



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**LA MATERNIDAD SUBROGADA
Y SU PROBLEMÁTICA
JURÍDICO-PENAL**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA**

ERIKA PALOMINO HERRERA



ASESOR: JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA

CIUDAD UNIVERSITARIA

2008



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/016/01/08
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. GUSTAVO GONZÁLEZ BONILLA
ENCARGADO DEL DESPACHO DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna, **ERIKA PALOMINO HERRERA** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de el **LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA**, la tesis profesional titulada "**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El **LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA** en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL**", puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

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

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÉ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 19 de enero de 2008

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DIOS, a ti que en silencio me has acompañado a lo largo de mi vida y que sin pedirme nada a cambio, hoy me regalas la alegría de ver realizado uno de mis más grandes sueños; confié en que seguirás guiando mi camino. A MIS PADRES, por la paciencia que han tenido en la larga espera de eso que tanto me pedían, “mi tesis,” y porque se que no hay mejor forma de agradecer una vida de lucha, sacrificio y esfuerzo constantes, que la culminación de mi formación profesional; especialmente A TI MAMÁ, por tu apoyo incansable de cada momento, para que yo pudiera concluir esta etapa en mi vida, porque sin tu ayuda no lo hubiera logrado. ROSENDO, por el amor, apoyo, compañía y paciencia que me has brindado en estos años; siempre recordaré que estuviste a mi lado durante este arduo proceso. A MI FAMILIA, por la influencia que ejercieron en mi para que no abandonara este sueño. A QUIEN YA NO ESTA, pero se que comparte mi felicidad. A MIS AMIGOS, que con su ayuda y consejo me alentaron e impulsaron a llegar a esta meta, gracias por su amistad que conservo como algo valioso; de manera especial a ti, SERGIO, porque eres una de esas pocas personas que todo lo comprende. A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, por abrirme las puertas del conocimiento. A mi querida FACULTAD DE DERECHO, por cobijarme en sus aulas. Al SEMINARIO DE DERECHO PENAL, principalmente al LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA, por aceptar dirigir este trabajo. Al DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN, por sembrar en mi el gusto por el Derecho Penal con sus majestuosas cátedras en las clases de Teoría del Delito, desde ese momento supe que mi tesis la realizaría en esta materia. Al LIC. ALEJANDRO TORRES ESTRADA, por su asesoría, que siempre fue de gran ayuda. Y a quienes de alguna manera me ayudaron a alcanzar este ideal.

¡A TODOS MIL GRACIAS!

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	IV
--------------------	----

CAPÍTULO 1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1. Aproximación histórica.....	1
1.2. Causas que impiden la reproducción humana.....	10
1.2.1. Esterilidad e Infertilidad.....	11
1.2.1.1. Causas de esterilidad e infertilidad en la mujer.....	14
1.2.1.2. Causas de esterilidad en el hombre.....	17
1.2.2. Otras causas.....	20
1.3. Técnicas para solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad.	21
1.3.1. Inseminación Artificial.....	24
1.3.1.1. Inseminación Artificial Homóloga (IAC).....	27
1.3.1.2. Inseminación Artificial Heteróloga (IAD).....	31
1.3.1.3. Formas en que se realiza la inseminación artificial...	34
1.3.2. Fecundación In Vitro.....	37
1.3.2.1. Variantes de la fecundación in vitro convencional.....	38
1.3.2.2. Etapas del tratamiento de FIV.....	42
1.3.3. Maternidad Subrogada.....	46
1.4. Bancos de semen, óvulos y embriones.....	46
1.5. Prácticas alarmantes relacionadas con las nuevas tecnologías.....	51
1.6. ¿Cuáles deben ser los límites en la reproducción asistida?.....	59

CAPÍTULO 2.
PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA MATERNIDAD
SUBROGADA.

