

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LA NECESIDAD DE REGULAR LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN MEXICO**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

MÓNICA CECILIA CERDA HUERTA.

ASESOR: Dr. José Antonio Álvarez León.



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.

A MIS PADRES

Estoy emocionada porque nuevamente presentaré un examen profesional, solo que esta vez es para obtener un grado, quien mejor que ustedes saben que esta investigación la realicé con dedicación y empeño, se las dedico con mucho cariño.

Agradezco a Dios el que me haya permitido llegar a sus vidas en el momento preciso ¡gracias por todo lo que me han dado e inculcado!

Agradezco a los profesores de la máxima casa de estudios, el que dediquen parte de su tiempo a los alumnos que acuden a la misma. De manera especial a los Doctores: José Antonio Álvarez León; Genny Mireya Baeza López; Héctor Cantú Lagunas; Guadalupe Leticia García García y Julio César Kala por compartir su experiencia profesional y conocimientos.

Es un privilegio el que los universitarios contemos con profesores como ellos y a la vez un compromiso.

CONTENIDO

Preámbulo	III
Capítulo 1. Maternidad y reproducción asistida.	1
1.1 Concepto de madre y maternidad desde el punto de vista jurídico.	2
1.2 Concepto de madre desde el punto de vista médico.	4
1.3 Madres sustitutas (historia).	6
1.4 Infertilidad.	15
1.5 Reproducción Asistida.	19
1.5.1 Inseminación Artificial.	20
1.5.2 Inseminación <i>in vitro</i> y transferencia de embriones.	23
1.5.3 Crioconservación.	28
1.6 Definición de subrogación.	30
1.6.1 Maternidad Subrogada.	31
1.6.2 Portadora Subrogada.	35
Capítulo 2. El contrato de maternidad subrogada.	38
2.1 Países que admiten en su legislación el contrato de subrogación.	39

2.1.1	Estados Unidos de Norteamérica.	40
2.1.2	Francia.	46
2.1.3	España.	47
2.1.4	El préstamo de útero en diversos países.	50
2.1.5	Reglamentación Jurídica en México respecto a la maternidad Subrogada.	58
2.2	La Filiación en la legislación mexicana.	63

Capítulo 3. Esterilidad en los matrimonios y parejas estables.	71
3.1 El fenómeno social y la costumbre.	72
3.2 Concepto de ética.	72
3.3 Ética social y principios éticos.	79
3.4 Moral y Moralidad.	84
3.5 Ética Religiosa.	86
3.6 Derecho y Acto Jurídico.	87
3.7 Los actos jurídicos frente a la Ética Religiosa.	89
3.8 El niño no debe ser concebido para obtener alguna ganancia.	96
3.9 Índice de parejas estériles en México.	98

Capítulo 4. Regulación jurídica de la maternidad subrogada.	102
4.1 La Ley General de Salud y los métodos de reproducción asistida.	103
4.2 La Maternidad Subrogada regulada por un Contrato.	105
4.3 Inalienabilidad del cuerpo humano	127
4.4 Certeza jurídica del contrato.	128
Propuestas.	130
Bibliografía.	135
Anexos.	145

P R E Á M B U L O .

El problema que planteo en la presente investigación es estudiar la maternidad subrogada como una opción que tienen los matrimonios y parejas heterosexuales estables con problemas de infertilidad, teniendo el derecho de exigir la entrega del niño al nacer y la obligación de recibirlo. Advierto al lector que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace referencia a parejas, la legislación civil sólo considera las parejas heterosexuales por lo que me limito en la presente investigación a que la maternidad subrogada sea regulada como primer paso para las parejas heterosexuales; si el legislador considera conveniente que sea regulada esa situación para las madres solteras u otro tipo de parejas corresponderá a él y no a mi presentar la propuesta.

Previendo que en un futuro no muy lejano se presente la problemática de que una mujer pida a otra que lleve en su vientre al bebé porque ella no puede concluir con todo el periodo de gestación, hago la presente propuesta pues en el momento que este asunto deba ser dirimido y discutido por la autoridad, ¿qué pasará?, ¿está contemplado por nuestra legislación mexicana?, lo que propongo es que el producto concebido a través de la maternidad subrogada es hijo de la pareja que lo deseó y celebró el contrato con la madre sustituta,

independientemente de quien provenga el material genético; porque la mujer puede disponer libremente de su cuerpo (útero).

En el primer capítulo daré a conocer al lector en qué consisten y cuáles son los métodos de reproducción asistida, haré referencia a la infertilidad, ya que precisamente de ahí parto para presentar la maternidad subrogada como una alternativa para engendrar hijos que tienen las parejas heterosexuales con problemas de infertilidad. Se estudiará el concepto de maternidad subrogada desde el punto de vista médico-biológico, así como el concepto de madre y maternidad desde el punto de vista jurídico. Refiero el antecedente histórico que da lugar a la maternidad subrogada explicando cómo es que se ha presentado en otros países dicha problemática y las soluciones que se han dado.

En el segundo capítulo presentaré y estudiaré la doctrina y legislación existentes referentes a la maternidad subrogada en Estados Unidos de Norteamérica, Francia, España y otros países así como la reglamentación jurídica existente en México respecto a la maternidad subrogada; también trataré lo relativo a la filiación; las motivaciones por las cuales una pareja decide contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden esgrimirse, en la

imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo.

El efecto de impacto social que puede tener el concepto de maternidad subrogada en la legislación mexicana se analizará en el tercer capítulo, tomando en cuenta la ética, los principios éticos y la moral, haciendo referencia a la esterilidad e infertilidad. Sin embargo, hay que tener presente que las técnicas de reproducción asistida son altamente costosas, por lo que no todas las personas tienen acceso a ellas. La maternidad subrogada, a su vez, va a resultar costosa; no obstante resulta conveniente que la misma esté regulada por la legislación mexicana antes de que se presente un conflicto legal.

Conocer los conflictos sociales que puede causar la maternidad subrogada al ser regulada por la ley, serán presentados en el cuarto capítulo al proponer que la maternidad subrogada sea regulada a través de un contrato sui generis. Expondré en forma breve qué es un contrato, los elementos de existencia y de validez del mismo ya que sin la existencia del mismo la pareja contratante, la mujer que va a prestar su útero y el producto concebido quedarían desprotegidos.

Capítulo 1.

MATERNIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1 Concepto de madre y maternidad desde el punto de vista jurídico.

Por naturaleza, el cuerpo femenino está diseñado para la reproducción; no obstante, puede ser que por algún motivo, como la no ovulación de la mujer, los problemas de quistes en los ovarios, la extirpación de la matriz o los ovarios trae consigo la infertilidad; presentándose alguno de esos casos es que se recurre a la ciencia, a través de los medios científicos actuales, que van desde tratamientos hormonales hasta necesitar de una cavidad ajena para intentar que un óvulo fecundado por el esperma sea implantado en un cuerpo ajeno del propio a efecto de tener un hijo. Es importante comprender los diferentes significados que tiene la palabra **madre** y cómo es entendida.

Por **madre** se entiende:

“Mujer que ha dado a luz uno o más hijos. La condición de madre varía civilmente según lo sea en estado de soltería, matrimonio, divorcio o viudez, conforme a las reglas que luego se exponen. Aun cuando tal situación es excepcionalísima, cabe ser madre después de muerta, en los instantes que siguen al fallecimiento y procediendo a extraer la criatura por medios artificiales. Cuando el parto se produce en época

normal, o cuando la viabilidad del feto es lo más probable, la circunstancia de nacer muerto o de morir al nacer éste, no priva de la condición de madre a quien ha dado a luz".¹

La maternidad entonces, se concibe como el "estado o cualidad de madre".²

De las definiciones anteriores se desprende que es madre la mujer que engendró al hijo, independientemente si el óvulo es de ella y el esperma del esposo o de un donador. Se puede ser madre soltera, esto es cuando la mujer concibe al niño fuera de matrimonio, pudiendo ser a través de una relación sexual o de una inseminación artificial heteróloga (más adelante explicaré en qué consiste). También puede ser madre una mujer divorciada y viuda. Hay que tener presente que no está considerada la maternidad subrogada en las definiciones jurídicas ni médicas por ser un tema novedoso en nuestro país ya que lo que conocemos como maternidad subrogada es la forma en como puede darse o se da en otros países, más no es conocido de algún caso en particular que se haya presentado en nuestro país hasta el momento, ya que de hecho el Código Civil para el Distrito Federal no contempla

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo III. Buenos Aires, Heliasta. 1976. p. 596.

² Dox Melloni, Eisner. *Diccionario Médico Ilustrado de Melloni*. Barcelona. Reverté, 1982. p.316.

la figura de la maternidad subrogada. Es conveniente tener presente otros de los conceptos que existen de madre, los cuales preciso a continuación.

1.2 Concepto de madre desde el punto de vista médico.

La ciencia médica define la maternidad como la "relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre".³

Se entiende que es madre la persona que con el óvulo da vida a otro ser, esto es que al unirse el óvulo con el espermatozoide dan vida a un ser; sin importar si el óvulo es de ella o de otra persona como puede presentarse en la maternidad subrogada.

De lo anterior se concluye que por **progenitora**, se entiende "Cualquier célula u otra estructura de la que se forman otros cuerpos semejantes".⁴ La unión del óvulo con el espermatozoide dan por resultado un ser, del cual

³ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. p.2

⁴ *Diccionario de Ciencias Médicas. Stedman*. 25ª edición. Buenos Aires. 1993. p.850

generalmente la madre es la portadora del mismo, hago mención a “generalmente” porque puede darse el caso de que el embrión sea implantado en el útero de otra mujer (la portadora) llamada madre subrogada y entonces se estaría ante el cuestionamiento de ¿quién es la madre? ¿La que aportó el óvulo y el espermatozoide de su esposo o la que durante los nueve meses de gestación lo tuvo en su vientre?

Biológicamente, se define madre como

“la separación del organismo materno, por vías naturales, del feto y sus anexos. Comprende, respecto de la madre, tres períodos (dilatación, expulsión y alumbramiento) y respecto del feto, cuatro períodos (reducción, descenso, rotación intrapélvica y desprendimiento)”.⁵

Como se puede observar, desde los puntos de vista médico y jurídico se considera **madre** a la mujer que por medio del parto tiene al hijo. No obstante ello, existen mujeres que adoptan niños y no por ello dejan de ser madres; ya que madre no es traer en el vientre al embrión sino cuidar al niño una vez que se desprende del seno materno; y el cuidado consiste en alimentarlo,

⁵ Dirección Electrónica: Matozzo De Romualdi, Liliana A. *Publicado en El Derecho*, (Buenos Aires) 30 de marzo de 1999. No. 9722, año XXXVII, P.1

cambiarle los pañales, proporcionarle atención médica, educación, diversión, vestido, apoyarlo en sus decisiones y todo ello lo puede realizar una madre adoptiva, por ello parto de la idea de que madre es quien lo cuida y atiende como tal, independientemente de que no haya vivido el embarazo en su cuerpo, le tiene cuidados y atenciones. Pero vuelvo a lo citado anteriormente ¿qué sucede con las madres subrogadas?, ¿son consideradas madres o no?; para ello vale la pena conocer el inicio de las madres subrogadas o madres sustitutas, por lo que el siguiente concepto a tratar es el de *madre sustituta*.

1. 3 Madres sustitutas.

Es un concepto nuevo, el antecedente de las madres sustitutas surge en 1975 en **California, Estados Unidos**, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde

luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

En **1984** se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética, en **Los Ángeles (EE.UU.)**. Como consecuencia, en tales países comenzaron a surgir numerosos problemas ético-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que rigen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso el derecho a la vida.

“Uno de los casos mas resonantes fue el denominado ‘Baby M’ ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de \$10,000 dólares.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Melisa, de donde deriva el nombre del caso Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse

de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de Nueva Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esa sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tendencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para la niña; luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita".⁶

Ese fue el primer conflicto de maternidad que se suscitó en los Estados Unidos y los legisladores no estaban preparados para resolverlo debido a que se trató de un acto jurídico novedoso, después de ese caso algunos estados comenzaron a regular lo referente a la maternidad subrogada, aceptándola o no. En las que fue aceptado comenzaron a surgir leyes en la materia, por ello es conveniente que antes de que surga un problema

⁶ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. p.p. 5, 6.

similar en México, se encuentre previsto en la legislación, así se aplicará la ley conforme corresponda.

“En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad”.⁷

Sin embargo, en los Estados Unidos ya se había suscitado una situación parecida:

“El Dr. Richard Levin, de la ciudad de Louisville, del Estado de Kentucky, fue la primera persona en organizar contratos de maternidad sustitutiva, al abrir, en 1980 una Asociación de Maternidad por Sustitución (Surrogate parenting associates). El Dr. Levin dijo que miles de parejas sin hijos buscaban sus servicios y que millares de señoras se mostraron interesadas en ser madres por sustitución.

El Dr. Levin acepta, para el servicio de madres por sustitución, sólo a señoras casadas que ya tengan sus propios hijos. Las candidatas deben someterse a un examen físico y psiquiátrico muy completo. Firman un contrato mediante el cual ellas se comprometen a entregar el niño cuando nazca y a abstenerse de

⁷ Dirección Electrónica: Guiaron Fuentecilla, J. "La genética y el Derecho familiar". Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, p. 73.

fumar, tomar licor e ingerir drogas durante el embarazo. La pareja y la madre por encargo nunca se encuentran cara a cara y nunca conocen mutuamente sus nombres.”⁸

En su esencia, se reduce a un contrato de compraventa de un niño. Por ejemplo, Steven L. Beshear, el Procurador General del Estado de Kentucky, en los Estados Unidos, sostiene que pagar por contratos de maternidad por sustitución es violatorio de la ley del estado, que prohíbe pagar por la concepción de un niño con fines de adopción.

En **1987**, en **Gran Bretaña** la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. El acuerdo se efectuó mediante las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14,000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta en tanto el Tribunal de menores dictara una resolución. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió

⁸ Dirección Electrónica: Matozzo De Romualdi, Liliana A. Op. Cit. P.3

que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

“En **Australia**, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente”⁹. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora. Transcribiré las palabras expresadas por la señora al diario *El País (España)* el 6 de agosto de 1984: ***“Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”***.

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que prohíbe a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

⁹ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. p.p. 6, 7. Comitente.- persona que confiere a otra el encargo de realizar en su nombre y representación determinado acto.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se le había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido *in vitro* producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Es menester hacer la aclaración que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80,000 dólares.

“La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja”.¹⁰

“Acercas de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su código civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con

¹⁰ Dirección Electrónica: Martínez Pereda Rodríguez. p. 37

quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica”.¹¹

En Italia se presentó un caso en el cual una mujer, debido a una malformación en su aparato genital, se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo aunque sí podía producir ovocitos, por lo que en 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir ese cometido en 1999. Sin embargo, durante ese tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esa circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones fueran implantados en la madre sustituta. El 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a la pareja para utilizar los servicios de una madre de alquiler, aduciendo que la intervención se llevaba a cabo por amor y no por dinero y

¹¹ García Rubio, Mari Paz. *Consideraciones respecto del derecho civil español (Tapia)*. “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida”. Octubre 1987, año VII, N 36, p. 73.

porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, por lo que la madre subrogada procedió a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos pudieron adoptarlo.

De lo anterior se constata que la maternidad subrogada existe desde los años 70's algunos países ya la han regulado, por lo cual nosotros no debemos cerrar los ojos ante esa posibilidad de traer un hijo al mundo. En muchos casos la mujer que cede su útero recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo.

Es oportuno señalar que a pesar de contar con avances científicos de última generación, ocurre que en la actualidad los alimentos se encuentran muy procesados; el medio ambiente está demasiado contaminado; las telas que se emplean para elaborar la ropa son sintéticas y ello ha influido para que muchas mujeres sean estériles. Lo que ocasiona se presente en las parejas heterosexuales el problema de la infertilidad, el cual precisaré en qué consiste a continuación.

1. 4 Infertilidad.

Tanto la mujer como el hombre pueden verse involuntariamente incapacitados para engendrar un nuevo ser luego de haberlo intentado en diversas ocasiones; si dicho fallo se manifiesta, por lo menos durante doce meses, se diagnostica la infertilidad. Esta imprevisibilidad de la naturaleza suele producir toda una serie de desequilibrios emocionales y psicológicos que traen aparejados problemas socioeconómicos y jurídicos que pudieran llevar incluso a la disolución de la pareja.

