, las cuales no contemplan la disociación materna que puede originarse con las técnicas de reproducción asistida. Debido a ello, consideramos que la omisión de la maternidad subrogada y sus posibles consecuencias dentro de la filiación, deben ser atendidas y reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal, sobre la base del interés superior del niño.

## CAPÍTULO CUARTO

### **4. PROPUESTA PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la maternidad subrogada es fuente de inagotables problemas éticos y jurídicos, los cuales giran en torno a la vida y dignidad humana. Por ello, legislar sobre esta práctica de reproducción asistida se traduce en un verdadero desafío legal.

En el ámbito internacional, la tendencia general sobre la maternidad subrogada es la del rechazo; sin embargo, la doctrina señala que la sola prohibición de la subrogación materna no ha logrado que ésta deje de emplearse en los países que la prohíben; razón por lo cual, el Derecho debe atender las consecuencias que pudieran suscitarse ante el hecho consumado. En tal sentido, consideramos que el Derecho de Familia debe prever futuros conflictos respecto a la disociación materna, teniendo presente que, por lo que toca al Código Civil para el Distrito Federal, no se puede admitir el empleo de cualquier método de reproducción asistida, sin contemplar la situación del menor que pudiera nacer a consecuencia de los diferentes métodos que existen.

En el anterior orden de ideas, comenzaremos por señalar algunas opiniones que han surgido en el ámbito internacional respecto al empleo de la maternidad subrogada; posteriormente, plantearemos nuestra propuesta para regular la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal, así como el texto legal correspondiente.

Finalmente, expondremos las razones que a nuestra manera de ver, justifican la propuesta que presentamos.



#### 4.1 Consideraciones para legislar sobre la maternidad subrogada

Sin duda, la “sustitución en la gestación” o “maternidad subrogada” constituye una oportunidad para aquellas mujeres que no pueden tener un hijo propio, debido a su incapacidad para gestar. Lo anterior, gracias a que la tecnología en reproducción asistida permite que una mujer sustituya a otra en la gestación. No obstante, las opiniones en contra de traer al mundo a un hijo bajo tales circunstancias, no se han hecho esperar.

La Iglesia Católica por ejemplo, se pronuncia en contra de la maternidad subrogada al manifestar en el documento conocido como *la Instrucción sobre el Respeto de la vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación* (emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987), lo siguiente:

“La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres: instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

El respeto y la procreación que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos...”<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, citado por LAPLACETTE, Dora Rocío. Op. Cit., pág. 91

La opinión de la Iglesia Católica resulta muy interesante desde el punto de vista moral, pues señala las razones por las cuales la maternidad subrogada no puede ser aceptada; mismas que sintetizamos a continuación:

- Es contraria a la unidad del matrimonio ya que representa una falta objetiva de la fidelidad conyugal.
- Ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres;
- Instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

En los países de Europa, la maternidad subrogada ha sido muy discutida según comenta la autora Maricruz De la Torre Vargas en su obra *La Fecundación In Vitro y la Filiación*:

“La admisión de la posibilidad de que una mujer o una pareja estéril pueda tener un hijo a través de un contrato de maternidad subrogada, es muy discutida en Europa, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos de Norteamérica donde se admite a nivel fáctico”.<sup>80</sup>

Francia por ejemplo, no ha modificado su legislación con la intención de no dar cabida a la maternidad por sustitución; sin embargo, de acuerdo con el autor Jaime Vidal Martínez, desde hace varios años se han venido presentado casos de esta índole en aquél país:

---

<sup>80</sup> DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit., pág. 213

“En Francia se han dado desde 1982 ejemplos conocidos de esta práctica de la maternidad de sustitución, ampliamente aireados por ciertos sectores de la prensa, que en ocasiones, parece, los ha querido presentar como muestra de solidaridad, tal en conocido caso en que una mujer gestó un hijo para su hermana. Pero sobretodo interesa destacar la existencia (...) de un dato sociológico jurídico alarmante: El renovado intento en los últimos tiempos de constituir asociaciones para lograr el reconocimiento oficial de las madres sustitutas.”<sup>81</sup>

España prohíbe la maternidad subrogada, pues la Ley que regula las técnicas de reproducción asistida en ése país, considera nulo de pleno derecho el contrato que convenga la maternidad por sustitución, con o sin precio, y dispone además, que la filiación derivada de tales acuerdos se determinará por el hecho del parto.<sup>82</sup>