2.1. Aspectos fundamentales de la maternidad subrogada.....	61
2.1.1. Análisis sobre su denominación.....	64
2.1.2. Conceptos y realidad social.....	68
2.1.3. Causas que la originan.....	73
2.1.4. Modalidades posibles.....	75
2.2. Problemas que genera esta práctica.....	78
2.3. Repercusiones de la maternidad subrogada.....	99
2.4. Criterios respecto a su prohibición.....	101
2.5. La adopción como alternativa para ser padres.....	104
2.6. La maternidad subrogada como fenómeno social.....	107

CAPÍTULO 3.
PROYECCIÓN LEGAL COMPARADA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA.

3.1. Países que han legislado respecto a la materia en estudio.....	109
3.1.1. Alemania.....	110
3.1.2. España.....	113
3.1.3. Estados Unidos.....	116
3.1.4. Francia.....	119
3.1.5. Inglaterra.....	121
3.2. Documentos internacionales que sirven de apoyo para la prohibición de la maternidad subrogada.....	123
3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	126
3.2.2. Declaración de los Derechos del Niño.....	128
3.2.3. Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina.....	132
3.2.4. Otros Documentos.....	134

CAPÍTULO 4.
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO.

4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	143
4.2. Ley General de Salud.....	150
4.3. Código Civil.....	160
4.4. Código Penal.....	165
4.5. Otros Códigos.....	177
CONCLUSIONES.....	191
PROPUESTA	199
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	204

INTRODUCCIÓN.

Debido a los tiempos que estamos viviendo, en los que la ciencia y la tecnología van tomando un course imparable, surge la necesidad de hacer un análisis de lo que hasta hace algunas décadas era inimaginable concebir como una realidad, pero que hoy en día, existe el temor latente de que mediante la ciencia y la tecnología el hombre pueda llegar a tener no una, ni dos madres, sino hasta tres, es decir, lo que llamamos "*Maternidad Subrogada*," y más aún ese temor se acrecienta por los extremos a los que se puede llegar por el uso ilimitado de las nuevas tecnologías; esto, sin dejar de reconocer que en la actualidad los avances de las ciencias biomédicas y de la biotecnología han hecho posible que el ser humano tenga una mejor calidad de vida y de salud, pero con el riesgo de que esos logros puedan ser utilizados en contra de la propia vida, de la dignidad de la persona, así como de la violación de los derechos humanos de no establecerse una regulación que limite estas técnicas.

A lo largo de nuestra vida, hemos escuchado en alguna ocasión la frase de que "*Madre solo hay una*," pero hoy en día esta frase a quedado desvirtuada por las prácticas que se están realizando en diversas partes del mundo, y que en México, no esta lejano el día en que se realicen de forma desmedida, porque como dice aquel principio "*Lo que no esta prohibido, esta permitido*," y me refiero a la *Maternidad Subrogada*, en la cual, ya no es indispensable que un niño sea concebido en el vientre de su madre, ni que la mujer de quien procede genéticamente sea necesariamente la que le traiga al mundo, sino que puede ser

parido por otra mujer a la que llamamos madre subrogada, substituta, portadora o de encargo.

La subrogación materna es una figura jurídica muy compleja, pues implica que una mujer solicite a otra gestar un embrión por ella y, a su nacimiento, entregárselo, olvidándose con ello, la gestante, de todos sus derechos como madre; lo que quiere decir que, cuando nazca este bebé, va a tener dos madres biológicas que tienen el mismo derecho sobre él: la que lo gestó y dio a luz, y la que solicita el servicio de gestación aportando el óvulo, esto, sin tomar en cuenta que exista donación de óvulos, porque estaríamos en presencia de tres maternidades, ya que el óvulo lo puede aportar la mujer que realizará la gestación, la solicitante o una donadora ajena a ambas. De la misma forma el esperma puede ser aportado por la pareja o esposo de la mujer subrogada, quien gestará el embrión; por la pareja o esposo de la solicitante o por un donante ajeno; y por si esto fuera poco, la situación se complica cuando la mujer que fungirá como madre subrogada es familiar de la pareja. Pero lo que resulta aún mas inadmisibles, es pensar que mujeres de sectores medio-altos recurrieran a esta técnica solo por evitar los inconvenientes que le pudiera ocasionar el embarazo, por tratarse de bailarinas, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o por lo menos un contratiempo en su realización, además de que al presentar la pareja o mujer contratante un status social, económico y cultural superior al de la subrogada, existe una utilización de los más débiles a favor de los más poderosos, o dicho de otra forma, existe explotación de la clase inferior por la clase superior, y en una sociedad democrática no debe permitirse, en ninguna circunstancia, esta situación, porque estaríamos cayendo en un retroceso cultural, y como se dice: *El que se olvida de su historia, está condenado a repetirla.*