“La infertilidad, como problema de salud, se presenta según estadísticas internacionales entre el 8% y el 15% de las parejas en la etapa reproductiva de la vida. De ahí, la importancia de que se tomen adecuadas medidas para su tratamiento”.¹² Se indaga quién de los dos es el infértil, una vez que se tiene conocimiento de ello, es factible conocer los medios de reproducción asistida que existen a efecto de estar en posibilidad de elegir el más adecuado; por supuesto, después de los estudios médicos correspondientes y bajo la supervisión médica.

12 Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth; Alvarez Buillas, Sandra M. Aspectos ético legales de las tecnologías de reproducción humana. Enero 16 de 2001. La Habana. P. 1

La infertilidad femenina, de acuerdo con el *University*, se define como:

“la incapacidad de la mujer para tener descendencia debido a que el óvulo, a pesar de haber sido fecundado, no se alberga en el útero el tiempo que le corresponde, sino que, ya sea por defectos del miometrio, hormonas, metabolismo materno o por trastornos del propio huevo, se desprende y es eliminado como aborto. Las mujeres infértiles se caracterizan por padecer abortos habituales”.¹³

Cabe mencionar que la infertilidad es, hablando con propiedad, una condición patológica que afecta solamente a parejas heterosexuales. No se puede decir en un sentido apropiado de una pareja homosexual que sea “infértil”, con lo cual no podría pedir acceso a las formas de procreación asistida de fondos públicos o tecnología reproductiva como la Fertilización In Vitro (FIV), ya que se supone que es un tratamiento para la infertilidad. Sin embargo,

“a no ser que uno arbitrariamente defina la ‘infertilidad’ en términos de patología heterosexual, no hay razón por la que no debería usarse para describir la situación de una pareja homosexual que desea tener un niño y formar una familia. Una

¹³ *Diccionario Enciclopédico University de términos médicos*. Interamericana, México, 1981. P. 536.

pareja así debería describirse como 'situacionalmente infértil'. Sin duda, para mucha gente esto parecerá tan extraño como hablar de un matrimonio homosexual, pero es un hecho que algunas parejas homosexuales tienen niños y establecen una familia". ¹⁴

En la actualidad el concepto de familia que teníamos, esto es el padre, madre e hijos ha variado o caído en desuso para algunos, ya que con las uniones que se presentan de dos hombres, esto es una pareja de (homosexuales) o de mujeres (lesbianas) puede presentarse el caso de que deseen tener un hijo; obviamente que por vías naturales no va a ser posible; dentro de las opciones que tienen estaría la adopción, la cual en México no ha sido aprobada para este tipo de parejas, otra opción sería la maternidad subrogada, la cual todavía no ha sido regulada en México.

En un informe australiano reciente, *Acces to Reproductive Technology*, del antiguo Comité Consultivo Nacional de Bioética, se enfatiza hasta dónde se extiende el concepto de infertilidad.

Incluso la cuestión de quién es infértil es un tema de juicio, ¿se puede considerar infértil en el sentido de que se está en una

¹⁴ Charlesworth, Max. *La Bioética en una sociedad liberal*. Gran Bretaña, Cambridge University Press. 1996. P. 79

situación de infertilidad, a una mujer fértil cuya pareja ha sido sometida a una vasectomía? ¿es infértil una pareja que tiene cuatro hijos (dos hijos de sendos matrimonios) y que ahora no puede engendrar hijos? ¿se considera su incapacidad para concebir igual que la de una mujer sin niños que ha experimentado una década de tratamientos sin éxito por bloqueo de conductos? ¿es infértil una mujer fértil para la que el embarazo es un riesgo para su salud y quizá para su vida? ¹⁵

No hay respuesta a estos cuestionamientos. Sin embargo, el punto es coloquial que, en el caso de la mujer que es fértil y su esposo fue sometido a la vasectomía, a mi parecer ella no debe ser considerada infértil; en virtud de que biológicamente puede ser madre, claro que atendiendo a los principios morales no podrá serlo ya que su esposo es infértil y ella, con el único que debe tener relaciones sexuales es con su marido. Pero supongamos que el marido fallece o se separan y ella tiene otra pareja que no es infértil, entonces como ambos son fértiles pueden concebir un niño.

La respuesta al segundo y tercer cuestionamientos que plantea el comité se puede inferir, tal vez el problema del matrimonio no es tan grave y quizás con un

¹⁵ Op. Cit. p. 80.

tratamiento para la infertilidad estén en posibilidad de engendrar a un niño; a diferencia de la mujer que por una década no ha podido embarazarse. Para dar respuesta si es infértil una mujer fértil para la que el embarazo es un riesgo, yo creo que depende del punto de vista de cada quién considerar cuándo se es fértil o infértil, porque biológicamente es fértil, pero si se somete a un embarazo puede morir, entonces sería preferible para ella evitar embarazarse y buscar alternativas para tener un hijo. Después de haber visto en qué consiste la infertilidad, es oportuno precisar en qué consiste la reproducción asistida, ya que por medio de ésta una pareja puede concebir un hijo.

1.5 Reproducción Asistida.

En el último cuarto de siglo, la medicina ha dado un salto gigantesco en el tratamiento de los trastornos de reproducción por las posibilidades de congelación, almacenamiento y manipulación del material genético y el desarrollo acelerado de las nuevas técnicas de concepción o reproducción asistida. Surgiendo debates debido a las trascendentales implicaciones éticas y legales de las mismas.

La reproducción asistida

“es el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. Es el conjunto de procedimientos diversos que implican intervención médica en alguna de las fases reproductivas”.¹⁶

Esto significa que la medicina puede auxiliar a una pareja, heterosexual que no puede concebir por medio del acto sexual, por medio de alguno de los diversos métodos de reproducción asistida como los que a continuación citaré.

1.5.1 Inseminación Artificial.

La inseminación artificial es “un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer”.¹⁷ Esto es que la introducción del esperma a la zona cervical de la mujer será por medio distinto a la unión sexual.

¹⁶ Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth y Álvarez Buillas, Sandra M. Op. Cit. P. 2

¹⁷ Dirección Electrónica: Anselmi Cabral, Graciela I. Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica. P.2

La procreación artificial puede ser *homóloga* cuando el semen proviene del marido, y *heteróloga* cuando procede de un donante. Precisando que no existe unión sexual en ninguna de las dos formas de procreación artificial; esto es que la inseminación artificial se le puede realizar a una mujer con semen de su marido o bien puede acudir a un banco de donadores de semen y le es realizada.

Existen diversos tipos de inseminación artificial, los cuales a continuación describiré de manera sencilla precisando en qué consiste cada uno de ellos y cómo es su aplicación; a efecto de conocer algunos de los métodos a los que puede recurrir una pareja con problemas de infertilidad que desee tener un hijo.

a) Inseminación con semen del marido o compañero Inseminación Artificial Homóloga (IAH).

“La inseminación homóloga es uno de los métodos más antiguos, para ella se han utilizado diferentes procedimientos, entre los que se incluyen la intrusión del semen en la vagina, en el cuello del útero, dentro de éste, etc.

Se basa en la toma del semen, el cual es conservado en condiciones ideales hasta el momento de su utilización”.¹⁸

Es un procedimiento que en muchos países se utiliza en la propia consulta del médico, sin necesidad de grandes recursos.

La inseminación artificial homóloga, desde el punto de vista jurídico, no presenta inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido y coincide la paternidad biológica con la legal.

b) Inseminación con espermatozoides de donante IAP.

“En la inseminación heteróloga, la obtención y preservación del semen es similar a lo planteado anteriormente. El donante de semen puede ser conocido o anónimo, según la legislación de cada país, la cual debe definir, además, la filiación de los niños concebidos de esta forma. Si bien es cierto que con este proceder hay introducción de gametos de terceras partes en la unidad familiar, ésta representa una solución positiva a los problemas reproductivos y al menos el niño mantiene el nexo genético con la madre”.¹⁹

¹⁸ Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth y Álvarez Buillas, Sandra M. Op. Cit. P.2

¹⁹ *Ibíd.*

En la inseminación heteróloga el hombre, ajeno a la pareja, que ha donado su semen para que se efectuó la inseminación, a pesar de ser el padre genético o biológico, no puede establecer relaciones de filiación con el niño concebido, por tanto se priva al padre natural de todos los derechos y obligaciones con respecto a éste, se le releva de responsabilidades.

En este tipo de inseminación, se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, ya que interviene un donante.

1.5.2 Inseminación *in vitro* y transferencia de embriones.

Se denomina inseminación "in vitro" la que se realiza (fuera del cuerpo de la mujer) y luego de la obtención de los ovocitos (de los ovarios) de la esposa, y de una preparación especial de los espermatozoides del marido (o, de la pareja estable). Si hubo fertilización y de ella se desarrollaron embriones, estos son colocados en el útero de la mujer.

En medicina se conoce a la **Fertilización *in vitro*** como **FIV** y a la **transferencia de embriones** como **ET**.

Este término se utiliza para referirse al proceder por medio del cual se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, utilizando los gametos propios de la pareja o provenientes de donantes.

Para la producción de óvulos se estimulan los ovarios de la mujer y luego se extraen por métodos dirigidos por ultrasonido; los óvulos y espermatozoides se unen en tubo de ensayo y son incubados juntos por un lapso de 12 a 18 horas.

Después de otras 48 a 72 horas el o los preembriones así obtenidos (huevo fecundado dividido) son transferidos a la cavidad uterina por vía vaginal percervical (a través del cervix) y a las dos semanas es posible detectar el embarazo.

Inicialmente las técnicas de fertilización in vitro y transferencia de embriones fueron diseñadas para el tratamiento de los trastornos irreversibles de las trompas de falopio.

Sin embargo, con el tiempo su campo se ha ampliado al incorporarse otros procedimientos de reproducción asistida, extendiéndose su indicación a otras

afecciones que causan infertilidad, obteniéndose resultados con alto grado de efectividad, tanto en la mujer como en el hombre.

Estas técnicas se han aplicado a mujeres con ausencia de ovarios o de útero. En el primer caso, fecundando un óvulo de donante, en el segundo caso, recurriendo a mujeres que prestan su útero para gestar el embrión obtenido *in vitro*. También se utilizan en la prevención de enfermedades genéticas transmisibles, como pueden ser: la diabetes, enfermedades cardíacas, el cáncer, enfermedades cardiovasculares (hipercolesterolemia y aterosclerosis), enfermedades neurodegenerativas (el mal de Parkinson y el Alzheimer) por mencionar algunas.

Los criterios médicos para la aplicación de las técnicas de fertilización *in vitro* y de transferencia de embriones se pueden resumir de la siguiente forma: Pacientes de menos de 40 años, fracasos en tratamientos previos, útero normal o con anomalías reparables, función menstrual normal o corregible y buena salud física y mental.

Dentro de estas técnicas de reproducción se encuentran:

a) Fertilización *in vitro* con semen donado: Ha sido utilizado principalmente en el tratamiento de la infertilidad masculina con el uso de las nuevas técnicas de separación de espermatozoides y su contacto directo con el óvulo en un medio *in vitro*, se ha podido aumentar la potencia fertilizante en el hombre con oligoespermia, pero se sabe que, además, del número de espermatozoides, es necesario que un alto porcentaje de éstos tengan buena movilidad; por eso, cuando el hombre es subfétil por alguna razón y en la mujer existe alguna causa de infertilidad que pueda mejorarse con esta técnica, éste es el método indicado.

b) Fertilización *in vitro* con óvulo donado: Esta modalidad se usa cuando la mujer es incapaz de proveer sus propios óvulos o éstos tienen algún defecto genético. Los óvulos pueden ser donados específicamente por algún familiar o amiga, pueden ser obtenidos durante algún proceder quirúrgico o ser óvulos sobrantes provenientes de otra mujer sometida a fertilización *in vitro*.

c) Donación de preembriones provenientes de la fertilización *in vitro*: Este procedimiento es indicado cuando ambos miembros de la pareja tienen factores que impiden la fertilización. Los preembriones donados pueden provenir de los producidos en exceso para donación, de preembriones criopreservados o frescos al hacerse indeseable o imposible su implantación por diferentes razones.

De la utilización de este método resulta una situación algo similar a la adopción; la pareja utiliza gametos provenientes de terceras partes, por lo que ninguno de los miembros tendrá relación genética lineal con la descendencia.

d) Lavado uterino para transferencia de embriones: Este proceder se basa en el lavado uterino con el fin de obtenerse preembriones para su posterior implantación en una mujer fértil, por ello la donación del óvulo fertilizado se considera una forma de donación prenatal, planteándose además que representa una forma especial de subrogación del donante.

Para su realización es importante que la donante se abstenga de tener relaciones sexuales, por lo menos cinco

días antes de la fecha esperada de ovulación. La mujer es inseminada con el semen del marido de la mujer infértil, pudiéndose realizar la inseminación con semen de donante si aquél presenta problemas de fertilidad.

Transcurridos de cinco a seis días de la inseminación, se introduce un catéter en la cavidad uterina y se realiza el lavado para obtener el preembrión, el cual posteriormente es transferido e implantado en la receptora.

1.5.3 Crioconservación.

a) Crioconservación de semen: Consiste en la congelación del semen para su posterior uso, para lo que existen bancos de semen, encargados del aseguramiento del material reproductivo necesario.

La crioconservación del semen se utiliza para garantizar el deseo de tener descendencia de los hombres, especialmente en caso de que vayan a ser sometidos a operaciones con riesgo de daño testicular, a tratamientos con radiaciones o fármacos que puedan

afectar su fertilidad, en caso de enfermedades tumorales o degenerativas, etc.

b) Crioconservación de óvulos: Las condiciones tecnológicas aún no han posibilitado la utilización práctica de éste proceder en la actualidad. El principal inconveniente radica en que el óvulo es una célula única con una masa relativamente grande de citoplasma, por tanto más susceptible a destruirse por los efectos de la congelación-descongelación.

Teóricamente se rige por principios similares a los de la criopreservación de espermatozoides: llevar el óvulo en un soporte hipotérmico de temperatura ambiente a -196°C .

c) Crioconservación de preembriones: Con el desarrollo de la técnicas de fertilización *in vitro*, se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxitos de los embarazos. Esto ha hecho que se tome en consideración la preservación por congelación de embriones supernumerarios para ser empleados posteriormente en otros embarazos de la pareja, no obstante pueden ser donados a otras parejas infértiles o ser utilizados para otros fines como las

investigaciones o experimentación. Esto debe quedar bien establecido por la pareja antes de que se inicie el proceso de crioconservación.

De los diversos métodos que existen de reproducción asistida, se puede advertir que aquellas parejas casadas o no, que se someten a este tipo de técnicas tienen una real voluntad de ser padres. Evidentemente que ellos quieren ser parte activa en el hecho biológico, y son quienes con su decisión le dan nacimiento a un nuevo ser.

1.6 Definición de subrogación.

Después de haber visto de forma muy sintetizada en qué consisten los métodos de reproducción asistida, a través de los cuales una pareja puede concebir un hijo, procederé a definir qué es subrogar ya que en esta investigación lo que me interesa es tratar la Maternidad Subrogada como una opción para engendrar un hijo, figura que no es contemplada en su totalidad por la Legislación Mexicana.

Subrogar significa:

“sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podría hablarse de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados o suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros”.²⁰

La definición anterior da la posibilidad de sustituir la matriz de una mujer por la de otra, pues de lo que se trata en la Maternidad subrogada es de prestar o alquilar el útero, a efecto de que el embrión pueda desarrollarse de la mejor manera con los debidos cuidados y que nazca el producto (bebé) sano.

A continuación presentaré lo que se entiende por maternidad subrogada, a efecto de que el lector, en los capítulos subsecuentes, tenga un concepto preciso sobre ella.

1.6.1 Maternidad Subrogada.

La existencia del preembrión fuera del cuerpo de la mujer que aporta el óvulo también ofreció la posibilidad de su transferencia e implantación en otra mujer que lo

²⁰ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. P. 2.

anida, lleva el embarazo y, después del parto, entrega al niño al matrimonio o pareja que lo solicitó.

En general a la mujer que alberga el embrión y lleva a término el embarazo se le ha llamado "madre sustituta, alquilada, suplente, portadora, subrogada, etcétera". Y al fenómeno como tal se le ha denominado como "alquiler o préstamo de útero, maternidad subrogada, gestación de sustitución, maternidad por encargo, etc".

Considero pertinente señalar que al leer acerca de la maternidad subrogada aparece el término **portadora subrogada**, debiendo entender que es quien aporta sólo el componente gestacional de la reproducción (útero) mientras que la madre subrogada puede aportar tanto el componente genético (óvulo) como el gestacional.