Alemania por su parte, no prevé ningún castigo para quien contrate la maternidad subrogada, pero sí establece pena de cárcel para el médico que la lleve a cabo:

“La Ley alemana sobre Embriones e Ingeniería Genética prohíbe la maternidad subrogada. No prevé un castigo para la mujer que accede a este tipo de contrato, pero establece penas de hasta tres años de cárcel para el médico que lleva a cabo la operación.”<sup>83</sup>

Resulta muy interesante la forma en que la Ley alemana regula la maternidad subrogada, pues para realizar una subrogación de vientre se requiere de técnicas

---

<sup>81</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. Ed. Civitas, España, 1988, pág. 188

<sup>82</sup> Cfr. DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit., págs. 232 y 233

<sup>83</sup> MARTINEZ - PEREDA RODRIGUEZ, J.M. Op. Cit., pág. 45

muy sofisticadas (como la fertilización in vitro), y no todos los hospitales cuentan con la infraestructura adecuada para ello. De tal forma, que el establecimiento de penas contra los médicos que la practiquen, sería una forma sencilla de evitar los casos de maternidad por sustitución.

A diferencia de los países de Europa, en los Estados Unidos de Norteamérica encontramos cierta tolerancia a la maternidad subrogada, ya que diversos proyectos estatales la aceptan bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, los Estados de Columbia, New York y Wisconsin admiten los contratos gratuitos; mientras que, doce Estados más de este país aceptan dentro de sus proyectos legislativos a la maternidad por encargo bajo modalidades retribuidas. En otros Estados sólo se puede acudir a la maternidad subrogada por razones médicas.<sup>64</sup>

De acuerdo a la autora Maricruz De la Torre Vargas, otro país que muestra cierta tolerancia a la admisión de la maternidad subrogada es Canadá, ya que el Informe Ontario se mostró favorable a la sustitución en la gestación y recomendó que se regulen los contratos respectivos al tiempo en que emitió treinta y dos recomendaciones sobre ello; entre las cuales, destaca la recomendación 49, que dispone que un niño nacido por maternidad subrogada deberá ser entregado después de su nacimiento a los padres sociales.<sup>65</sup>

Por otro lado, debemos mencionar que en el marco jurídico del Estado de Victoria (Australia), se ha dispuesto sobre la nulidad del contrato de maternidad subrogada, castigando con multa o cárcel, aquellos casos en los que se da o recibe pago por ayudar a la realización del contrato de subrogación materna, o bien, por contratar el mismo.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Cfr. *Ibidem*, págs. 220 y 221.

<sup>65</sup> Cfr. DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *Op. Cit.*, pág. 218

<sup>66</sup> Cfr. SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Op. Cit.*, pág. 372

El autor Miguel Soto Lamadrid comenta al respecto, que por la forma en que el Estado de Victoria (Australia) ha legislado la maternidad subrogada, debe entenderse que la sustitución materna llevada a cabo por razones altruistas, no constituye delito alguno.

“Este ejemplo legislativo (...) no castiga la subrogación en sí misma, sino, más bien, el carácter lucrativo de esta forma de reproducción, permitiéndonos concluir que la maternidad sustitutiva, realizadas por razones altruistas y sin ninguna remuneración, será inmoral y además ilícita en Australia, pero no delictiva.”<sup>87</sup>

Por lo que toca a nuestro país, hemos apuntado que el Estado de Tabasco es el único en legislar la maternidad subrogada: otorgando la filiación a la pareja contratante.

A nuestra manera de ver, la forma en que el Estado de Tabasco regula la maternidad subrogada es excesiva, pues no se limita a prever futuras controversias que pudieran surgir respecto a la filiación de sustitución en la gestación, sino que además, admite que el material genético provenga de una mujer distinta a la contratante. Con lo cual, surge la posibilidad de que en el proceso materno intervengan tres mujeres: la mujer contratante, la mujer sustituta y la mujer que ha donado su óvulo.

En cuanto al Distrito Federal, podemos señalar que no hay ordenamiento alguno que disponga expresamente sobre la maternidad subrogada; sin embargo, consideramos que dada la legislación actual que rige la fertilización asistida en el Distrito Federal, esta práctica es técnica y legalmente posible.

---

<sup>87</sup> Idem.