Este progreso de la ciencia en el campo de la fecundación y de las nuevas formas de procreación en la especie humana, ha planteado, además de los

mencionados anteriormente, problemas jurídicos en diversas ramas del derecho, así como problemas psicológicos, físicos, morales, religiosos, etc.; por ello, el objetivo general del presente trabajo consiste en señalar los problemas que giran en torno a la realización de la maternidad subrogada, así como la devaluación que sufre el ser humano al tratarle como un objeto del cual se puede disponer al antojo de otro ser humano, de ahí la importancia de prohibir la aludida práctica.

La presente investigación se conforma por cuatro capítulos, de lo cuales, en el capítulo primero, hago un recorrido histórico de las técnicas de reproducción asistida, explico las causas que impiden la reproducción humana, así como las técnicas para solucionarlas, entre ellas la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la maternidad subrogada.

El segundo, es uno de los capítulos más importantes de esta tesis, pues en él, estudio todo lo relacionado con la problemática de la maternidad subrogada, desde el análisis sobre su denominación, conceptos, causas que la originan, problemas éticos, jurídicos, físicos, psicológicos; hasta las repercusiones que genera y la alternativa de la adopción antes de hacer uso de dicha técnica.

En el tercero, analizo las leyes de algunos países que han legislado sobre la materia en estudio, tales como Alemania, España, Estados Unidos, Francia e Inglaterra; asimismo, hablo brevemente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración de los Derechos del Niño y de algunos otros documentos internacionales que sirven de apoyo para la prohibición de la maternidad subrogada

Por último, en el capítulo cuarto, hago un análisis de la maternidad subrogada en el sistema jurídico mexicano, específicamente en las leyes más relacionadas con este tema, como son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud, el Código Civil para el Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal y algunos códigos estatales, entre

los que destaca la normativa jurídica que establece el Código Civil para el Estado de Tabasco, pues en dicho lugar se permite la mencionada técnica, con lo cual, estoy en desacuerdo.

Por lo mencionado, la preocupación que me impulsa el día de hoy a realizar el análisis de la maternidad subrogada, es la necesidad que existe en México de regularla de forma precisa y extensa, pero lo más importante, tipificar todas sus modalidades en el Código Penal para que no queden vacíos legales, pues siendo el derecho una institución que regula los problemas nuevos o supervenientes, y siendo la maternidad subrogada una práctica que se ha ido multiplicado en el país vecino, y que actualmente ya se permite en el Estado de Tabasco, México debe tomar cartas en el asunto a favor de la vida, de la dignidad del ser humano, y del bienestar social, prohibiendo dicha técnica.

CAPÍTULO 1.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1 Aproximación histórica.

Desde la antigüedad, el hombre se ha preocupado por estudiar al cuerpo humano, el cual era considerado como una maquina compleja e inexplicable; así, fue descubriendo muchas de sus deficiencias, pero no solo eso, sino que además ha tratado de ponerles fin, gracias al progreso de las ciencias médicas y biológicas. Dentro de esas deficiencias encontramos las relativas a la reproducción humana, la cual se ha enfrentado a muchas limitantes para su normal desarrollo, pero la ciencia y la tecnología han ayudado a disminuir gran parte de sus impedimentos gracias al desarrollo y perfeccionamiento de las *técnicas de reproducción asistida*, entre ellas, podemos mencionar de manera general a la Inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro y la Maternidad Subrogada, de las cuales hablaremos a continuación haciendo un breve recorrido por algunos de los acontecimientos más significativos y trascendentales que han ocurrido a lo largo de su historia.