Se entiende por madre subrogada una mujer que ha sido inseminada artificialmente con el semen de un hombre que no es su marido, gestando un hijo el cual posteriormente deberá entregar al matrimonio o pareja que lo solicitó.

La maternidad subrogada se emplea cuando hay una mujer incapaz de proveer los componentes genético y

gestacional del embarazo; se conoce el caso de mujeres a las que se les ha extirpado el útero y los ovarios, cuando existe la posibilidad de que la mujer transmita una enfermedad o defecto genético a su descendencia, cuando hay un agotamiento en la producción de óvulos (menopausia precoz).

El término maternidad subrogada, fue acuñado en 1981 por Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, que fue el primero en reclutar *mujeres criadoras* para atender la solicitud de parejas infértiles. Es esta una modalidad más de reproducción asistida. Maternidad subrogada "es la substitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a (madre) la connotación de mujer gestante".²¹

Algunos textos citan que sería mejor hablar de "gravidez subrogada" que de "maternidad subrogada", como en *Ética Médica (Colombia)* pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para el embrión genético de otro, lo cual puede hacerse por altruismo o por comercio, y mediante súplica o por contrato. Se trata de una modalidad *sui generis* de gestación.

21 Dirección Electrónica: *Ética Médica (Colombia)*. P.3

La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.²²

Esta técnica, que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1.- La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2.- La madre portadora, además, aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.

3.- El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

²² Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. P. 2,3.

“En el supuesto planteado en el punto dos, no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético. Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratante - cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el esperma - y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño. Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan harto dificultosas y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, como así también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática”.²³

De ahí la urgencia de que las legislaciones de todo el mundo contemplen la figura de maternidad subrogada y la regulen, sea que la acepten o la prohíban. Para el caso de aceptarla se identifiquen todas las posibilidades que se pueden presentar y regular cada una de ellas.

23 Op. Cit. P. 3.

1.6.2 Portadora Subrogada.

En el punto anterior hice referencia que al leer respecto a la Maternidad subrogada, aparece el término de portadora subrogada, debiendo entender que es quien presta el útero únicamente.

“Su uso está indicado cuando los ovarios de una mujer tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad o por afectaciones limitantes para la vida de la mujer o por afecciones que pueden poner en peligro la vida del niño. En estos casos el óvulo de ésta mujer es fertilizado con los espermatozoides del marido y el preembrión resultante es transferido a la portadora subrogada”. ²⁴

Por lo que la portadora subrogada únicamente presta o alquila su útero al componente genético (óvulo y espermatozoide =embrión) de la pareja solicitante; y se obliga a cuidarlo dentro de ella hasta el término de la gestación para que una vez que nazca lo entregue a la pareja que lo solicitó, esto es a sus padres.

En la presente investigación emplearé el término “madre subrogada”, independientemente de que el

²⁴ Dirección Electrónica: Etica Médica Op. Cit. P.5

material genético provenga de ella o no, entendiendo que será la mujer que llevará la gestación del embrión durante todo el proceso de embarazo. No haré referencia a la portadora subrogada a efecto de no hacerlo complicado, máxime que al no encontrarse regulada por el Código Civil para el Distrito Federal la figura de maternidad subrogada, tampoco lo está el de portadora subrogada, por ello es que no voy a realizar una distinción entre ambos términos, no obstante que son diferentes.

Capítulo 2.

EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

En el capítulo anterior quedó definida la maternidad subrogada, como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca; término que voy a emplear en el resto de la investigación. A continuación precisaré en qué países se encuentra legislada esta práctica y en qué forma.

2.1 Países que admiten en su legislación el contrato de subrogación.

Existen miles de parejas heterosexuales que tienen problemas de infertilidad en el mundo, por lo cual es importante conocer en qué países se encuentra regulada la maternidad subrogada a efecto de emplearla si se requiere, sin cometer delito.

Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida implican necesariamente un amplio abanico de conocimientos y disciplinas. Al estudio meramente técnico, apasionante como es ya en sí mismo, ha de acompañar, y cada día más, un estudio jurídico, dadas las incalculables consecuencias que tales operaciones tendrán en el ámbito del derecho civil de todos los países,

debido a que un alto porcentaje de parejas heterosexuales tienen problemas de infertilidad.

“En Alemania, Dinamarca, Francia, España, Inglaterra y Suecia, tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida, las parejas heterosexuales, unidos en matrimonio formalizado en unión consensual”.²⁵

2.1.1 Estados Unidos de Norteamérica.

Cuando se habla de maternidad subrogada, se piensa en Estados Unidos, tal vez porque se tiene noción de que la Corte Estadounidense ha resuelto conflictos relativos a la maternidad subrogada como ya se vio en el capítulo 1.

“En los Estados Unidos de Norteamérica se han creado agencias que contratan mujeres para ser madres sustitutas, llegándose al colmo de pensar en importar jóvenes de Oriente (Korea, Thailandia y Malasia), lo que significa tratarlo como negocio”.²⁶

“Las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o

²⁵ Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth; op. Cit., p. 7.

²⁶ Dirección Electrónica: *Ética Médica* (Colombia). p.4.

baja, que se encuentran en dificultades económicas. Hace diez años se les remuneraba con honorarios que llegaban fácilmente a los diez mil dólares, suma no despreciable, sin duda".²⁷

Es por ello que en algunos países no se permite que a las madres subrogadas se les proporcione cantidad económica alguna ya que se estaría viendo como un negocio y no es el fin.

Razón asiste a Serrano y Linares, de la Organización Panamericana de la Salud, cuando afirman que la mujer que actúa como madre subrogada, apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, el único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Siendo ello lo que interesa a la pareja que la va a contratar ya que en Estados Unidos sí existe la posibilidad de celebrar el contrato, y la mujer en este caso es explotada como ser humano.

En Estados Unidos el alquilar un útero cuesta entre 27 y 32 mil dólares.

²⁷ Ibid.

Dentro del ámbito federal, la ley que estaría más conectada con la gestación por subrogación sería la ley de adopción. No existe legislación federal para todo el territorio, y por lo tanto existen criterios diferentes en cada estado. No obstante, por analogía se aplican en aproximadamente 24 estados las disposiciones que prohíben el pago de remuneración a madres que entregan sus hijos en adopción. En consecuencia y debido a que en aproximadamente 22 estados está prohibida la remuneración en conexión con la adopción, en dichos estados tales compromisos tampoco estarían permitidos. Tal como lo establece Martha Field.

“En Estados Unidos es el Congreso el encargado de decidir si este supuesto va a regularse a través de legislación federal o estatal. En caso que se optara por la primera alternativa, ésta permitiría un enfoque unitario del fenómeno, de lo contrario tendrá que regularse por normativa estatal, lo cual, a juicio de la autora, abriría la brecha a que exista fraude a la legislación de aquellos estados que impongan alguna restricción”.²⁸

El Estado de Arkansas era el único estado cuyos legisladores habían propuesto reconocer la legalidad de la gestación por subrogación, y, en este orden de ideas, propusieron a la madre adoptiva como la guardadora del

28 Dirección Electrónica: Field, Martha p.p.9-10.

hijo. Era el único estado cuya proposición legislativa aceptaba la existencia de centros para la gestación subrogada, exigiéndoles una licencia para poder operar; esta propuesta legislativa no llegó a convertirse en ley, debido a que el gobernador del estado vetó dicha propuesta.

“En 1987 el estado de Lousiana y en 1988 los estados de Nebraska y Michigan establecieron legislación en relación a la gestación por subrogación, en todos ellos se han sancionado a los contratos de gestación subrogada con nulidad, y por lo tanto se han considerado imposibles de hacerse valer judicialmente. En Michigan, además se ha tipificado como conducta delictiva el hecho de participar o gestionar un contrato de esta naturaleza”.²⁹

Kentucky ha establecido que el pago por maternidad de este tipo no es ilegal.

Nueva York, propone que cuando la madre dentro de los 20 días posteriores al nacimiento del hijo, se abstenga de cumplir con el contrato, éste no podrá hacerse efectivo judicialmente.

²⁹ *Ibíd.* P.155.

Nueva Jersey establece que este tipo de contratos son ilegales y que aún cuando sean gratuitos, no pueden hacerse efectivos por vía judicial.

“Existe una propuesta legislativa de fecha 14 de mayo de 1987, la cual, en su parte sustancial, aboga por la prohibición, tanto de la celebración como de la participación en calidad de agente intermediario, en un compromiso de gestación subrogada. Esto siempre y cuando en el contrato se estipule algún tipo de remuneración para los sujetos que intervienen en dicho contrato, ya sea de manera directa como partes, o simplemente como intermediarios. Asimismo pretende prohibir que se le haga propaganda a la gestación subrogada”.³⁰

Algunos de los diversos estados que componen la Unión han manifestado la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan expidió, en el caso "Doe versus Kelly", negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base en esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción

³⁰ *Ibíd.* p.157.

antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

“En el resonado caso de Baby M ocurrido en 1988, El Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infrigente de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, porque la misma - que concluye con los derechos maternofiliales - se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y sólo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio”.³¹

“En los Estados Unidos se hacen contratos en los cuales mujeres que suelen tener problemas económicos y que ya tienen hijos propios reciben dinero para llevar el embrión de una mujer que no puede retenerlo en su cuerpo”.³²

Su función es parecida a la de una probeta humana, tener al feto nueve meses en su vientre sin sentir nada. El trámite de la subrogación realizado por médicos o simples gestores, nunca es gratuita. Hay que llenar formularios, cumplir formas legales, dar participación a

31 Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op.cit. p.18

32 Dirección Electrónica: Matozzo de Romualdi, Liliana A. Op. Cit. p.p. 1-2.

abogados, psicólogos, asistentes especializados, y pagar honorarios por ello. Aunado a que en varios estados es considerado nulo ese contrato, otros no aceptan el pago, por ello creo que sería conveniente crear un sistema legislativo uniforme que permita o prohíba llevar a cabo esa técnica de reproducción, porque si una persona no tuviere para pagarle a la madre subrogada optaría por buscar en qué Estado se prohíbe pagarles a efecto de poder solicitar el servicio.

2.1.2 Francia.

En Francia

“el Comité National d' Ethique” ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte”.³³

En Francia se paga a la persona que renta su vientre, alrededor de 50 mil francos.

³³ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op.cit p.19.

Existe una propuesta de ley de 18 de mayo de 1984 en la cual se establece:

“La concepción del hijo, su fecundación y el embarazo de la mujer, así como la vida del hijo antes de su nacimiento no pueden ser objeto del tráfico comercial alguno o de actos que por propio carácter atenten a su integridad física o mental. Se prohíbe cualquier negocio incluso a título gratuito, sobre los embriones o fetos vivos o muertos. Tales negocios son nulos de pleno derecho”.³⁴

En Francia se recomienda no emplear la maternidad subrogada, existiendo una propuesta de ley la cual no ha sido aceptada, por lo que se da la posibilidad de que la Maternidad Subrogada se presente, no obstante que los órganos gubernamentales no estén convencidos con dicha práctica.

2.1.3 España.

La ley española es la única que admite expresamente que pueden acceder a las tecnologías de reproducción humana además del matrimonio conformado por una pareja heterosexual estable, la mujer sola mayor de 18 años que goce de buena salud física y psíquica. Postula que la maternidad queda

³⁴ Dirección Electrónica: Field, Martha. Op.cit. P. 159.

determinada por el parto y que el contrato de subrogación es nulo. En España un útero no se consigue por menos de 10 mil dólares.

La Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida, fue aprobada por el Congreso el 31 de octubre de 1988. Esta ley cuenta con 21 artículos, es muy precisa en cuanto a la materia que regula.

El artículo 10.2 de la ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida-, establece que **“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”**.³⁵ En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente. Es decir que se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponda en los casos que se presenten.

35 Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. p.28.

Para Vidal Martínez, si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño. “Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que

“el mejor interés del niño habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud”.³⁶

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (T.E.R.A.) del 22 de noviembre de 1988 prohíbe la gestación por subrogación; el artículo 10 de esta ley establece que los contratos de gestación por subrogación, ya sean a título gratuito u oneroso, son nulos de pleno derecho, y prohíbe la utilización de técnicas artificiales de reproducción para realizar estas prácticas.

Independientemente de que se permite la Maternidad Subrogada se enfrenta el problema de que la mujer que parió al niño, se niegue a darlo en adopción a

³⁶ Ciocci Alvarez de Oliveira, Deborah- Borges Jr., Edson *Reproducao Assistida: Até onde podemos chegar?*. Sao Paulo, 2000. p. 49.

la persona que le solicitó sus servicios, hago referencia al término adopción porque en la legislación española se entiende por madre a la mujer que lo parió; situación que se presenta en diversos países (Caso Baby M).

2.1.4 El préstamo de útero en diversos países.

En **Suecia** la ley de Inseminación Artificial del 22 de diciembre de 1985, regula la inseminación homóloga y heteróloga; que la mujer receptora esté casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; asimismo establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto de aquél con el que está casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho de que el médico eligirá al adecuado donante de semen y que los informes sobre éste se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años. El niño engendrado, cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro.

Si bien es cierto que en Suecia está reglamentada la inseminación artificial, no se contempla en la legislación lo relativo a la maternidad subrogada.

Cabe señalar que Suecia tiene la ley de la Modificación de la Ley del Secreto, redactada el 20 de diciembre de 1984, en donde se establece "que el secreto se mantendrá dentro de la atención médica y de la salud, entre otras materias, para el caso de la inseminación artificial." ³⁷

Suecia prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

Sólo en **Noruega** el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida se reduce al matrimonio legal.

La ley alemana en cuanto a la maternidad subrogada,

"ésta queda prohibida, por lo cual no puede tener lugar la fecundación y la transferencia de un embrión humano a

37 Dirección Electrónica: Moctezuma Barragán, Gonzalo. *La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario*. p. 9.

una mujer que esté dispuesta a entregar el niño después de su nacimiento a terceros de modo permanente”.³⁸

Aunque se prevé que la mujer entregue el niño al nacer, como lo es en la maternidad subrogada, en Alemania queda prohibido ese acto jurídico.

“El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización *in vitro*. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el *nasciturus*. En este sentido, según lo explican J.M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de las contratantes quisiera hacerse cargo de ella”.³⁹

Es importante que la pareja heterosexual tome precauciones en relación a quien le va a solicitar

³⁸ Dirección Electrónica. Dobernig Gago, Mariana. *El derecho comparado en la reproducción asistida*. p.4

³⁹ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. p.20.

engendre a su hijo, debido a que la madre subrogada puede tener determinadas adicciones que entorpezcan el desarrollo del embrión, por ello es conveniente que lo soliciten a una mujer que conozcan, que sepan que goza de buena salud para que las posibles complicaciones que se llegaran a presentar sean mínimas. Precisamente la circunstancia de que el niño pueda nacer con alguna malformación o algún defecto mental se tiene previsto en el objetivo general que se plantea en el presente trabajo.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

No ha regulado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sino que ha adoptado una ley penal que destaca por proteger al embrión *in vitro* y por la severidad de las penas establecidas. De lo cual puede observarse que Alemania se preocupa por el bienestar del niño, prohibiendo por ello la maternidad subrogada.

En el **Reino Unido de Gran Bretaña**, el gobierno formó en junio de 1982 una Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana, presidida por Mary Warnock, que dio como resultado el informe Warnock, publicado en julio de 1984,

“se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos”.⁴⁰

Este fue el primer estudio europeo interdisciplinario que analiza las técnicas de reproducción asistida.

Inglaterra es el único país que tiene una ley específica sobre este punto: *Acta de acuerdo o disposiciones de subrogación de 1985*. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, es decir no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios. Esto es que se permite realizar la maternidad subrogada, pero no están de acuerdo en que sea con fines de lucro; sin

40 Dirección Electrónica. Cano, María Eleonora. Op. Cit. p.18, 19.

embargo, en la práctica se rentan los úteros, ello cuesta 6500 libras esterlinas aproximadamente.

En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde “se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada”.⁴¹

En **Holanda** el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y, si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.

En **Brasil**, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.

**“En estos casos, la madre sustituta
deberá pertenecer a la familia de la**

41 Dirección Electrónica: Parellada, Carlos. Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético. P. 425.

madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad”.⁴²

Brasil no cuenta con una legislación nacional, sólo tiene resoluciones como la del Consejo Federal de Medicina y proyectos de ley; acepta el alquiler de vientres sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento.