La afirmación que hacemos en el párrafo anterior, se basa en las razones siguientes:

- El Código Civil para el Distrito Federal admite que los cónyuges puedan utilizar, en términos de la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr tener un hijo propio (artículo 162, segundo párrafo).
- El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud admite las técnicas de fertilización asistida: inseminación artificial y fecundación in vitro con transferencia de embriones; mismas que, pueden emplearse para llevar a cabo la maternidad por sustitución (artículo 40, fracción XI).
- El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no prohíbe la maternidad subrogada, puesto que, su Título Segundo, Capítulo I, denominado: "Procreación Asistida e Inseminación Artificial" no tipifica a la práctica de subrogación materna.

Se desprende de lo expuesto líneas atrás, que la maternidad subrogada es una práctica de reproducción asistida: técnica y legalmente posible en el Distrito Federal; sin embargo, de presentarse un conflicto respecto a la filiación del niño nacido por esta práctica, estaríamos frente a un vacío legal, pues en la legislación civil del Distrito Federal no se dispone sobre la filiación que resulte de esta figura.

Ahora bien, tomando en cuenta el rechazo general sobre la maternidad subrogada en el ámbito internacional y atendiendo los diversos problemas que esta práctica de reproducción asistida implica: éticos, legales, sociales y hasta psicológicos, estaríamos por la prohibición de la subrogación materna.

No obstante, un sector de la doctrina apunta que el legislador no debe reducir su cometido al mero rechazo de la maternidad subrogada, pues los países que la han prohibido, no han logrado disminuir los casos de subrogación de vientre; por lo que al momento de legislar sobre la maternidad subrogada, debe considerarse no sólo su prohibición, sino también: el interés superior del niño que pudiera nacer como consecuencia de esta práctica de reproducción asistida.

Con relación al párrafo que antecede, la autora María Eleonora Cano comenta:

“El ordenamiento jurídico no deberá reducir su cometido al mero rechazo de esta práctica sino que, además habrá de contemplar la situación dada ante el hecho consumado. En efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en un status jurídico familiar y hacia ese norte habrá de dirigir el legislador toda su ciencia y sabiduría con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior del menor...”<sup>88</sup>

Por su parte, la autora Ivette Coll de Pestaña opina que la sola prohibición de la maternidad subrogada no resuelve todos los problemas que de ella derivan, por tanto, debe elaborarse un marco jurídico adecuado en el que se determine la filiación del hijo nacido por esta figura:

“El rechazo de esta figura y la prohibición de esta relación en aquellos lugares donde la ley así lo establece, no impiden que se continúe haciendo este tipo de inseminación. Sin un marco adecuado, una vez nacido el niño hay que determinar a quién pertenece este hijo, a veces como si se tratase de un objeto o de algo cosificado en el comercio de los hombres.

---

<sup>88</sup> CANO, María Eleonora. “Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada.” Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

¿Me lo quedo, lo vendo, lo cedo, lo permutó o lo dono? Una prohibición total de la maternidad subrogada no resuelve los problemas que de ella surgen, pues se mantienen el hecho de la concepción y del parto, el nacimiento del hijo y del destino del menor. ¿Dónde está el respeto que se le debe dar a la vida de los niños, cuando tratamos de ignorar su existencia?<sup>89</sup>

Asimismo, la autora Hernández Ibáñez apunta que debe plantearse la problemática desde el punto de vista del niño y determinar a quién corresponde la maternidad:

“La práctica nos presenta una realidad distinta desde el momento en que se ha dado y se siguen dando estos casos, entonces hay que plantarse el problema desde el punto de vista del niño que puede nacer como fruto de gestación contratada y preguntarse quién debería ostentar legalmente esa maternidad.”<sup>90</sup>

Finalmente, el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño señala que la protección del menor debe darse tanto antes como después de su nacimiento:

“Teniendo presente lo que se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.”

---

<sup>89</sup> COLL DE PESTAÑA, Ivette. “Análisis Crítico Sobre los Efectos del Desafío Genético en el Bienestar de los Niños.” *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Vol. 63, Núm. 3, julio – septiembre, 2002, pág. 115

<sup>90</sup> HERNÁNDEZ IBAÑEZ. Op. Cit., pág 445



Se desprende de las opiniones citadas, que el legislador no debe limitarse a la sola prohibición de la sustitución en la gestación, sino también considerar la protección jurídica del menor nacido como consecuencia de esta práctica de reproducción asistida, pues la posibilidad real de disociación materna que ofrece la maternidad subrogada y el hecho de que ésta se siga realizando, incluso, en los países que la prohíben, merece un marco jurídico adecuado en el cual se regulen las medidas necesarias, tendientes a proteger a las partes involucradas, pero sobretodo, al menor nacido por este tipo de maternidad.