Inseminación Artificial: Es la más antigua de las tecnologías reproductivas; sin embargo, su estudio se hace necesario porque es a partir de

ella que se crea la fecundación in vitro y todas las nuevas tecnologías relativas a ésta, las cuales han puesto a temblar al mundo entero por las consecuencias que en todos los ámbitos se pueden generar.

La fecundación artificial se realizó inicialmente en flores, para luego practicar experimentos en animales, siendo en el año de 1720 cuando Welthein consigue fecundar huevos de trucha; asimismo, en 1765 el alemán Ludwig Jacobi obtuvo como resultado de sus experimentos de inseminación artificial sobre peces, alevines de salmón al bañar con la lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra. Pocos años más tarde, Lázaro Spallanzani realizó, sin mucho éxito, una inseminación artificial sobre una rana; pero es hasta 1779, cuando por primera vez consigue fecundar a una perra en celo con material seminal procedente de un macho normal, dando como resultado el nacimiento de tres crías.

Luego de las experiencias tanto en plantas como en animales “hay noticias de unas primitivas inseminaciones de mujeres ya en los años 1776 y 1779; fueron realizadas en Londres por John Hunter, a imitación de las experiencias que había realizado con perras Spallanzani y que habían traído como consecuencia el nacimiento de varios cachorros.”¹ Posterior a estos acontecimientos, se siguieron realizando inseminaciones a mujeres que se sometían a este tratamiento, pues tenían alguna limitante para la reproducción. Es importante destacar que, por los años 1424 y 1474 (siglo XV), el médico de reyes y Papas Arnaud de Villeneuve, realizó la primera inseminación artificial a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV de Castilla (El impotente), aunque no tuvo éxito porque éste era estéril.

No es sino hasta el año de “1884 en que se produce el primer embarazo resultante de una inseminación artificial realizada con semen de hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada. La realiza un ginecólogo llamado Pancoast,

¹ LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 30.

pero la forma en que fue realizada disto mucho de las historias míticas de los avances de la ciencia ya que en cierto modo se trató de una violación. Después de examinar numerosas veces a la mujer en cuestión, para tratar de determinar las causas de su infertilidad, el doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y de que el problema estaba en su marido, que no producía semen. No obstante Pancoast llamó otra vez a la mujer con la excusa de que deseaba examinarla otra vez. La acostó en la mesa, alrededor de la que también estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administró cloroformo para anestésicarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero, y después lo taponó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo.”² Años después se comienzan a realizar en secreto y de forma constante, inseminaciones artificiales con semen de donante.

En el siglo XX “se producen dos hitos importantes para el éxito de esta técnica. En primer lugar la determinación del ciclo femenino: en 1932, Ogino y Knauss describen las diferentes fases del ciclo menstrual y detectan el período fértil de la mujer. Y por otra parte, la posibilidad de congelar espermatozoides: en 1945, el biólogo Jean Rostand observó que los espermatozoides sometidos al frío en presencia de glicerol podían conservarse largo tiempo sin alteración de su viabilidad.”³ Cabe mencionar que lo más importante de este acontecimiento es que mediante la criopreservación, se hace posible la disociación entre el momento de la donación de semen y su utilización. Pero el verdadero impulso de los avances en el campo de la criopreservación se da entre 1949-1950, cuando por primera vez se practicó con éxito una inseminación artificial producto del semen congelado de un bovino. La posibilidad de congelación del semen fue, de entre todos, el hecho determinante del avance de las técnicas de procreación asistida, pues hasta entonces sólo era posible practicar la inseminación artificial teniendo a la vez al donante y a la mujer a quien se iba a inseminar, lo que hacía fácil que el

² Ibidem., pp. 31 y 32.

³ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 109.

secreto de la donación quedara revelado.

Después de estos acontecimientos, en el año de 1953 se obtienen en Estados Unidos los primeros embarazos humanos con semen congelado; es así, que la inseminación artificial estará plenamente introducida en la práctica a partir de la década de los 50's y en plena vigencia desde los 60's, y es a partir de este momento que el avance de la ciencia puede considerarse realmente vertiginoso, ya que con estos sucesos la inseminación artificial siguió creciendo y perfeccionándose a lo largo de todo el mundo, convirtiéndose en la técnica con más posibilidades de éxito.