La falta de una ley que establezca los usos admitidos y los usos prohibidos de estas técnicas implica una presión para los involucrados en estos procedimientos, que deben tomar decisiones al respecto, sin una regla externa que fije los límites.

Lo que termina ocurriendo en los países que toman una postura prohibicionista es que las parejas contraten, fuera de su país, a la madre subrogada, salvando así los obstáculos legales que existan. Entonces cuál es el

⁴² Ciocci Alvarez de Oliveira. Op. Cit. p. 48.

sentido de una postura prohibicionista, por ello es más razonable una postura abierta en la que el Estado pueda tener supervisión y control sobre los centros de reproducción asistida.

La mayoría de las familias que se someten a la gestación con una madre portadora o en alquiler, desean que la ubicación de la mujer con las características deseadas se logre en tiempo razonable, sin embargo, la mayoría de las agencias especializadas en este campo solicitan un pago por adelantado de un monto considerable y en muchas ocasiones la espera se prolonga por un año, hasta que la candidata deseada es ubicada.

Después de haber visto en forma particular lo que sucede en Estados Unidos, Francia, España y otros países con la maternidad subrogada, es oportuno conocer si México cuenta con reglamentación jurídica para la práctica de la maternidad subrogada.

2.1.5 Reglamentación Jurídica en México respecto a la maternidad subrogada.

Es menester hacer notar que en pleno siglo XXI apenas comienzan a regularse las diferentes situaciones que en un futuro cercano se pudieran plantear, negándose de esta forma, la debida protección y amparo del futuro ser, de las personas que deben recurrir a este tipo de técnicas para concebir el hijo deseado, sin imponer tampoco las debidas limitaciones a quienes las practican.

Son imprevisibles muchas de las complicaciones que la tecnología puede introducir en la autoconciencia del niño y en la comprensión misma de las relaciones familiares, ya que no es fácil explicar a un menor y sobre todo que lo comprenda que a él lo tuvo una mujer desconocida, o bien puede ser familiar debido a que su madre (la mujer que lo deseaba y a quien ha considerado como madre) tenía problemas de infertilidad y por ello no pudo gestarlo.

En México se presenta el inconveniente que aún no se ha legislado sobre la materia en forma particular, ya que únicamente el estado de Tabasco prevé en su

legislación civil la figura de la maternidad subrogada. El marco jurídico que debiese regular el campo de la reproducción asistida es tácitamente inexistente; si se toma en cuenta el desarrollo de los conocimientos científicos y los temas del derecho y la dignidad de los individuos que conforman la sociedad, se suscitan inquietudes, temores, incertidumbres; con implicaciones de alcance social, ético, jurídico y biomédico.

Así tenemos que el **Código Civil del estado de Tabasco** acepta el contrato de maternidad subrogada en el Artículo 360.

“Situación de maternidad sustituta. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un *contrato de maternidad sustituta*, el hijo de una mujer 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”.⁴³

(Ver Anexo 1).

El **código civil del Estado de Tabasco** acepta la madre subrogada de la siguiente forma:

“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la

43 Ver Anexo 1.

maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. 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 ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo".⁴⁴

En abril de 1997, los legisladores del Estado de Tabasco reformaron el Código Civil permitiendo que el código legitime y legalice la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros

44 Dirección Electrónica: Dobernig Gago, Mariana. Op. Cit. p. 6, 7.

como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre sustituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal, es un avance en el tema de la maternidad subrogada que el Código Civil para el Distrito Federal no tiene previsto aún; me parece correcto que el Código Civil para el Estado de Tabasco prevea la figura de la maternidad subrogada únicamente para las parejas heterosexuales casadas o que vivan en pareja.

El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

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

Es acertado lo estipulado en ese artículo, al reconocerse como derecho de índole familiar, la libertad de procrear, lo que significa también, su congruencia con

los artículos primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y segundo del Código Civil del Distrito Federal, al manifestarse la igualdad de todas las familias, independientemente de su situación económica, a acceder a los tratamientos de reproducción asistida cuando sus circunstancias biológicas naturales no se los permitan. También abre la posibilidad de que la fecundación asistida, se reglamente mediante otra ley.

A pesar de la creciente oferta de servicios médicos especializados en reproducción asistida, existen barreras importantes que impiden a la mayoría de la población con problemas de infertilidad, el acceso a este tipo de tratamientos:

Económica:

“en México, el precio promedio de un ciclo de fecundación in vitro, incluyendo medicamentos, varía entre \$5,200 y \$7,700 Dólares. Aun el precio menor representa una barrera infranqueable para la población infértil que percibe salario mínimo, ya que el promedio nacional de éste último equivale actualmente a \$1,467 dólares anuales”.⁴⁵

El 57% de la población mexicana no está inscrita en el sistema médico de seguridad social, carece del número

45 Dirección Electrónica: Secades, Yolanda y Torra, Emma. *Fertility World- México*. p.3.

suficiente de instituciones académicas que incluyan en sus planes de estudio la preparación de médicos especialistas en medicina reproductiva y por tanto, en la aplicación de las TRA (Técnicas de Reproducción Asistida).

Evidentemente que quien pretenda celebrar un contrato para poder engendrar un hijo con una madre sustituta debe contar con los medios económicos suficientes para poder llevarlo a cabo, en virtud de que la cuestión de laboratorio, análisis, estudios médicos, etcétera tienen un costo elevado y no se encuentra al alcance de cualquier persona.

2.2 La Filiación en la legislación mexicana.

Al tratar el tema de maternidad subrogada, se presenta el problema de determinar de quién es el hijo, de la mujer que lo tuvo es decir de quien dio a luz o de quién pidió que lo tuviera mujer diversa a ella en el vientre.

La máxima del derecho romano que expresa "Mater semper certa est", consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una

mujer extraña a la autoría genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

Ahora bien, el alquiler de vientres presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo -voluntad procreacional - sólo se halla presente en "quien ha deseado un hijo" (circunstancia que puede coincidir o no con la madre genética), o, por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el período del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

También puede constituir una disyuntiva la determinación de la paternidad. En efecto, si la portadora es casada e inscribe al hijo como propio, actúa la presunción de paternidad consagrada en el **artículo 324 del código civil para el Distrito Federal**:

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

I.- Los hijos nacidos dentro del matrimonio; y

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

Por lo que los nacidos a consecuencia de estas técnicas, padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quiénes serán declarados sus padres. Empero, más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética. Nótese que no me refiero exclusivamente al derecho de acceder al emplazamiento en el estado de familia mediante la atribución de una filiación determinada (ello encontraría solución echando mano a una ficción jurídica que atribuyese el título de padre o madre a cualquiera de los reclamantes según el criterio adoptado: padres comitentes o madre sustituta) sino, a la incuestionable prerrogativa de todo humano a conocer con certeza la verdad acerca de sí mismo y su origen; a saberse descendiente de otros y poderlos identificar; finalmente, a rechazar acceder a ese conocimiento pero por decisión

propia y no por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo y armarlo” cual un rompecabezas.

El **artículo 92 del Código Civil del Estado de Tabasco** determina: Deben de reconocer al hijo tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "**habido**

como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por el Código de referencia.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación.

En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre

contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

De lo anterior se puede concluir que el estado de Tabasco no deja en estado de indefensión al menor que nazca de una madre sustituta.

El **Código Civil para el Estado de Coahuila** en el capítulo III, de la filiación en la sección primera el artículo 432 estipula:

Se presumen hijos del esposo:

I. Los nacidos de la esposa durante el matrimonio.

II. Los nacidos de la esposa dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Artículo 434.- Contra las presunciones establecidas por el artículo 432 no se admiten más pruebas que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, o la esterilidad del mismo, **salvo el caso de fecundación asistida.**

La sección tercera del Código Civil para el estado de Coahuila se refiere a la filiación resultante de la fecundación humana asistida, permitiendo que sean sujetos a las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles. Determinando que en caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno en esa legislación, de conformidad con lo establecido en el artículo 491. Si un óvulo fecundado fuese implantado en

una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

Nuevamente encontramos la máxima del derecho romano "Mater semper certa est", la atribución de la maternidad por el hecho del parto. En Coahuila a pesar de que están previstas las Técnicas de Reproducción Asistida, no se encuentra previsto la existencia de un contrato de maternidad subrogada.

Capítulo 3.

ESTERILIDAD EN LOS MATRIMONIOS Y PAREJAS ESTABLES.

3.1 El fenómeno social y la costumbre.

Las normas y las costumbres aceptadas por nuestra sociedad prescriben que los hijos deben nacer de padres conocidos dentro de un hogar estable. Generalmente cuando una pareja comenta que va a tener un hijo, se piensa que va a ser concebido mediante el acto sexual porque ello es lo más común, sin embargo también podrían tener el hijo a través de la adopción, de alguno de los métodos de reproducción asistida o de la maternidad subrogada. Siendo éste último método una opción nueva que ofrece la ciencia.

3.2 Concepto de ética.

La Ética es la rama de la Filosofía que estudia la conducta humana desde el punto de vista de su bondad o maldad. Esta rama ha sido, posiblemente, la más conocida y comentada en el género humano.

El sentido más antiguo de la ética (de origen griego) residía en el concepto de la morada o lugar donde se habita; luego referido al hombre o pueblos se aplicó en el sentido de su país, tomando especial prestigio la definición utilizada por Heidegger: "es el pensar que

afirma la morada del hombre", es decir su referencia original, construida al interior de la íntima complicidad del alma. En otras palabras, ya no se trataba de un lugar exterior, sino del lugar que el hombre porta a sí mismo. El **ethos** es el suelo firme, el fundamento de la praxis, la raíz de la que brotan todos los actos humanos.

El vocablo **ethos** tiene un sentido mucho más amplio que el que se da a la palabra ética. Lo ético comprende la disposición del hombre en la vida, su carácter, costumbre y moral. Podríamos traducirla "el modo o forma de vida" en el sentido profundo de su significado.

Ethos significa carácter, pero no en el sentido de talante sino en el sentido "del modo adquirido por hábito". **Ethos** deriva de **éthos** lo que significa que el carácter se logra mediante el hábito y no por naturaleza. Dichos hábitos nacen "por repetición de actos iguales", en otras palabras, los hábitos son el principio intrínseco de los actos.

En el ámbito conceptual de la ética, tenemos un círculo correlacionado entre **ethos - hábitos - actos**. En efecto, si **ethos es el carácter adquirido por hábito**, y hábito, nace por repetición de los actos iguales, **ethos** es a través del hábito "fuente de los actos" ya que será el

carácter, obtenido (o que llegamos a poseer-héxis) por la repetición de actos iguales convertidos de hábito, aquel que acuñamos en el alma.

El hombre a través de su vida va realizando actos. La repetición de los actos genera "actos y hábitos" y determinan además las "actitudes". El hombre de este modo, viviendo se va haciendo a sí mismo. El carácter como personalidad es obra del hombre, es su tarea moral, es el cómo "resultará" su carácter moral para toda su vida.

Vidal define la ética como la realidad y el saber que se relaciona con el comportamiento responsable donde entra en juego el concepto del bien o del mal del hombre.

De las definiciones anteriores se puede concluir que tomando en consideración que ethos es suelo firme, esto quiere decir que el carácter se logra mediante el hábito, el cual se da con la repetición de actos iguales, los cuales se acuñan en el alma, pudiendo ser buenos o malos.

La ética florece a partir de nuestros valores que nos dictan si algo está bien o mal (correcto o incorrecto) en un acto humano. Mayor relevancia adquiere cuando el acto afecta a un tercero.

La Ética también es una ciencia normativa ya que estudia lo que es normal, pero no lo normal de hecho, que es lo que suele suceder, sino lo normal de derecho, o sea lo que debería suceder, por lo tanto la Ética es una ciencia que estudia lo normal de derecho. Entonces podemos decir que se está actuando de un modo ético cuando en esta conducta lo normal de hecho coincide con lo normal de derecho.

Una jurista norteamericana llamada Lisa C. Ikemoto, dice lo siguiente:

La procreación de hijos mediante métodos de reproducción asistida presenta un conjunto más amplio de opciones, comparada con la reproducción a través de las relaciones sexuales, da la oportunidad de determinar el método y el tiempo de la concepción, la mujer que lleva el niño y las personas que lo educarán. “La viabilidad en la ampliación del conjunto de opciones proporciona a los individuos un mayor control sobre su destino genético, biológico y psicosocial y por lo tanto mayor autonomía”.⁴⁶ Los norteamericanos pretenden que la constitución proteja la autonomía de decisión en la procreación, ya que el concepto de libertad requiere que el gobierno deje

⁴⁶ Charlesworth, Max. Op. Cit. p. 123.

libres a los individuos para determinar temas tan fundamentales a su persona.

La evolución de la ciencia permite que los nacimientos de los niños sean programados, ello sería correcto siempre y cuando no implique un riesgo para la sociedad o para el niño que va a nacer. Esto lo vemos en repetidas ocasiones con las mujeres embarazadas a quienes se les cuestiona si saben aproximadamente cuándo va a nacer su niño y responden la fecha exacta ya que el médico que las atiende les propone que sea por cesárea y no parto natural, es un avance médico tener al niño por este medio; está bien siempre y cuando el médico se conduzca con ética en cuanto a que verifique las semanas de gestación del producto y que lo haga porque la vida de la madre corre riesgos o la del bebé, y no por cobrar un mayor precio en el parto, quienes lo realizan es de vital importancia que observen los principios éticos.

Traer al mundo un niño por medio de la maternidad subrogada puede ser considerado por algunas personas contrario a la ética y a la moral debido a que consideran en detrimento de la familia una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

“En la maternidad substitutiva, la gestación parece como degradada a una pura función de fabricación y privada de toda carga afectiva; la madre portadora se vería reducida, en cierto modo a ser un medio, una incubadora para llevar adelante el embarazo”.⁴⁷

Es importante tener presente que me refiero a la maternidad subrogada como una opción que tienen las parejas heterosexuales estables con problemas de infertilidad para poder concebir un hijo, si tienen las posibilidades económicas para ello, es viable que tengan un hijo por este medio. No considero que vaya en contra de la fidelidad conyugal ya que ambos están de acuerdo en que una mujer extraña sea la portadora del embrión que ellos procrearon; solamente que, por cuestiones de salud, la mujer que gestó el embrión no lo puede traer durante los nueve meses. La madre sustituta únicamente se va a encargar de portar el embrión, pero podrían pactar los padres con ella que les dedique una hora al día a efecto de que ellos le hablen al bebé ya que como se sabe los niños comienzan a reconocer las voces desde que se encuentran en las entrañas del vientre, y desde ahí, comienzan a mostrarle cariño y no se daría el detrimento moral al que se refiere el autor.

⁴⁷ García Colorado, Gabriel; López Brito Francisco S. *Legislar en Bioética legislando para el futuro*. México, 2003. Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional. p.143.

Es evidente que el desarrollo científico - tecnológico abre una puerta a toda una serie de posibilidades que no son siempre éticamente aceptables, en virtud de que todo lo que puede realizarse [técnicamente], ¿se podrá realizar [moralmente]?, ello dependerá de cada ser humano. Desde una perspectiva ética, el análisis de propuestas legislativas sobre la aplicación de técnicas de fertilización no puede ignorar los riesgos y beneficios que puedan involucrar para la salud y la integridad de las personas que se someten a dichas técnicas, ni los problemas que surgen en relación con el manejo de los embriones y con los donantes de material genético. Por ello es importante tener presente todas las implicaciones que pueden generarse al donar esperma, (cuestión que ya está permitida y regulada por la Ley General de Salud). Aceptar ser la portadora de un embrión para su gestación, solicitar a una persona que sea la portadora del embrión, es decir las implicaciones que traería consigo regular la figura de la maternidad subrogada, ya que la pareja que va a solicitar le preste el útero una mujer tiene que encontrar primero a esa mujer y que ella esté de acuerdo en llevar en el útero al embrión una vez realizados los exámenes médicos necesarios, situación que no es común que se presente en la sociedad en que vivimos.

Ética es el hecho real que se da en la mentalidad de algunas personas, es un conjunto de normas a saber, principios y razones que un sujeto ha realizado y establecido como una línea directriz de su propia conducta.

3.3 Ética social y principios éticos.