De ahí, que el punto central sobre este tema siga siendo: la atribución de filiación, ¿a quién atribuirle la maternidad? ¿a la madre genética? o ¿a la madre gestante?; cuestión que a nuestro juicio, debe regularse de manera clara y precisa en el Código Civil para el Distrito Federal. Pues no debe disponerse sobre derechos en materia de reproducción asistida, sin prever las consecuencias del empleo de las diferentes técnicas que existen.

Por tanto, la maternidad subrogada se debe regular en el Código Civil para el Distrito Federal, garantizando que el menor nacido por esta figura tenga una filiación cierta.

En relación con la atribución *materno-filial* para el caso de sustitución en la gestación, el autor Miguel Soto Lamadrid expresa lo siguiente:

¿Quién puede ser mejor progenitor; el que lo es genéticamente y volitivamente, o quien cambió la idea durante el embarazo y, veleidosamente, decidió quedarse con el hijo ajeno, sintiéndolo propio?<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit., pág. 387

La idea anterior cuestiona si la madre genética puede ser mejor que la madre gestante, ya que fue ella quien tuvo la voluntad de traer al mundo a un hijo desde un principio, a diferencia de la madre gestante, quien a través del embarazo comenzó a encariñarse con la criatura.

Por otro lado, la autora Graciela Anselmi Cabral apunta que la maternidad legal no debe atribuirse a la madre gestante, al expresar que:

"Independientemente la opinión que merezca la maternidad subrogada, teniendo un pensamiento amplio y siendo concedora (como todos) que actualmente es un hecho su implementación, considero que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad, convicción certera y que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera. La mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera no tuvo "affectio nasciturus", y en el supuesto (no improbable) que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido hacia los que serían los padres."<sup>92</sup>

La autora Hernández Ibañez considera que el vínculo materno-filial debe atribuirse a la mujer contratante (pese a considerar el contrato de maternidad subrogada como inexistente), entre otras razones, por las siguientes:<sup>93</sup>

- Porque es la que ha deseado tener ese niño.
- Porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño.

---

<sup>92</sup> ANSELMI CABRAL, Graciela, I. "Métodos de Reproducción Asistida y su Incidencia Jurídica." Disponible en [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/derecho\\_familia.html](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/derecho_familia.html)

<sup>93</sup> HERNANDEZ IBÁÑEZ. Op. Cit., págs. 445 y 446.

- No cabe alegar por la gestante una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos existen, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto.
- Porque la mujer que ha llevado la gestación conoce que su misión en ese tipo de técnicas es dar a luz, para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado.

En nuestra opinión, la filiación materna del menor nacido por "sustitución en la gestación" debe atribuirse a la mujer que aportó el óvulo, pues además de reunir el factor genético, recae sobre ella, la voluntad procreacional.

Respecto a la relación *paterno-filial* derivada de la maternidad subrogada, consideramos que la filiación debe atribuirse al padre genético, pues éste tiene un lazo genético con el hijo y la voluntad procreacional. En tal sentido, el autor Francisco Lledo Yagüe señaló durante el II Congreso Mundial Vasco que existen más razones para atribuir la paternidad legal a la persona que haya aportado el material genético:

"... en caso del varón comitente -siendo el titular del gameto masculino- parece que existen más razones para imputársele la paternidad jurídicamente hablando (puesto que genéticamente nadie le puede dudar que es el progenitor) porque une a su componente fisiológico su voluntad de ser padre...."<sup>94</sup>

<sup>94</sup> LLEDO YAGÜE, Francisco. "El Alquiler de Úteros y el Problema de las Madres Sustituta o por Encargo." *La Filiación a Finales del Siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Ed. Trivium, 1987, pág. 342

De lo contrario, puede suceder que la paternidad legal la tenga un hombre que, aparte de no tener vínculo genético con el hijo habido en su matrimonio, tampoco tenga la voluntad de asumir el rol paterno y las obligaciones que dicha situación conlleva, lo cual puede presentarse si la madre gestante se encuentre casada, en términos del artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo expuesto a lo largo del presente trabajo, nuestra propuesta para regular la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal se enfoca en principio, a prever conflictos sobre la filiación que derive de esta práctica. De tal forma, que la relación filial se atribuya a los padres genéticos, quienes además de tener un vínculo genético con el niño, han tenido el afecto y la voluntad de que el hijo naciera.