Fecundación In Vitro: Hasta antes de los años 70, la inseminación artificial era el único método que existía para ayudar a tener hijos a las parejas en las que el hombre era estéril, estando la mujer en desventaja frente a un problema de esterilidad o infertilidad, pero después de la década de los 70's, surge un método de fecundación asistida que le permite solucionar sus problemas de esterilidad, nos referimos a la fecundación in vitro (FIV).

Esta técnica se crea para remediar problemas de esterilidad especialmente en la mujer, entre ellos el más común fue y sigue siendo, la obstrucción de las trompas que impide el paso de los gametos y por tanto la fecundación. Convirtiéndose con esto, en la técnica que vino a dar esperanza a muchas parejas que no la tenían, por ello, se le ha considerado como el paradigma de todas las tecnologías reproductivas, ya que a partir de la fecundación in vitro se crean muchas otras técnicas cuyo principal propósito es el mismo que el de todas las técnicas de reproducción asistida: *la procreación de un hijo*.

Los primeros intentos de fecundaciones extracorpóreas se realizaron inicialmente, al igual que todos los experimentos, en animales, y ya en el año de 1944 existen algunos indicios de unas primeras tentativas de fecundaciones in

vitro realizadas con gametos humanos, pero se dice que en esos primeros inicios los resultados obtenidos no eran muy alentadores, ya que de cientos de gametos utilizados solo se conseguía fecundar unos cuantos.

Entre los años 1949 a 1961, diversos científicos elaboraron trabajos relacionados con la técnica de FIV y la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) con buenos resultados, ya que demostraron que se podían desarrollar in vitro embriones de 2 células hasta el estadio de blastocito. Poco tiempo después, se consigue por el mismo método de FIV, el desarrollo de un embrión hasta el estadio de mórula. Pero estos logros se ven complementados cuando en 1959, M. C. Chang, demuestra que ha logrado fecundar in vitro exitosamente óvulos de conejo. Paralelamente a estos hechos, se empiezan a realizar experiencias con embriones congelados.⁴ No podemos dejar de mencionar el experimento más comentado, realizado por un biólogo italiano llamado Daniele Petrucci, cuando entre 1960 y 1961 logro desarrollar embriones in vitro manteniendo con vida a uno de ellos por 60 días, pero como era de esperarse, el experimento fue duramente condenado y criticado especialmente por la iglesia católica, quien pidió al biólogo que suspendiera dichos experimentos. Por lo anterior, el doctor Petrucci fue considerado el pionero del método de fecundación in vitro y aunado a esto sus investigaciones han creado una ola de protestas.⁵

Propiamente dichos, “los trabajos con gametos humanos comenzaron con Edwards en la segunda mitad de la década de los años sesenta, cultivando in vitro ovocitos humanos. A finales de los sesenta y en la década de los setenta, en colaboración con Steptoe, publicaron los resultados de una investigación sobre recolección de ovocitos humanos y su posterior fecundación. En 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenida en una probeta, consiguiendo un embarazo ectópico. Dos años más tarde, en 1978, logran el primer nacimiento de

⁴ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 17 y 18.

⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 42.

una *niña probeta*: Louise Brown, quien nació el 25 de julio de ese año en el Oldham General Hospital de Lancashire,⁶ en la ciudad de Manchester. A partir de este acontecimiento ya no es indispensable la relación sexual entre un hombre y una mujer para procrear un hijo, pues con dicho nacimiento se consigue por primera vez la fecundación de un ser humano fuera del vientre materno, llegando el embarazo a buen término, y de ahí en adelante solo será necesaria la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio para que la procreación, en la mayoría de los casos, pueda ser posible, brindando así una solución a las mujeres que padecían esterilidad tubárica definitiva, pero posteriormente la FIV también solucionó algunos casos de esterilidad masculina, así como esterilidades de origen desconocido.