Según el profesor Dr. Francisco Javier Gafo Fernández, la problemática ética referente a las novedosas técnicas de reproducción asistida tiene en su base aspectos fundamentales, tales como:

“El poder tecnológico no coincide con el poder ético”.⁴⁸

Si se realiza un repaso mental a lo largo de la historia, se encontrará que la actitud de todas las religiones y culturas estudiadas por antropólogos, etnólogos e historiadores ha sido la de establecer reglas morales de conducta que tienden a favorecer la procreación, habiendo siempre deidades o santos cuyo campo específico de influencia en el destino del hombre

48 Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth. Op. Cit. p.6

es la fecundidad, existiendo con gran frecuencia templos y prácticas de oración y culto encaminados a propiciarla.

“Existe una clara conciencia de que el desarrollo científico-tecnológico abre una puerta a toda una serie de posibilidades que, sin embargo, no son siempre éticamente aceptables por ejemplo una mujer menopaúsica (alrededor de 60 años) que quisiera tener un hijo, pudiera utilizar las técnicas de reproducción asistida obteniendo un óvulo donado. Esto no sólo traerá consecuencias médicas negativas para el niño, sino que además es muy probable que éste quede huérfano en un futuro muy cercano”.⁴⁹

El Doctor Gafo Fernández considera falto de ética el que una mujer de 60 años pretenda concebir un hijo, ya que desde su punto de vista ese menor contaría con una madre por poco tiempo, también es cierto que no por tratarse de una mujer joven, se tenga la certeza de que la misma vivirá muchos años, puede ocurrir un caso fortuito y que ella muera o que tenga algún tipo de enfermedad que le traiga por consecuencia la muerte, de ello se concluye que la edad no da confiabilidad a que la persona viva por más tiempo. Coincido con el Doctor en que una mujer de 60 años no le sea viable recurrir a este método, por ello los legisladores deben estudiar muy bien qué

⁴⁹ *Ibíd.*

requisitos se deberán satisfacer para poder realizar la maternidad subrogada.

“La Resolución de la 60 Conferencia de la Asociación Internacional de Leyes (Agosto 1988) recomendó el reconocimiento de principios éticos tan trascendentes como:

I: El respeto a la dignidad del ser humano; aquí se reafirma la prohibición de toda experimentación no terapéutica sobre el embrión humano.

II: La inalienabilidad del cuerpo humano plantea que debería prohibirse la comercialización de gametos o embriones humanos.

III: La seguridad del material genético humano: se expresa la necesidad de proteger el patrimonio genético de cada persona desde la concepción, con el fin de asegurar la individualidad y la continuidad de la especie humana.

IV: La inviolabilidad de la persona humana: en el momento de la donación de gametos o de embriones el donante debería indicar expresamente el uso para el que dona sus gametos o embriones”.⁵⁰

La resolución no contempla el préstamo de útero de la mujer, probablemente porque es del año de 1988 y en ese año eran contados los casos que se habían presentado al respecto. Pero toda vez que con los

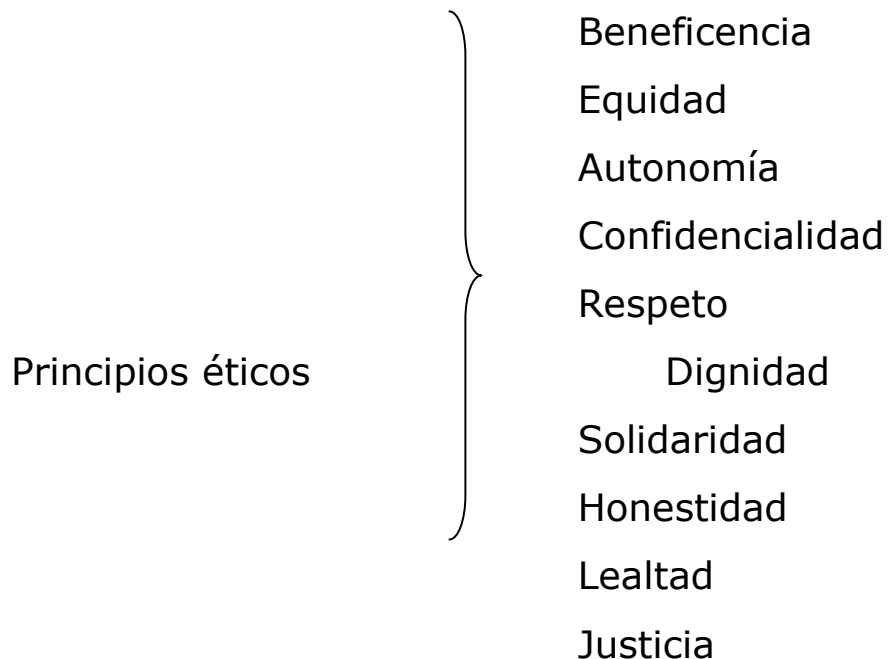
⁵⁰ Dirección Electrónica: Matos Cuadro, Elizabeth. Op. Cit. P. 6, 7

adelantos médico-científicos ya se está en posibilidad de que un niño sea concebido a través de esta figura, sería conveniente que fuera contemplada en próximas asociaciones internacionales de leyes a efecto de que cuando se presente el caso concreto exista una disposición jurídica y no ocurra lo que ha pasado, que las autoridades comienzan a estudiar el caso inédito que se presenta.

El Criterio Legal consiste en orientar y dirigir la conducta por medio de normas y leyes establecidos por terceros en algún código. En cierto aspecto este tipo de criterio resulta ser muy cómodo, pues uno puede consultar la ley y decide conforme a ella sin mayor discusión. En atención a dicha ley o conjunto de normas el individuo está dispuesto a contravenir lo que dicen a sus instintos, su inconsciencia (Super Yo) y la presión social. Se puede decir que al hacer esto se tiene cierta garantía del valor de su conducta, sin embargo, el apego y la fidelidad a la ley no constituyen la esencia del valor moral, ya que pueden existir diferencias entre un código civil y un código moral, los cuales podrían quedar en una verdadera contraposición. Por ejemplo, puede existir una ley que permita el aborto pero, sin embargo, el individuo

en su código moral no lo permite, y podría regirse por ese criterio.

La ética normativa se encuentra cuando se pretende dictar la forma en que habrá de conducirse el individuo y que se encuentra en la norma jurídica. Esto es que la ética comprende el actuar del ser humano en la vida, su costumbre y moral es su *forma de vida*. Por lo que a continuación presento cuáles son los principios éticos que debe tomar en cuenta el ser humano al actuar.



3.4 Moral y moralidad.

Se entiende por moral

"el conjunto de reglas de conducta propuestas por una determinada doctrina o inherente a una determinada condición. Situación psicológica, estado de ánimo: levantar la moral al deprimido. Desde el punto de vista filosófico, es sinónimo de ética".⁵¹

La palabra "**moral**" (origen del latín) significa como **la adquisición de "Modo de Ser logrado por apropiación"**, o por niveles de apropiación, donde se encuentran los sentimientos, las costumbres y el carácter.

La Moral (de origen Latín) significa lo mismo que ética ya que traduce el significado de **éthos** (costumbre) y **ethos** (carácter/talante), dejando atrás su primera aproximación en que el término **mos** sólo se refería a "costumbre".

Normalmente la ética se emplea respecto a aproximaciones de tipo filosóficas y de tipo racional como tal. El término moral, por su parte, se utiliza más en consideraciones de tipo religioso. Frente a la justificación

51 Diccionario Enciclopédico Larousse. Tomo 6 México, Planeta. 1984. p. 1644.

de las normas de comportamiento utilizamos ética como concepto. Moral en cambio, es referido a "códigos concretos de comportamiento".

La Moral es el hecho real que se encuentra en toda sociedad, es un conjunto de normas a saber que se transmiten de generación en generación, evolucionan a lo largo del tiempo y poseen fuertes diferencias con respecto a las normas de otra sociedad y de otra época histórica, estas normas se utilizan para orientar la conducta de los integrantes de esa sociedad.

Por moralidad se entiende: "conformidad con las reglas de la moral: la moralidad de una obra; una persona de una moralidad intachable".⁵²

Desde el punto de vista moral, la maternidad por sustitución debe juzgarse como un acto que produce un embarazo extramatrimonial (en las parejas estables con problemas de infertilidad), aunque no se da el acto sexual se obtiene la procreación de un hijo.

Se puede apreciar que cuando se habla de ética, generalmente se hace en la vida cotidiana y cuando se refiere uno a moral es desde una postura religiosa.

⁵² *Ibíd.*

3.5 Ética religiosa.

La Religión contiene una serie de preceptos, la mayoría de ellos con un alto valor moral, como son la caridad, la humildad, el sentido comunitario, la compasión, la piedad, etc. Es por eso que la Ética y la Religión guardan una estrecha relación.

La religión es la relación entre el hombre y Dios. Es un contacto íntimo de la persona con un Ser infinito, del cual procede y ante el cual puede ponerse gratificante y reconfortante. La Ética se relaciona con la religión en la siguiente manera:

Una persona que mantiene un contacto íntimo con Dios, normalmente obtiene en ese contacto la guía personal de su conducta correcta, se contacta simultáneamente el Ser absoluto, el terreno de los valores y la fortaleza de conducirse en la vida cotidiana.

La Religión institucionalizada contiene una serie de preceptos, la mayoría de ellos con un alto valor moral, como son la caridad, la humildad, el sentido comunitario, la compasión, la piedad, etc.

Evidentemente, no es fácil aceptar que una pareja decida tener un hijo a través de la maternidad subrogada aunque tengan la posibilidad económica para ello. Nuestra sociedad está acostumbrada a ver que los hijos sean procreados por un matrimonio o pareja en unión libre, en dado caso de que se encuentren imposibilitados, lo más común es que adopten un hijo (el procedimiento de adopción se encuentra en el Anexo 2), mas no que soliciten a otra mujer que les preste su útero para que ahí se realice la gestación del embrión. Esta es una cuestión a la que debemos abrir nuestra mente porque independientemente de que la legislación civil para los Estados Unidos Mexicanos no la contempla (con excepción de las entidades señaladas en el punto 2.1.5) es algo que ya existe y que se puede dar en nuestra sociedad.

3.6 Derecho y Acto Jurídico.

El derecho es el conjunto de normas jurídicas impero-atributivas, esto es que imponen deberes y confieren derechos.

Las normas de la Ética son autónomas (cada individuo debe darse sus normas propias) y las del

Derecho son heterónomas (las normas provienen de una autoridad diferente al individuo).

Las normas de la Ética rigen aspectos internos y las del Derecho aspectos externos.

Las normas de la Ética son unilaterales (el cumplir una norma no implica el surgimiento de un derecho o una obligación por parte de otras personas), y las del Derecho son bilaterales (una obligación implica un derecho y viceversa).

Las normas de la Ética son incoercibles (aún cuando tienen un carácter obligatorio, generalmente no conllevan un castigo explícito en el caso de no cumplirlas) y las del Derecho son coercibles (la autoridad que ha establecido ciertas normas civiles, tiene la facultad de exigir el cumplimiento de ellas, y para llevar a cabo dicha tarea, impone vigilancia, fiscalización, sanciones, etc.)

El derecho se vincula con diversas ramas de la ciencia, una de ellas es la medicina, debido a que los actos jurídicos que se realizan son regulados por normas jurídicas. Cabe hacer mención que por **acto** se entiende todo hecho voluntario, es decir, todo suceso o

acontecimiento positivo o negativo. En el **acto jurídico** interviene la voluntad del individuo, se quieren las consecuencias jurídicas, ejemplo: registrar a un niño ante el Registro Civil, contraer matrimonio, tomar la determinación de ser madre, el divorcio se encuentra regulado en el Código Civil y se da siempre y cuando se satisfaga alguna de las causales establecidas en el artículo 267, aun cuando la Iglesia no ve a bien esta situación, pues está en desacuerdo con el divorcio ya que cuando celebra el matrimonio dice "que lo que ha unido Dios no lo separe el hombre". La cuestión de la maternidad subrogada está regulada por el derecho en pocos países, tal como lo manifesté en el desarrollo del segundo capítulo.

3.7 Los actos Jurídicos frente a la Ética Religiosa.

Al realizar el ser humano una serie de actos en su vida diaria, estos pueden ser éticos o no, dependiendo quién los va a calificar de buenos o malos. Con independencia de lo que piensa la Iglesia, la práctica de maternidad sustituta se realiza; las objeciones de la

Iglesia contra la fecundación asistida, son que no concibe sea practicada mediante un pago, porque se estaría hablando de mercantilización de personas. No considera mal esta práctica siempre y cuando no exista una remuneración económica.

La Iglesia desaprueba este método porque el acto conyugal que es la expresión viva de la comunión entre el hombre y la mujer durante el matrimonio, no se puede sustituir por un simple acto mecánico de producción que sea pagado. Por eso, si el método técnico intenta reemplazar al acto conyugal no es moralmente correcto. Sólo es moralmente lícito cuando intenta ayudar al acto conyugal a ser más pleno y efectivo pero no lo reemplaza.

Esto quiere decir que la Iglesia no está de acuerdo con la práctica de procedimientos científicos remunerados que permitan concebir un hijo, independientemente de que la Iglesia no lo acepte se realiza en diversos países como lo manifesté al desarrollar el segundo capítulo. Sería importante tomar en consideración que al regular esta figura nuestro sistema mexicano tenga presente la objeción que señala la Iglesia en cuanto a la remuneración económica para el efecto de regularla tratando de no contravenir el pensamiento religioso.

En la Biblia se pueden encontrar antecedentes de la maternidad subrogada,

"Saraí, esposa de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. Y dijo Saraí a Abraham: Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer. Abraham hizo caso de las palabras de su esposa tomó Saraí a su esclava Agar y se la dio por mujer a su esposo, el que la recibió como tal, quedando embarazada . Agar dio a luz un hijo y Abraham llamó Ismael al hijo que Agar le había dado...."⁵³

En este pasaje de la Biblia se nos muestra que al resultar estéril la mujer, ella le dio su esclava a su esposo a fin de que procreara un hijo con ella, solamente que en este caso, por tratarse de una esclava no le fue pedido su consentimiento, situación que se requiere para ser madre sustituta; el espermatozoides no le fue introducido a la vagina con algún tipo de aparato médico sino que Agar quedó embarazada de Abraham a través de la relación sexual, situación que no se presenta en la maternidad subrogada; este pasaje puede ser un antecedente de la maternidad subrogada ya que desde entonces se presentaban casos de infertilidad y entonces para procrear un hijo, tomando en consideración la petición de la esposa, el esposo tuvo

53 Etcheverri, Lorena Regina. *Las técnicas de reproducción humana técnicamente asistida y el derecho civil*. Ponencia, 2003. Buenos Aires.

relaciones sexuales con mujer diversa a su pareja y quedó embarazada la esclava, solamente que al tener el bebé se negó a entregárselo a Abraham; hay que tener presente que no hubo pago alguno.

El Catecismo de la Iglesia católica, no duda en alabar y animar las investigaciones que tratan de reducir la esterilidad humana, a condición de que se pongan al servicio integral de la persona humana.

“Las técnicas que provocan una disociación de la paternidad por intervención de una persona extraña a los cónyuges (donación de esperma o del óvulo, préstamo de útero) son gravemente deshonestas. Estas técnicas (inseminación y fecundación artificiales heterólogas) lesionan el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y legados entre sí por el matrimonio. Quebrantan su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro”.⁵⁴

A mi parecer ello no es deshonesto porque si bien la pareja no puede concebir hijos ¿porqué no recurrir a la ciencia? Máxime cuando ambos están de acuerdo en someterse a la serie de estudios médicos para saber cuál de las técnicas de reproducción asistida es la más

⁵⁴ Roman Flecha, José. *La Fuente de la Vida. Manual de bioética*. Salamanca, España 1999. p. 123.

conveniente, y para el caso de que ninguna de ellas les funcionara se debe tener la mente abierta a la maternidad subrogada.

A la hora de formular un juicio ético sobre la objetividad de tales procedimientos encontramos que:

- Todo el proceso se desarrolla al margen de la relación sexual de la pareja.
- Habría que considerar los problemas físicos o psicológicos que podrían afectar al niño concebido mediante la maternidad subrogada.
- Puede presentarse un aborto espontáneo al transferir los embriones al útero.

Por lo que se plantean interrogantes éticos, vinculados con la dignidad del embrión y el respeto que le es debido.

Para algunos sectores, las creencias religiosas son determinantes; constituyen para ellos el fundamento de los principios de toda ética así como, en consecuencia, de las políticas públicas y de las leyes, no sólo en sociedades regidas por ellas sino aun en las sociedades en las que conviven plurales concepciones filosóficas y religiosas.

Con el respaldo de esta idea se oponen a la aplicación de tales técnicas debido a que éstas no entrañarían la reproducción por unión sexual de la pareja, y además atribuyen carácter humano al cigoto desde el momento de la fecundación, antes aun de ser implantado en el útero materno.