Teniendo presente que, en el Distrito Federal no hay ordenamiento jurídico que prohíba la sustitución en la gestación; más por el contrario, el Código Civil para el Distrito Federal acepta el uso de cualquier método de reproducción asistida, pero sin establecer a quién debe atribuirse la maternidad en el caso de disociación materna. Por lo cual, consideramos que la filiación derivada de la maternidad subrogada debe regularse en la legislación civil del Distrito Federal.

Aunado a lo expuesto en el párrafo que antecede, debemos precisar que la propuesta para regular la maternidad subrogada que presenta la sustentante, se basa en la doctrina internacional que apunta que el legislador no debe reducir su cometido a la sola prohibición de la maternidad subrogada, en virtud de que ésta se sigue practicando, incluso, en los países que la prohíben. Por lo tanto, la maternidad subrogada debe legislarse atendiendo la situación jurídica del menor, es decir, previendo que éste nazca dentro de un ambiente familiar, conozca sus orígenes genéticos y tenga una identidad.

Nuestra propuesta para regular la maternidad subrogada en el Código Civil del Distrito Federal establece que la filiación derivada de la sustitución en la gestación se atribuya a los padres genéticos, en consideración de que éstos tienen un vínculo genético con el hijo y además, la voluntad procreacional. En este sentido, proponemos lo siguiente:

- Que la relación *materno-filial* derivada de la maternidad subrogada se atribuya a la madre genética, como una excepción al principio de que la maternidad se establece por el hecho del parto, y;
- Que la relación *paterno-filial* se atribuya al padre genético, independientemente de que la mujer sustituta se encuentre casada.

Concluiremos apuntado que, la maternidad subrogada debe regularse en el Código Civil para el Distrito Federal, a fin de resolver los conflictos que respecto a la filiación derivada de esta práctica pudieran presentarse; garantizando con ello, que el menor tenga una filiación cierta al momento de nacer.

A continuación transcribiremos el texto legal de las disposiciones que hemos considerado pertinentes para regular la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.

#### **4.2 Texto de las disposiciones legales pertinentes**

Del análisis realizado en este trabajo sobre la maternidad subrogada y de sus consecuencias sobre la filiación, consideramos que dicha práctica de reproducción asistida debe regularse en el Código Civil para el Distrito Federal, de la siguiente forma:

Con la adición de un párrafo segundo al artículo 360 y con la reforma al artículo 374 del mencionado ordenamiento legal.

En el anterior orden de ideas, comenzaremos por señalar el texto vigente del artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal y posteriormente el que contiene nuestra propuesta:

Texto vigente del artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

La propuesta que presentamos respecto al artículo mencionado, se basa en la adición de un párrafo segundo, donde aclaramos que la maternidad se establece por el hecho del parto como regla general (como se disponía en el Código Civil para el Distrito Federal antes de la reforma sufrida en mayo del 2000) y como excepción, que la maternidad corresponda a la madre genética cuando en el proceso reproductivo haya participado una segunda mujer en la gestación del hijo (sustitución en la gestación).

De esta forma, el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal quedaría como a continuación se transcribe:

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

Con respecto a la madre, la filiación de los hijos resulta del solo hecho del nacimiento; sin embargo, cuando en el

proceso reproductivo una mujer sustituya a otra durante la gestación y el parto, la filiación deberá atribuirse a la mujer que haya aportado su óvulo.”

Ahora bien, previendo futuras controversias que pudieran suscitarse con motivo de que la mujer sustituta se encuentre casada y por ende, el padre genético se vea imposibilitado para reconocer a su hijo, proponemos la reforma del artículo 374 del Código Civil del Distrito Federal.

El texto legal vigente del artículo 374 del ordenamiento citado dispone lo siguiente:

“El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”

Con la reforma que proponemos para regular la paternidad derivada de la subrogación de vientre, el texto legal del artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal, quedaría como a continuación transcribimos:

“Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de la maternidad subrogada, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”

### 4.3 Justificación

Como hemos señalado a lo largo del presente capítulo, la sola prohibición de la maternidad subrogada no ha impedido que esta práctica de reproducción asistida se siga realizando en todo el mundo, y a pesar de que en nuestro país probablemente no se han registrado casos de ésta índole, no podemos descartar que algún día se lleven a cabo.

Debemos precisar que en el desarrollo de la maternidad subrogada intervienen intereses tan apremiantes como: la vida y la dignidad humana; por lo que debe establecerse un marco jurídico adecuado, en el que se proteja a las partes involucradas, pero sobretodo, al hijo nacido por esta figura.

En tal sentido, recordemos que el Código Civil para el Distrito Federal admite el empleo de cualquier método de reproducción asistida, pero no establece a quién corresponde la filiación en el caso de disociación materna. Pues a pesar de que en el Código citado se admiten pruebas de tipo biológico para determinar la filiación, (con lo cual se puede favorecer a los padres genéticos respecto a la filiación del hijo nacido por sustitución en la gestación, en un momento dado); consideramos que la problemática real que surge con motivo de la fragmentación materna, debe resolverse de manera expresa en el Código Civil para el Distrito Federal. De tal forma, que la atribución filial del menor nacido como consecuencia de la sustitución en la gestación, no se preste a confusiones.

Por tanto, el tema de maternidad subrogada debe ser atendido por el Derecho de Familia, a fin de evitar futuras controversias respecto a la filiación que derive de esta práctica, y garantizar con ello, que el menor nacido como consecuencia de la subrogación materna, tenga una filiación cierta.



No olvidemos que la filiación es una institución jurídica que rige las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos, primos y tíos, etcétera. En tal sentido, consideramos que no puede negarse al niño nacido por subrogación materna, el derecho de tener una filiación cierta al momento de su nacimiento, conocer sus orígenes genéticos y tener una identidad.

## CONCLUSIONES

- PRIMERA.-** La filiación es la relación jurídica entre padres e hijos que implica derechos y obligaciones recíprocos, contenidos en la Ley.
- SEGUNDA.-** La disociación materna es posible, en virtud de los avances en materia de procreación asistida.
- TERCERA.-** La maternidad subrogada es la práctica de reproducción asistida mediante la cual, una mujer sustituye a otra durante la gestación y el parto de su hijo.
- CUARTA.-** La maternidad subrogada quebranta la máxima romana de *mater semper certa est*.
- QUINTA.-** La sustitución en la gestación suscita graves problemas respecto a la filiación, no sólo en la relación materna, sino también en la paterna.
- SEXTA.-** La maternidad subrogada debe regularse en el Código Civil para el Distrito Federal, a fin de resolver los conflictos que respecto a la filiación se puedan suscitar.
- SEPTIMA.-** El Derecho de Familia debe proteger al menor que nazca como consecuencia de la sustitución en la gestación.
- OCTAVA.-** La relación paterno-materno filial que derive de la sustitución en la gestación, debe atribuirse al hombre y a la mujer que hayan aportado el material genético, en virtud de que éstos tienen un vínculo genético con el hijo, y generalmente, también la voluntad procreacional.

**NOVENA.-** Proponemos la adición de un párrafo segundo al artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

Con respecto a la madre, la filiación de los hijos resulta del solo hecho del nacimiento; sin embargo, cuando en el proceso reproductivo una mujer sustituya a otra durante la gestación y el parto, la filiación deberá atribuirse a la mujer que haya aportado su óvulo.”

**DECIMA.-** Proponemos la reforma al artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de la maternidad subrogada, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo”.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

1. ANTONI VANRELL, Joan, CALAF, Joaquim y otros. Fertilidad y Esterilidad Humanas. Tomo I, 2ª edición, Ed. Masson, Barcelona - México, 1999.
2. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 4ª edición, Ed. Harla, México, 1997.
3. BRENA SESMA, Ingrid. El Derecho y la Salud. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, México, 2004.
4. CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Quinto, Vol. Segundo, Derecho de Familia. 9ª ed, Ed. Reus, Madrid, 1995.
5. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª edición, Ed. Porrúa, México, 2001.
6. CHERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo. Prueba de ADN. 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.
7. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación In Vitro y la Filiación. Ed. Jurídica de Chile, 1993.
8. HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? 2ª edición, Ed. Porrúa. México, 2000.
9. La Santa Biblia, Edición de Promesas Ed. Unilit.
10. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.
11. MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M. La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español. Ed. Dykinson, Madrid, 1994.
12. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. Derecho de Familia. 9ª edición, Ed. Porrúa, 1998.
13. SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

14. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*. Ed. Civitas, España, 1988.

15. ZANNONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.

## REVISTAS

1. BARRERA CRISTIANI, María Fernanda. "Presunción de Paternidad y Tutela Judicial Efectiva." *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 20, núm.20, México, 1996.
2. COLL DE PESTAÑA, Ivette. "Análisis Crítico Sobre los Efectos del Desafío Genético en el Bienestar de los Niños." *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Vol. 63, Núm. 3, julio - septiembre, 2002.
3. FLORES GARCÍA, Fernando. "Efectos Jurídicos de la Fecundación Artificial en la Especie Humana." *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLVII, Núms. 215-216, Septiembre - Diciembre, México, D.F, 1997.
4. GALVÁN RIVERA, Flavio. "La Inseminación Artificial en los Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil." *Revista Jurídica de Posgrado*, Año1, No. 2, Abril-Mayo y Junio, Oaxaca, México, 1995.
5. GANA WINTER, Claudia. "La Maternidad Gestacional: ¿Cabe Sustitución?" *Revista Chilena de Derecho*, Vol.25, No. 4, Octubre - Diciembre, 1998.
6. GONZÁLEZ TREFIJANO, Pedro José. "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y a las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida." *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1988, núm. 26.
7. GUZMÁN AVALOS, Aníbal. "Algunas Consideraciones Civiles de la Procreación Asistida." *Revista Jurídica Veracruzana*, T. LV, No. 71, Abril - Junio, Veracruz, México, 1995.
8. LAPLACETTE, Dora Rocío. "Contrato de Locación de Vientre." *Revista Prudentia Iuris*, No. 40, Noviembre, Buenos Aires, Argentina, 1995.
9. LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo." *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm, 7, segunda época, Madrid, invierno, 1994.

10. SILVA RUIZ, Pedro. "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta." Revista Anuario, Volumen 21, Valencia-Venezuela, 1998.

## DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Tomo II, Ed, Porrúa, México, 2000.
2. Programa de Formación de Padres. Tomo I, Maternidad. Ediciones Océano, España, 1986.

## PONENCIAS

1. KUTHY PORTER, José. Humanos a la Carta: Seres de Laboratorio. La Bioética. Un reto del tercer milenio, II Simposium Interuniversitario. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 122, México 2002.
2. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La Atribución de la Maternidad en la Gestación Contratada. La Filiación a Finales del Siglo XX. II Congreso Mundial Vasco. Ed. Trivium, 1987.
3. LLEDO YAGÜE, Francisco. El Alquiler de Úteros y el Problema de las Madres Sustituta o por Encargo. La Filiación a Finales del Siglo XX, II Congreso Mundial Vasco, Ed, Trivium, 1987.
4. MORENO LUQUE CASARIEGO. Reflexiones en Tomo a la Gestación por Cuenta Ajena. La Filiación a Finales del Siglo XX, II Congreso Mundial Vasco, Ed. Trivium, 1987.

## LEYES Y CODIGOS

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, 2003.
2. Código Civil para el Estado de Tabasco, Editores Anaya, 2002.
3. Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, 1998.
4. Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000.
5. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Agenda Penal del D.F. Ediciones ISEF, 2003.
6. Convención de los Derechos del Niño, Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.
7. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud. Agenda de la Salud, Ediciones ISEF, 2003.

## INTERNET

1. ANSELMI CABRAL, Graciela, I. "Métodos de Reproducción Asistida y su incidencia jurídica." Disponible en:  
[http:// www.justiniano.com/revista\\_doctrina/derecho\\_familia.html](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/derecho_familia.html)
2. CANO, María Eleonora. "Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada." Disponible en:  
<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
3. HUESCA, Patricia. "Sin Reglamentación en México las Técnicas de Reproducción Asistida". Disponible en:  
<http://www.cronica.com.mx/imprimir.php?idc=54166>
4. <http://www.comité.bioetica.org/mesa2.htm>
5. <http://www.embarazada.com/Mujer010E.asp>
6. <http://www.embarazada.com/Mujer010D.asp#top>
7. <http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>