“La Iglesia católica defiende que el principio moral que gobierna la sexualidad humana y la reproducción se basa en la ley natural, a saber, un corpus de principios derivado de la estructura de nuestra naturaleza humana que es posible que conozca y reconozca cualquiera, sea o no creyente católico o cristiano”.⁵⁵

La Iglesia Católica ejerce una gran influencia, cualquier mínima intervención que se aleje de lo normalmente aceptado corre el riesgo de ser criticado. Está en contra de estas técnicas pero incluso los católicos que no son tan estrictos y aceptan estas nuevas técnicas, pueden llegar a tener problemas con algunos de sus procedimientos y quienes sean los que las utilicen (ejemplo, las mujeres solteras). La religión generalmente se percibe como una barrera para ciertos usos de la tecnología de reproducción asistida.

55 Max Charlesworth. Op. Cit. p. 83.

“Una afirmación reciente de los obispos australianos católicos (basada en el documento de la Congregación Vaticana para la doctrina de la Fe Instruction on Respect for Human Life, 1987) sostiene que la maternidad de alquiler ofende la dignidad del niño y es contraria a su derecho a ser concebido, traído al mundo y criado por sus padres”.⁵⁶

Se trata de una afirmación realizada en 1987, probablemente ya hayan cambiado su postura, pero por qué sostener que la maternidad de alquiler ofende la dignidad del niño, si los padres tienen algún problema de esterilidad y ellos quieren tener un niño propio, y el país donde viven no tiene prohibida la figura de la maternidad subrogada, están en todo su derecho para ponerla en práctica. Qué pensarán los hijos adoptivos, de los que nacen por inseminación artificial, ¿se ofenderá al niño o en estos casos no? Cuando un niño es deseado y buscado a través de todas las posibilidades médicas o jurídicas yo creo que lo que menos sucede es ofender al niño sino mostrar interés en él.

56 Op. Cit. p.83,84

3.8 El niño no debe ser concebido para obtener alguna ganancia.

Puede presentarse el caso de que alguna mujer no pueda engendrar un hijo y se obsesione en tenerlo para demostrar a sus amistades, familiares que ella puede tener un hijo o bien puede ser que sea para que el marido no la deje por ser estéril y quiera a como de lugar tener un hijo optando por la maternidad subrogada, teniendo la falsa creencia de que con un hijo va a retener a su lado al marido.

Afirma Rabinovich-Berkman refiriéndose a la posible influencia de la vieja cultura latina y del derecho romano en la civilización del siglo XX y, especialmente, en el llamado “derecho al Hijo” invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida que: “el argumento principal que sostiene el derecho de los padres a la fecundación es fundamentalmente genético”⁵⁷ es tener un hijo *propio*, entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos.

⁵⁷ Dirección Electrónica: Cano, María Eleonora. Op. Cit. P.14,15.

Es importante resaltar que Rabinovich Berkman hace alusión a que las personas que quieren tener un hijo lo quieren propio, entendiéndose por ello que al menos tenga genes de uno de sus padres ya que puede darse el caso de que no sea con el espermatozoides del esposo sino de un donante o bien que no sea con el óvulo de la esposa sino de la mujer que va a prestar su vientre, existiendo diversas combinaciones.

También hay que tener en consideración que probablemente una pareja desea tener al niño porque tiene conocimiento de que en el testamento de determinado miembro de su familia les heredarán siempre y cuando tengan un primogénito así que lo van a buscar a como de lugar, desde mi punto de vista no es correcto traer una vida a este mundo sólo por obtener algo; en este caso el niño no sería querido como debiera por lo que lo más conveniente es que la maternidad subrogada no les fuera permitida, ya que el niño no debe ser tomado como un medio para alcanzar otro, lo que se busca con la maternidad subrogada es darle la posibilidad a la pareja infértil de tener un hijo propio.

Asimismo, es importante considerar los eventuales problemas físicos o psicológicos que podrían afectar al

niño concebido mediante esta técnica, mismos que pueden ser prevenidos tanto por la ciencia médica como por la pedagogía; a través de sesiones que se den al niño desde temprana edad junto con sus padres.

El niño tiene derechos desde su concepción, tales como que se garantice que la madre va a tener un adecuado cuidado prenatal y obstétrico, así como que, a partir de su nacimiento, debe contar con un ambiente familiar que se prevea sano, estable en el ámbito psicológico a efecto de que se desarrolle plenamente.

3.9 Índice de parejas estériles en México.

La actitud humana acerca de la reproducción en el momento actual y en el mundo conocido está matizada por múltiples motivaciones, con esperanzas frecuentemente desmedidas en la tecnología, tan es así que puede convertirse en un dilema reproducirse o abstenerse. En la actualidad observamos cómo mujeres entre los 30 y 35 años pretenden ser madres por primera vez a esa edad, siendo que en el pasado en los años 30's las mujeres eran madres alrededor de los 22 a 26 años.

Esterilidad es la incapacidad para concebir. Infertilidad, es la incapacidad para llevar a la viabilidad el producto concebido. La esterilidad y la infertilidad se denominan primarias si previamente no ha habido concepción o embarazo viable, respectivamente. Se denominan secundarias, en el caso contrario.

“Alrededor del 10% de los matrimonios son estériles; en otro 10% hay abortos repetidos. Se calcula que en México hay unas 600 000 parejas infértiles. La causa es femenina aproximadamente en 50% de los casos, masculina en el 40% y mixta en el 10%”.⁵⁸

Treinta por ciento de las parejas normales conciben en un mes; 60% en dos meses y 90% en un año.

La esterilidad y la infertilidad son problemas de pareja en los que, como ya indiqué pueden estar implicados uno, otro o ambos cónyuges. Para plantear el estudio diagnóstico de una pareja estéril, el médico debe obtener una buena historia clínica y hacer una adecuada exploración física de los esposos, que le permitan contestar satisfactoriamente las cinco preguntas que a continuación enlisto:

⁵⁸ Vázquez Benítez, Efraín. *Medicina Reproductiva. 2ª edición.* Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción A.C. 2003. P.6

1. ¿Hay razones aparentes que expliquen el problema, tales como trastornos menstruales, infección pélvica, cirugía previa de los genitales femeninos, o endocrinopatías de la esposa; impotencia o antecedentes de alteraciones genitales en el marido?

2. ¿Se realiza el coito en forma adecuada y con la frecuencia necesaria?

3. ¿El estado físico de los esposos es adecuado?

4. ¿Hay factores emocionales que puedan ser causa de la esterilidad?

5. ¿La pareja es adecuada para una investigación de esterilidad?

El médico debe, además establecer si hay razones de salud física o mental que contraindiquen el embarazo o que califiquen inadecuadamente a los cónyuges para el papel de padres.

La valoración usual de la esterilidad es una experiencia costosa y a veces limitada para muchas

parejas, por lo que en la nueva era se sugiere una evaluación dirigida, que permita disminuir el costo. El abordar los problemas de esterilidad o infertilidad de una pareja debe ser con conocimiento del problema específico, de la salud física y mental de la pareja y de las posibles repercusiones en el futuro niño que, aun antes de ser concebido debe tener garantizada en todo lo previsible una salud adecuada y un ambiente favorable para su desarrollo como ser humano.

Es importante realizar un estudio genético a la pareja, recurriéndose así al llamado "consejo genético" que implica un estudio del "pedigree" o línea familiar, la búsqueda de enfermedades genéticas o antecedentes de malformaciones congénitas, estudios histopatológicos o citogenéticos del material expulsado en abortos previos o en la placenta de mortinatos o malformados, todo lo cual permitirá algunos tratamientos o servirá de base para establecer un pronóstico fundamentado sobre el, a veces angustioso, futuro reproductivo de la pareja.

Capítulo 4.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

4.1 La Ley General de Salud y los métodos de reproducción asistida.

La reproducción asistida no se encuentra regulada por la Ley General de Salud, el **Artículo 3o.** precisa:

“En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general: VII.- Planificación familiar; XXVIII.- Las demás materias que establezca esta Ley y otros ordenamientos legales, de conformidad con el párrafo tercero del Artículo 4o. Constitucional”.

Artículo 4º constitucional.- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución.

Como manifesté en el capítulo primero, en el punto 1.5, la reproducción asistida es el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. Razón por la cual las parejas heterosexuales con problemas de infertilidad que pretenden concebir un hijo y que después de que el médico especialista les informa que no podrán concebir al producto de forma normal existe la posibilidad de que

recurran a los métodos de reproducción asistida, por lo que es conveniente conocer si están regulados por la legislación mexicana o no.

Existe una iniciativa para regular las Técnicas de Reproducción Asistida dentro de la Ley General de Salud, presentada en septiembre de 2002 por los legisladores del Partido de Acción Nacional. En la iniciativa de ley propuesta se prevé que las técnicas de reproducción asistida se realicen solamente:

- “Cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la madre o la descendencia.
- En mujeres mayores de edad, con plena capacidad jurídica, y que hayan sido suficientemente informadas sobre las técnicas de reproducción, con sus consideraciones biológicas, médicas, jurídicas, económicas, éticas y cualquier otra que se relacione con la reproducción asistida.
- Que exista por escrito, el consentimiento de los dos miembros de la pareja.

- La Secretaría de Salud, expedirá el reglamento donde se especificarán las características de cada una de las técnicas de reproducción asistida”.⁵⁹

Existe la iniciativa de ley para las técnicas de reproducción asistida, pero ¿qué hay respecto a la Maternidad Subrogada?, evidentemente que nuestra legislación todavía no la tiene contemplada, por lo que a continuación expongo las propuestas que podrían ayudar para legislar al respecto.

4.2 La Maternidad Subrogada regulada por un Contrato.

Las parejas que optan por tener un hijo a través de la maternidad subrogada se encuentran desprovistas de seguridad jurídica alguna, ya que esta figura no se encuentra regulada por la Ley a excepción del estado de Tabasco, como lo señalé en el punto 2.1.5., entonces me surge el cuestionamiento: para el caso de que exista algún conflicto entre las partes que celebraron el contrato, ¿qué autoridad resolverá?, ¿sería la de la entidad

⁵⁹ García Colorado, Gabriel. Op.cit. p.327, 328.

federativa correspondiente?, debiendo recordar que el Código Civil para el Distrito Federal se emplea de manera supletoria en caso de controversia de orden Federal; sin embargo, el mismo no contempla la figura de la maternidad subrogada. Por lo que desde mi particular punto de vista las parejas heterosexuales con problemas de infertilidad que han decidido solicitar a una mujer el **préstamo** (que no exista una retribución económica como en otros países) de su útero para que el embrión sea fecundado deben tener la certeza jurídica de estar protegidos y ello podría ser a través de un contrato, teniendo presente lo siguiente:

El Código Civil para el Distrito Federal distingue entre convenio y contrato, pues considera a éste la especie y a aquél el género. El artículo 1792 preceptúa.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. El artículo 1793 del código civil enuncia.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Por ello es que se considera al contrato como una especie del convenio.

El contrato debe contener elementos de existencia y de validez, los elementos de existencia son: el consentimiento, objeto y, excepcionalmente, la solemnidad.

El **consentimiento** como elemento de existencia del contrato es el acuerdo de voluntades constitutivo del contrato.

“Dos personas, por tanto dos voluntades, son necesarias, por lo menos, para que haya consentimiento y, por ende, contrato. Pero el contrato puede existir entre un mayor número de personas, como lo demuestran las sociedades”.⁶⁰

En el caso de la maternidad subrogada el consentimiento debe darse entre la pareja con problemas de infertilidad y la mujer que acepte prestar su útero; para el caso de que esta última esté casada podría intervenir también el esposo otorgando su consentimiento y, por tanto, sería de cuatro personas el consentimiento.

El autor, Ernesto Gutiérrez y González, define el consentimiento como el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una

60 Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil. Traduc. d'e José M. Cajica Jr., en *Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito*. Puebla, 1945, p. 287

manifestación exterior. El consentimiento se compone de dos voluntades: policitud y aceptación.

La policitud es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad.

Se entiende por aceptación "una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta".⁶¹

Podría ser que una mujer, empleando la tecnología, solicite vía Internet que alguien le preste su útero para gestar el embrión, esa propuesta es realizada a persona no presente dado que no la ve; indeterminada, porque no la conoce y que alguien se ofrezca para gestar el embrión, dándose por tanto la aceptación.

El consentimiento como elemento de existencia del contrato se perfecciona una vez que se da la policitud,

61 Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. México, Porrúa. 1994. p. 214.

se recibe la aceptación y se reúne también el elemento del objeto para su perfeccionamiento, pero existen cuatro casos que nos hacen pensar en qué momento se perfecciona el consentimiento:

1. Entre personas presentes sin plazo.
2. Entre personas presentes con plazo.
3. Entre personas no presentes sin plazo.
4. Entre personas no presentes con plazo.

Entre personas presentes sin plazo, el artículo 1805 del código civil ⁶²precisa:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono”.

Entre personas presentes con fijación de plazo, de acuerdo con el artículo 1804,

“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

⁶² *Código Civil para el Distrito Federal*. México. Sista, 2004. p.164. Al referirme al código en las páginas subsecuentes será al aquí citado.

Entre personas no presentes con plazo y sin plazo me lleva al estudio de cuatro teorías, que a continuación presento.

Teoría de la declaración. Se perfecciona el consentimiento desde el momento que el destinatario de la propuesta lo declara en cualquier forma, inclusive la verbal.

Teoría de la expedición. Consiste cuando el destinatario de la propuesta, además de enterarse de ésta y declararla, expide la aceptación saliéndose de su control. El artículo 1808 del código citado expresa:

“La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación”.

Teoría de la recepción. Consiste en que el oferente recibe la aceptación, es decir, no es suficiente tener conocimiento de la aceptación sino que es necesario que ésta sea recibida por el oferente. Al respecto tenemos el artículo 1807 del citado código el cual señala:

“El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación”.

El artículo 1810 preceptúa:

“El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición, que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores”.

Teoría de la información. Es cuando el oferente informa, se entera de la aceptación que hace de su propuesta. Ejemplo de esta teoría es el contemplado por el artículo 2340 del código civil respecto a las donaciones: La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.

El perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes sin fijación del plazo, el artículo 1806 del código preceptúa que:

“El autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”

Respecto al perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes con fijación del plazo, se refiere el artículo 1804 del código al estipular:

“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar,

queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

Esas cuatro teorías pueden presentarse si la pareja que no puede tener un hijo de forma natural realiza una policitud a sus conocidos, familiares de forma personal o bien si lo realiza a través de Internet o de una publicación en revista, periódico, auxiliándose de los avances tecnológicos que en la actualidad existen, por tanto se deberá tener presente qué teoría es la que se emplea para saber en que momento se perfecciona el consentimiento.

El segundo elemento de existencia del contrato es el **objeto**, este nos lleva a saber que

“el objeto directo e inmediato del contrato la creación o la transmisión de obligaciones o derechos (sean éstos reales o personales). El objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la prestación de una cosa o la cosa misma; o bien, la prestación de un hecho o el hecho mismo”.⁶³

El útero de una mujer en ningún momento puede ser considerado el objeto indirecto del contrato (porque no es cosa), forma parte del cuerpo humano, si bien es

63 Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. México, Porrúa.1994. p.p. 33, 34.

cierto que por medio de él se gestaría el embrión no lo considero objeto indirecto. Es conveniente explicar los requisitos que debe cumplir la cosa objeto del contrato conforme lo establece el artículo 1825 del código civil:

1. Existir en la naturaleza,
2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie,
3. Estar en el comercio.

Requisitos que no satisface el útero de la mujer.

La *solemnidad*, elemento de existencia del contrato en forma excepcional, es considerada como el conjunto de elementos externos que cubre la voluntad de las partes en los contratos y que la ley exige para su existencia.

Los elementos de validez del contrato son: la capacidad; ausencia de vicios en la voluntad; objeto, motivo, fin lícito; forma libre o señalada por la ley para la expresión exterior del consentimiento. En forma breve me referiré a cada uno de ellos.

La *capacidad*, se considera como la aptitud jurídica de ser sujeto de derechos y obligaciones, comprende la

capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de las personas físicas.

A) la capacidad de goce, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y

B) la capacidad de ejercicio, es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstas, se adquiere con la mayoría de edad (a los 18 años).

Ausencia de vicios en la voluntad, el consentimiento que exista en un contrato no debe estar viciado porque si no tendrá una nulidad relativa el contrato.

Por error se entiende la falsa concepción de la realidad.

La violencia es considerada como el miedo ocasionado por la amenaza de sufrir un daño personal o que lo sufran las demás personas en que se tiene alta estima.

La lesión como vicio de la voluntad es originada por la inexperiencia y extrema necesidad, por la suma ignorancia de una de las partes en un contrato

conmutativo. “Es cuando las partes saben que las prestaciones que se deben son ciertas, determinadas y saben desde ese momento el beneficio o los beneficios o pérdidas de ese contrato”. La lesión opera desde tres puntos de vista:

A) La lesión como un vicio subjetivo, se refleja en los sujetos.

B) La lesión como un vicio objetivo, existe la desproporción en las prestaciones y se refleja en el objeto.

C) La lesión como un vicio subjetivo-objetivo, existe la desproporción en la prestación y contraprestación y es manifiesta.

Ramón Sánchez Medal refiere que en los contratos civiles, debe considerarse la lesión como un vicio del consentimiento, que se integra con un elemento objetivo (obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto o la cuantía de tal desproporción), y otro elemento subjetivo (explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro).

La reticencia como vicio del consentimiento, es considerada por Ernesto Gutiérrez y González como el silencio voluntario que guarda uno de los contratantes en relación a alguno o algunos hechos ignorados por la otra parte y que tienen relación al acto jurídico. Hay ausencia de creencia o ausencia de conocimiento.

Objeto, motivo, fin lícito: de acuerdo con los artículos 1830 y 1831 del código civil se entiende como objeto lícito todo lo que va conforme a las leyes del orden público y a las buenas costumbres.

La *forma* como elemento de validez se entiende como el elemento exterior que cubre a la voluntad de los actos o también se entiende como la manera en que las partes deben manifestar su voluntad para que el contrato surta su efecto; las formas en que se puede expresar la voluntad son:

1. Tácita.- es cuando resulta de los hechos y actos que presuponen la aceptación.
2. Expresa.- es cuando la manifestación de la voluntad es verbal, escrita o por signos inequívocos.
3. Silencio.- esta manifestación surte su efecto cuando la ley así lo determina.

4. Ignorancia.- se da cuando se le hace una propuesta a una persona y ésta la ignora, la ley presume que sí la conoce al no rechazar la policitud.

5. Consensual.- se debe externar la voluntad .

6. Formal.- la voluntad se manifiesta de acuerdo y de la manera que la ley lo determine.

7. Solemne.- se dará el consentimiento cuando la voluntad se cubra como la ley lo exige para el acto.

En el caso de la maternidad subrogada lo conveniente es que el contrato sea de forma expresa, esto es por escrito, proporcionando seguridad a los que en él intervienen en caso de un conflicto (litigio).

Entendiéndose por litigio desde el punto de vista de Carnelutti: "conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro".⁶⁴

Al referirme a que el contrato es el convenio que produce o transfiere las obligaciones y derechos, creo oportuno precisar qué se entiende por obligación, el autor Ernesto Gutiérrez y González señala que la obligación es una especie del deber jurídico en *lato sensu*. Por eso se

64 Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Décima novena edición. México, Porrúa, 1990. p. 544.

dice que toda obligación es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación.

La obligación en *lato sensu*, es comprendida por Ernesto Gutiérrez y González como la necesidad jurídica de cumplir una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto que ya existe.

La obligación en *stricto sensu* la define Gutiérrez y González como la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir.

Opinan Medina y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. Resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, el consentimiento tornaría lícito el acto, siempre que no se vulneren la moral y el orden público.

La obligación en sentido *lato sensu*, en su especie de derecho de crédito o personal, tiene tres elementos:

1. Sujeto, llamando acreedor al activo y deudor al pasivo.

2. La relación jurídica, "es el elemento ideal que resulta del enlace de los elementos simples, y no puede confundirse con la obligación que es uno de ellos".⁶⁵

3. El objeto se caracteriza como prestación o como abstención, el maestro Rojina Villegas afirma que el objeto siempre tiene que ser la conducta humana misma que consiste en dar, hacer o no hacer.

Ramón Sánchez Medal en su libro de los contratos civiles dedica el capítulo XXXVII a los contratos innominados o atípicos; los contratos pueden dividirse en dos grandes grupos: los contratos nominados o típicos y los contratos innominados o atípicos.

1. **Contratos nominados o típicos.**- su contenido ha sido disciplinado o estructurado expresamente por el legislador, en el código civil o en otras leyes.

⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo quinto, Obligaciones. México, Porrúa, 1985.p. 18.

2. **Contratos innominados o atípicos.**- su contenido no ha sido disciplinado expresamente por el legislador, algunos de ellos tienen ya su nombre en la doctrina y algunos otros son simplemente mencionados por su nombre por el legislador, tal como ocurre con el contrato estimatorio (art. 159 VI de la Ley de quiebras) y con los contratos que celebran con su clientela las fondas, cafés y casas de baño (art. 2538 código civil). El contrato de maternidad subrogada a simple vista podría quedar dentro de esta clase de contratos; sin embargo más adelante explico el por qué no puede quedarse en esta clasificación.

En los contratos innominados o atípicos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por voluntad de las partes, en ejercicio de la libertad contractual. Pero en estos contratos se plantea el problema de cómo interpretar estos contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten e integren.

Los contratos innominados o atípicos pueden dividirse en dos grupos:

a) *Contratos innominados en sentido estricto o contratos innominados puros*, que comprenden tanto los contratos que tienen un contenido completamente extraño a los tipos legales.

b) *Contratos mixtos o complejos*, en los que todos los elementos de su contenido, son de tipo legal, pero en combinaciones diversas. Hay otra clasificación doctrinal (Arcageli) de los contratos atípicos en dos especies: los innominados propiamente dichos, que son los que responden a nuevas necesidades no previstas y no normadas en las clasificaciones existentes; y los innominados impropriadamente dichos, que son una especie modificada de un tipo ya existente, del cual se diferencian por faltarles un elemento esencial, lo que hace que no alcancen la finalidad propia, sino otro fin diferente.

Para las dos clases de contratos innominados (los innominados puros y los mixtos) el legislador establece en el artículo 1858 del código:

“Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

La maternidad subrogada (préstamo de útero sin remuneración económica), no la puedo considerar un contrato innominado puro, porque aún tratándose de contratos innominados se requieren satisfacer los elementos de existencia y de validez de los contratos, mismos que ya expliqué con anterioridad; el elemento objeto no se da porque el útero no es cosa, pensando que fuera una cosa debería estar dentro del comercio y así se satisfarían todos y cada uno de los requisitos esenciales de un contrato y estaríamos ante él. No obstante lo anterior, es necesario que la Maternidad Subrogada quede regulada por un contrato, pudiendo ser éste de manera *sui generis* a efecto de no dejar desprotegido al producto y a la pareja con problema de infertilidad, esto es a los que deberán ser considerados los padres de la criatura, con independencia de quien provenga el material genético.

Rechazo la idea de que exista una remuneración económica como se da en otros países, porque lo que podría traer como consecuencia es que algunas mujeres lo tomaran como un negocio y no se trata de ello, sencillamente es ayudar desinteresadamente a una pareja heterosexual con problemas de infertilidad en procrear un hijo.

Si la maternidad subrogada se adecuara en una obligación podría hacerse cumplir coercitivamente, porque una obligación es coercible; sin embargo, como expuse anteriormente no se considera una obligación porque no se da la relación jurídica y, para que exista una obligación, se deben dar los tres elementos que son:

- los sujetos,
- la relación jurídica y
- el objeto.

Las formas de obligación en *lato sensu* que no se pueden ejecutar coactivamente como lo señala Ernesto Gutiérrez y González son las obligaciones naturales, “no existe elaborado todavía un procedimiento de ejecución forzada que nos permita decir que todas estas obligaciones son coactivas”.⁶⁶

Ernesto Gutiérrez y González define la obligación natural como la necesidad jurídica que tiene una persona denominada deudor, de cumplir a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, pero no puede exigirla coactivamente si el deudor no cumple,

⁶⁶ Gutiérrez y González, Op. Cit., p.615

pues el hecho ilícito de su violación no engendra una acción, o bien generándola, ésta se verá destruida con una conducta que la ley faculta asumir al deudor, y que irresponsabiliza a éste. Acertadamente Gutiérrez y González señala el por qué aunque exista obligación natural ésta es de valor **moral**, mas no de valor jurídico. Al no estar regulada la maternidad subrogada, el acuerdo que celebra la pareja con problemas de infertilidad con la mujer que acepta prestar el útero, podría considerarse una obligación natural, por eso es necesario que el Código Civil para el Distrito Federal contemple la figura de la maternidad subrogada, para poder exigir a través de la coerción la entrega del niño cuando se niegan a cumplir lo pactado entre las partes.

Manuel Bejarano Sánchez define a las obligaciones naturales como la necesidad jurídica de dar una prestación que no puede ser obtenida mediante la coacción legítima. Se pregunta ¿son obligaciones jurídicas?

“el carácter del derecho y de la relación jurídica está matizado por la coercibilidad. Al estudiar el vínculo de Derecho como uno de los elementos del derecho personal, se destacó que su nota distintiva era la coacción, la posibilidad eventual de obtener coactivamente la prestación. En las obligaciones naturales no existe tal

posibilidad. La ley les niega de antemano, una acción para ejercer ejecución forzada y en todos ellos el acreedor verá frustrada su pretensión de exigir el pago ante una negativa del deudor". ⁶⁷

Efectivamente, para hablar de una obligación, ésta debe ser coercible; si no, le faltaría una de sus características y no estaríamos ante una obligación propiamente; las llamadas obligaciones naturales no se pueden hacer cumplir coercitivamente, entonces ¿por qué llamarlas obligaciones?, existen dos teorías que nos explican la naturaleza de las mismas.

Teoría clásica: reconoce en las obligaciones naturales una obligación civil degenerada o abortada.

La que actualmente es una obligación natural fue una obligación civil que *degeneró*, o iba a ser una obligación civil que abortó, que no llegó a ser. Caso de obligación civil degenerada sería el de la deuda prescrita: fue, en su tiempo, una obligación con plena eficacia coactiva, mas, por efecto de la prescripción, se transformó en una obligación natural, dejó de ser obligación civil, al punto que el deudor puede resistirse al pago sin responsabilidad de su parte (artículo 1894 código civil).

⁶⁷ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México, Harla. 1984.p. 519.

Como hipótesis de obligación civil abortada se tiene el caso de la deuda de juego, a la que el ordenamiento jurídico niega ejecución coactiva por razones de interés público.

Artículo 2764 del código civil para el Distrito Federal.- La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido.

Artículo 2765 del código civil para el Distrito Federal.- El que paga voluntariamente una deuda procedente del juego prohibido, o sus herederos, tiene derecho de reclamar la devolución del cincuenta por ciento de lo que se pagó. El otro cincuenta por ciento no quedará en poder del ganancioso, sino que se entregará a la Beneficencia Pública.

Teoría Moderna: la obligación natural existe siempre que objetivamente se considere que el deudor está sujeto a pagar por un deber de conciencia.

Las obligaciones naturales se explican, en el fondo, como **un deber moral** que cumplir. M. Luban (citado por Guillermo F. Margadant) ha afirmado con propiedad que "las obligaciones naturales nacen casi siempre de una

misma causa, o sea, **el retraso de la legislación positiva con respecto a la conciencia jurídica del momento**".⁶⁸

Considero que cuando alguien acepta ser la madre subrogada puede ser considerado ese acto como una obligación natural, porque no existe coercibilidad en la Ley General de Salud ni en el Código Civil respecto a las personas que deciden prestar su útero para engendrar un embrión. Ya que no existe ninguna disposición legal que obligue a la madre subrogada a cumplir con la entrega del niño al nacer; debiendo existir, en estricto sentido, simple y llanamente porque es necesario que ambas partes estén protegidas por ley.

4.3 Inalienabilidad del cuerpo humano.

Propongo que la figura de maternidad subrogada sea regulada por un contrato, el cual sirva de documento base a la pareja con problemas de infertilidad, a efecto de que les sea entregado el niño al nacer; por este medio la madre subrogada hará una prestación de carácter patrimonial (moral), en favor de la pareja. Debiendo esta última compensar a la madre subrogada únicamente con

68 Op. cit. p. 521

lo necesario para el embarazo, esto es, proporcionarle atención médica de cualquier tipo durante el embarazo y después de éste, cubrir los gastos legales, la ropa de maternidad, transportación, hospitalización, medicamentos, servicios de laboratorio, y todo lo que implica el embarazo. Hacerse cargo durante un año de los gastos médicos subsecuentes al parto, ya que al no tener una remuneración económica la madre subrogada, es lo mínimo que podría esperar respecto de la mujer a quien ha entregado el bebé que llevó en su vientre.

4.3 Certeza jurídica del contrato.

El contrato indiscutiblemente es la base legal de todo acto jurídico; en el caso que nos ocupa, la maternidad subrogada, debe ser regulada por esta formalidad, para que la pareja contratante tenga la certeza de que les será entregado el niño al nacer y que no se lo va a quedar la madre subrogada. Así mismo, la madre subrogada que presta su útero de forma desinteresada, altruista, tiene la seguridad que el niño lo entregará al nacer y será recibido independientemente de que nazca con ciertas taras físicas o psíquicas, como consecuencia de defectos en el material genético utilizado o por cuestiones hereditarias.

Es un documento con el cual ambas partes obtienen protección y por ello es indispensable que la legislación civil lo prevea.

PROPUESTAS

De la presente investigación se concluye que la maternidad subrogada debe ser regulada por la legislación mexicana y al hacerlo deben tomarse en cuenta diversas cuestiones como las siguientes:

PRIMERA.- La legislación de las entidades federativas que conforman la República Mexicana, en sus respectivos códigos civiles deben contemplar la figura de la maternidad subrogada dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio como una opción para procrear hijos, ya que como manifesté a lo largo de la presente investigación el Código Civil de Tabasco es el único que contempla la maternidad sustituta.

SEGUNDA.- La maternidad subrogada debe permitirse únicamente a las parejas heterosexuales que tienen problemas de infertilidad y que se encuentren dentro de la edad de procrear, esto es que la mujer tenga como máximo 45 años y el hombre 50 años; a efecto de que el recién nacido cuente con unos padres que le puedan dar lo necesario, mientras cumple la mayoría de edad y pueda el niño disfrutar de ellos; con independencia de que veamos a parejas de homosexuales y lesbianas con mayor frecuencia conviviendo

como una pareja heterosexual, a ellos no los considero candidatos para celebrar un contrato de maternidad subrogada. Si el legislador se aventura a reglamentar esa figura para las madres solteras, parejas de homosexuales y lesbianas corresponderá a él y no a mi presentar la propuesta; en virtud de que en la presente investigación únicamente me refiero a que la pareja heterosexual sea la que recurra a la maternidad subrogada.

TERCERA.- La pareja con problemas de infertilidad requerirá del vientre de otra mujer para llevar a cabo la gestación del embrión, para lo cual propongo que sea a través de un contrato *sui generis* el préstamo de útero, y asegurar así que la mujer que va a gestar el embrión lo entregue al nacer y que los contratantes se obliguen a recibir al niño con independencia, de cualquier malformación que traiga consigo.

CUARTA.- El niño que se gestará en el útero de mujer diversa a su madre será considerado hijo de la pareja que celebró el contrato con la madre subrogada, sin importar si la mujer que lo gestó aportó el óvulo o no; aún si el material genético (espermatozoides y óvulo) no proviene de quienes solicitan el préstamo de un útero se tendrán los mismos

derechos como si se tratara de un descendiente consanguíneo.

QUINTA.- La madre subrogada no deberá obtener remuneración alguna, esto con el fin de evitar que sea considerado un negocio para algunas mujeres, lo único que percibirá serán los gastos médicos que se susciten durante el embarazo, la ropa de maternidad, transportación, hospitalización, medicamentos, servicios de laboratorio, alimentos y todo lo que implica el embarazo, además de brindarle atención médica durante un año posterior al parto.

SEXTA.- Previo a la celebración del contrato de maternidad subrogada, ambas partes (pareja heterosexual y la madre subrogada) se sujetarán a un estudio psicológico, cuyos gastos serán cubiertos por la pareja contratante y una vez nacido el niño, continuarán con sesiones psicológicas para ayudar al desarrollo del mismo.

SÉPTIMA.- La maternidad subrogada deberá ser contemplada en la Ley General de Salud, dentro del capítulo correspondiente a la planificación familiar, ya que en ese

capítulo se hace referencia a la biología de la reproducción humana.

OCTAVA.- En el contrato que celebren las partes, deberá quedar expresado que no se podrá impugnar la paternidad ni la maternidad del hijo(os) nacido(s) a través del contrato de maternidad subrogada, por el consentimiento expreso que dio la pareja heterosexual. Ello a efecto de proteger al descendiente.

NOVENA.- En el contrato que celebren las partes debe quedar asentado el nombre del médico que se va a hacer cargo de todo el procedimiento gineco-obstétrico, a efecto de que ambas partes manifiesten su conformidad a ser tratadas por el Doctor que en el contrato precisen.

DÉCIMA.- Si el médico, después de haber leído los resultados de los exámenes practicados a la pareja, se percata de que el producto podría nacer con alguna enfermedad mental o heredar alguna enfermedad contagiosa e incurable puede negarse a llevar a cabo el procedimiento con la madre subrogada, previa notificación que realice a la pareja explicándoles el por qué de su actuar.

Elementos que deben ser considerados por la legislación mexicana al celebrar el contrato de maternidad subrogada:

- La mujer que preste su útero para llevar a cabo la gestación del embrión de la pareja contratante deberá contar con certificado médico de buena salud, expedido por una institución oficial. Asimismo se le deberán realizar exámenes toxicológicos.
- A la pareja heterosexual con problemas de infertilidad le deben ser practicados estudios exhaustivos con la finalidad de conocer si padecen enfermedades transmisibles a sus descendientes, ya que de resultar afirmativo, el médico debe informarlo a los mismos.
- El médico debe informar a la mujer que se va a proponer para ser la madre subrogada en qué consiste ese método, los riesgos a que se enfrenta, así como los inconvenientes inherentes al procedimiento; y una vez realizado, si ella está de acuerdo, debe obtener el consentimiento informado para evitar alguna demanda en contra de él.

BIBLIOGRAFÍA.

Textos.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid, Tecnos. 1998.

AYALA R., Aquiles. *Medicina de la Reproducción Humana*. México, Azabache. 1980.

AZUA Reyes, Sergio T. *Teoría general de las obligaciones*. 2ª edición. México, Porrúa. 1997.

BEJARANO Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 5ª edición. México, Oxford University Press. 1999.

BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Traduc. de José M. Cajíca Jr., *Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito*. Puebla, 1945.

BORJA Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Porrúa. 2004.

CHARLESWORTH, Max. *La bioética en una sociedad liberal*. Gran Bretaña, Cambridge University Press. 1996

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo II. Buenos Aires, Heliasta. 1976.

Diccionario breve de medicina. México, Ediciones científicas la prensa mexicana. 1983.

Diccionario Enciclopédico University de términos médicos. México, Interamericana, 1981.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, Porrúa. 1995.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1982. Tomos III y XX.

FIELD, M.A. *Surrogate Motherhood.* Cambridge, Harvard University Press. 1988.

GALINDO Garfias, Ignacio. *Estudios de derecho civil.* 2ª edición. México, Porrúa. 1994.

GARCÍA Colorado, Gabriel; López Brito, Francisco S. *Legislar en Bioética legislando para el futuro.* México, Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional. 2003.

GAUDEMET, Eugene. *Teoría general de las obligaciones.* México, Porrúa. 1974.

Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio.* México, Porrúa. 1990.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* México, Porrúa. 1994.

HURTADO Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y a la muerte?.* México, 1999.

La Bioética un reto del tercer milenio. II Simposium Interuniversitario. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2002.

Genética Humana y Derecho a la Intimidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1995.

Jonson, John W. *Historic U.S. Court Cases. 1690-1990.* An Encyclopedia. Department of History University of Northern Iowa. Gerland Publishing. New York. 1992.

KIVILCIM Forsman, Zeynep. *European Law Journal.* Volume 10, issue 5, september 2004. European University Institute.

MARTÍNEZ Alarcón, Javier Antonio. *Teoría general de las obligaciones.* 2ª edición. México, University of Oxford. 2000.

MARTÍNEZ Alarcón, Javier Antonio. *Teoría de las obligaciones.* México, Porrúa. 2003.

MEJAN, Luis Manuel C. *Obligaciones civiles: ayuda de memoria.* México: Oxford University. 2005.

MOGUER Caballero, Manuel. *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales.* México, Porrúa. 2000.

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Francisco Seix. Barcelona 1985.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 19ª edición. México, Porrúa. 1990.

PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos civiles*. México, Porrúa. 2004.

PEZA Muñoz Cano, José Luis de la. *De las obligaciones*. 2ª edición. México, Porrúa. 2002.

PINA Vara, Rafel. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 18ª edición. México, Porrúa. 2005.

PINA, Rafael de. *Elementos de derecho civil mexicano, introducción, personas, familia*. 23ª edición. México, Porrúa. 2004.

PLATTS, Mark. *La ética a través de su historia*. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. México, 1988.

PRETORIUS, Diederika. *Surrogate Motherhood*. Law Faculty University of South Africa Pretoria. Springfield Illinois USA. 1994.

QUINTANILLA García, Miguel Angel. *Derecho de las Obligaciones*. México, UNAM Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán. 1987.

RECHT, S. M. *M si for Money: Baby M and the Surrogate Motherhood Controversy*. The American University Law Review. Spring 1988.

RIBÓ Durán, Luis. *Diccionario de Derecho*. Barcelona, Bosch. 1995.

ROMÁN Flecha, José. *La fuente de la vida*. Manual de Bioética. Salamanca, España. Sigüeme. 1999.

SANROMÁN Aranda, Roberto. *Las fuentes de las obligaciones*. México, Mc Graw Hill. 1998.

SÁNCHEZ Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. México, Porrúa. 1994.

SÁNCHEZ Vázquez, Adolfo. *Ética*. México, 15ª edición Grijalbo. 1976.

SEPÚLVEDA Sandoval, Carlos. *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. México, Porrúa. 1996.

VÁZQUEZ Benítez, Efraín. *Medicina Reproductiva*. 2ª edición. México, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción A.C. 2003.

VIGIL Rubio, Jorge y Vigil Margarita. *Compendio de Ética*. Barcelona, Alianza. 2000.

West's Encyclopedia of American Law. Volumen 1, 4, 8 y 10. West Group. United States. 1998.

ZAMORA y Valencia, Miguel Angel. *Contratos civiles*. México, Porrúa. 2004.

Legisgrafía.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Porrúa. 2003.

Ley General de Salud. México, Sista. 2004.

Código Civil para el Distrito Federal. México, Sista. 2004.

Código Civil para el Estado de Coahuila. México, Porrúa. 2004.

Código Civil para el Estado de Tabasco. México, Porrúa. 2004.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. Artículo 46.

Hemerografía.

García Rubio, Mari Paz. "La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida". *Consideraciones respecto del derecho civil español* (Tapia). Octubre 1987, año VII, N 36.

Rubinzal Culzoni. *Revista de Derecho privado y comunitario*, No. 9. Argentina.

Pretorius, Diederika. "Law Faculty University of South Africa Pretoria". *Surrogate Motherhood. A worldwide view of the issues*. Publication Number 1085. Springfield Illinois USA. 1994.

Hauser, Barbara R. *Women's Legal Guide*. Editor. Fulcrum Publishing. Golden, Colorado. 1996.

Fuentes Electrónicas.

www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII parte2.htm

www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html

www.revistapersona.com.ar/cano.htm

www.medicaexpress.com/medireproductiva/rep_12_19_06/rep_12_19_06.htm

www.geocities.com/jacman2003/formac/formac22.htm

www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm

www.smu.org.uy/elsmu/institucion/Documentos/doc/lem/amm/AM44.htm

www.bibliojuridica.org/libros/1/82/4.htm

www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm#INTI.

www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/itam/estudio/letras16/notas2/sec.1.html

www.ub.es/dptscs/textos/pr42vmendez.pdf.

www.eticacyt.gov.ar/Proyecto%20de%20ley%20TRA.htm

www.medicaexpress.com/medireproductiva/rep_12_19_06/rep_12_19_06.htm

www.jornada.unam.mx/2004/ene04/040105/articulos/65_repr_asist.htm_12k

http://cerezo.pntic.mec.res/*jladen/webmec12/legi.espa02.html

www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/index.html

www.casf.org.ar/.../lastecnicasdereproduccionhumanatecnicamenteasistida.doc

www.hazteoir.com/HayAlternativas/Documentos/Informe.JMSerrano.doc

www.cfm.org.br/revista/bio9y2/Simpo6.2.htm_12k

www.el-mundo.es/cronica/2002/330/1013412664.html

<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerGenC8.html>

www.palaciomedicina.unam.mx/Eventos/Diplomado_bioetica.html

www.csj.gob.sv/Bvirtual.nsf

www.cimaanoticias.com/noticias/02may/02053103.html

Otras Fuentes.

Ponencia: *Las técnicas de Reproducción Humana Técnicamente asistida y el Derecho Civil.* XIV Congreso Nacional de Jóvenes Abogados. Buenos Aires. Santa Fé, 15 y 16 de Agosto de 2003.

Conferencia: *Marco Jurídico del Consejo de la Judicatura del D.F. y sus sistemas de control disciplinario.* 31 de Agosto de 2004. Sustentada por el Lic. Juan Tzompa Sánchez. Tema: Reproducción asistida.

A N E X O S

ANEXO 1

CÓDIGO CIVIL DE TABASCO

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

X. FILIACIÓN

10.1 Con respecto a la filiación se establecen las siguientes innovaciones.

a) La ley no hace ninguna distinción en los derechos de los hijos, basada en la diversa forma de probar la filiación; y resulta de las presunciones legales, del nacimiento de la adopción o por sentencia ejecutoriada que la declare (artículo 322).

b) Se impone al Estado, a través de la autoridad y organismo que la ley señale, el deber de "instruir a quienes hayan llegado a la pubertad, sobre los deberes y derechos inherentes a la filiación" (artículo 323).

c) Se presumen hijos de matrimonio a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial (artículo 324), si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos (artículo 329).

10.2 El artículo 340 establece presunciones legales, en las cuáles no puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación adquirida pudiere deducirse; y así nos señala que "se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que

empezó el concubinato; II Los nacidos dentro de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera método de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable”.

10.3 El derecho no puede ser ajeno a los avances científicos, tan es así que el nuevo Código Civil los hace suyos, incorporando una serie de disposiciones que indudablemente esperamos sean de gran utilidad para la ciudadanía. Así, para determinar la filiación de los hijos cuyos padres no fueron esposos señala: “Respecto del 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 que será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en la vida de los padres como después de muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido

como resultado de una transferencia de embrión, “la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató” (artículo 347).

10.4 Dentro de esta misma temática preceptiva, el artículo 349 indica: “Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in Vitro, aún cuando no se encuentre en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto...; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos”.

En abril de 1997, legisladores del Estado de Tabasco respondieron a varias de dichas interrogantes a través de la reforma al Código Civil para su Estado. Su intención fue la de hacer de la legislación civil tabasqueña una de las más actuales y modernas del país. Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación *in Vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal.

El Código Civil para el Estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las TRA. Sin embargo, esa aproximación legal, sin precedente nacional, no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida: Inseminación postmortem, el anonimato del donador en la inseminación heteróloga y la

disposición de los embriones que excedan a los transferidos en un ciclo.

ANEXO 2



Regularización Jurídica de Menores y Adopciones

Los menores que ingresan a los Centros Nacionales del DIF poseen en muchos casos una situación jurídica irregular, a raíz de ello, el SNDIF realiza acciones encaminadas a lograr que estos niños se reintegren de nueva cuenta con su familia de origen, o bien, facilita la integración de las niñas, niños y adolescentes a una familia adoptiva atendiendo al interés superior del niño, así como la protección de sus derechos.

1.¿Quiénes pueden realizar una adopción?

- Solicitantes mexicanos y extranjeros que residan legalmente en México.
- Solicitantes que residan fuera de México, independientemente de su nacionalidad (por favor ver los requisitos de ADOPCIONES INTERNACIONALES)

2.¿Cuáles son los pasos que deben seguir los candidatos a padres adoptantes?

Si usted es residente legal en México, independientemente de su nacionalidad de clic en este vínculo.

Si usted es residente de otro país, por favor vea la información de ADOPCIONES INTERNACIONALES

3.¿En cuanto tiempo el DIF determina la viabilidad de una solicitud?

En tres meses a partir de que se realiza la solicitud.

4.¿Cuánto tiempo tarde el trámite de adopción a partir de que el DIF determina la viabilidad de una solicitud?

Esta respuesta es difícil de dar puesto que varía dependiendo de la rapidez con que se realice la asignación del menor que va a ser adoptado y la agilidad del proceso judicial por el cual se legaliza la adopción.

5.¿Dónde se puede solicitar una adopción?

- Si usted reside en el Distrito Federal:

En las oficinas de la Dirección Jurídica del DIF Nacional o directamente en alguna de las Casas Cuna del DIF Nacional ubicadas en la Ciudad de México. [-Ver direcciones-](#)

- Si usted reside en algún lugar del interior de la República:

Dirigirse directamente al DIF Municipal de su lugar de residencia. Dirigirse al DIF Estatal ubicado en la capital del estado donde reside. [-Ver directorio de DIF Estatales-](#)

- Si usted reside fuera de México, independientemente de su nacionalidad:

Dirigirse con la Autoridad Central en materia de adopciones del país donde reside

Procedimiento de Adopción para personas residentes en México

- Entrevistarse con un(a) trabajador(a) social en la Casa Cuna que corresponda o en las oficinas de la Dirección Jurídica del DIF Nacional. Se le otorgará ficha de inicio de trámite.
- Presentar una carta manifestando la voluntad de adoptar, especificando la edad y el sexo del menor que desean adoptar.
- Presentar acta de nacimientos de los solicitantes, así como el acta de matrimonio certificada en caso de estar casados y acta de nacimiento de los hijos que tengan.
- En los casos de concubinato, deberá cumplir los requisitos de la legislación aplicable (presentar acta o constancia de barandilla u otro que acredite dicha relación).
- Presentar dos cartas de recomendación de personas que conozcan al o a los solicitantes, que incluya domicilio y teléfono de las personas que los recomiendan.
- Presentar una fotografía a color tamaño credencial, de cada uno de los solicitantes.
- Presentar diez fotografías tamaño postal a color todas en su casa, que comprendan fachada y todas las habitaciones interiores de la misma, así como de una reunión familiar en la que participen los solicitantes.
- Presentar certificado médico de buena salud del o de los solicitantes, expedido por institución oficial y exámenes toxicológicos.
- Presentar constancia de trabajo, especificando puesto, antigüedad

y sueldo, o documentación que acredite fehacientemente los ingresos que perciben el o los solicitantes; así como, cualquier otro documento que acredite su solvencia económica.

- Presentar identificación oficial con fotografía de cada uno de los solicitantes. (credencial de elector o pasaporte).
- Presentar comprobante de domicilio.
- Entregar solicitud previamente proporcionada por el DIF Nacional, debidamente requisitada. (para su recepción y trámite deben cumplirse los requisitos anteriores).
- Estudios Socioeconómico y Psicológico, que practicará el DIF Nacional.

[Regresar](#)

Centros de Atención para Adopciones

- Departamento de Asistencia Jurídica a Centros Asistenciales. Xochicalco 947, 2º. Piso Col. Santa Cruz Atoyac, Delegación Benito Juárez, C.P. 03310, México, D.F. Horario de atención: lunes a viernes de 09:00 a.m. a 03:00 p.m. Responsable: Diana de Jesús Pacheco Teléfono: 30-03-22-00 exts. 2431 y 6703. Correo electrónico: dpacheco@dif.gob.mx

- Casa Cuna Coyoacán. Moctezuma No. 46 Colonia del Carmen Coyoacán, C.P. 04100, México D.F. Horario de atención: lunes a viernes de 07:30 a.m. a 12:30 p.m. Responsable: Araceli Mejia Reyes Teléfono: 30-04-13-07. Correo electrónico: amejia@dif.gob.mx

- Casa Cuna Tlalpan. Calzada de Tlalpan No. 1677 Col. Del Carmen Coyoacán, C.P. 04100, México, D.F. Horario de atención: De lunes a viernes de 07:30 a.m. a 12:30 p.m. Responsable: Ma. Susana Avendaño Zapata Teléfono: 30-04-13-16. Correo electrónico: sazapata@dif.gob.mx

**Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.
Zapata 340 P.B., Sta. Cruz Atoyac, 03310, México D.F. Tel.
(55) 30032200**