“El siguiente hito destacable se producirá el 13 de abril de 1984, cuando nace Zoe Leyland en Australia tras las experiencias de Trounson y Mohr: se trataba del primer nacimiento procedente de un embrión previamente congelado. Esto significaba el primer éxito de otra de las líneas de investigación de estas nuevas técnicas: la *crioconservación* de embriones.”⁷

Sumado a todas las fechas y sucesos citados anteriormente, encontramos numerosos escritos en donde se nos advierte de los peligros y riesgos que potencialmente encierran las nuevas tecnologías, es así que se hace necesario que el derecho impida que el avance de la ciencia y la tecnología quede únicamente en manos de los científicos.

Maternidad Subrogada: Sin el desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida ya comentadas, en especial de la fecundación in vitro, no hubiera sido posible llevar a la realidad esta práctica, es decir, mujeres que llevan a cabo la gestación de un embrión, en sustitución de otras

⁶ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, ob. cit., pp. 18 y 19.

⁷ LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, ob. cit., p. 34.

imposibilitadas para hacerlo, ya sea por falta de útero, por existencia de contraindicaciones graves al embarazo o por simple capricho. Por tanto, si partimos de que esta es una técnica de reciente creación, sabremos que no hay muchos precedentes de donde apoyarnos, razón por la cual partiremos de casos análogos para poder explicar los inicios de lo que hoy llamamos, maternidad subrogada.

“Algunos consideran que la maternidad subrogada no es un fenómeno totalmente nuevo y que el elemento innovador sólo sería la utilización de una fecundación asistida. Habría ahora, dicen, una versión sofisticada de antiquísimas costumbres ligadas a la esclavitud ‘o a la opresión de las clases inferiores o trabajadoras por las que unas mujeres servían a otras para proporcionarles la descendencia que su esterilidad les impedía.”⁸

Tales son los casos que se encuentran plasmados en los pasajes bíblicos del libro del Génesis, capítulos 16 y 30; el primero de ellos hace alusión a Saray, esposa de Abraham, quien como no había tenido hijos por ser estéril, le pidió a su esposo que tomara como mujer a Agar, esclava egipcia, para que por medio de ella tuviera un hijo. El capítulo 30 relata el caso de Raquel, quien al no dar hijos a Jacob, le pidió a éste que se uniera a su esclava Bilá, para que a través de ésta, ella fuera madre.

Otro de los antecedentes más antiguos, que tiene incidencia en la creación de esta técnica, es la práctica de las amas de cría o también llamadas nodrizas, que consistía en proporcionar a los bebés recién nacidos una persona para que los amamantara, esto se hacía algunas veces por que la madre no tenía leche y otras por que le era molesto o simplemente porque tenía su nodriza que se encargaba de la lactancia de su hijo. Este acto se realizó durante muchos siglos, en todas partes del mundo y por toda la sociedad, no solo por la clase superior de aquella época, ya que no era necesario ser rico para poseer una esclava; sin

⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, ob. cit., p. 198.

embargo, existe una gran diferencia entre alimentar a un recién nacido y prestar o comercializar con el vientre de una mujer para dar vida a un nuevo ser. Pero actualmente, derivado de las amas de cría lo que se pretende es prolongar la explotación al ciclo completo, incubando en el seno de una mujer un embrión ajeno hasta que llegue a término y nazca la criatura, siendo ésta una cómoda manera de tener hijos sin embarazo propio.

Más específicamente, se dice que por el año de 1949 existen indicios de algunos primitivos experimentos que se hicieron con ratones en los que se desarrollaban blastocitos de ratón, hasta ratones adultos, después de haber sido transferidos al útero de una madre adoptiva. Pero el origen de esta figura como tal, se da en Estados Unidos, en el año de 1975, fecha en que fue publicado un anuncio en *The San Francisco Chronicle* de California, solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril y con un ofrecimiento de remuneración económica. A partir de este suceso la maternidad subrogada cobra fuerza, pues muchas parejas solicitan estos servicios.

“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.”⁹

“En el año 1984 se producen los primeros casos de embarazos en que la madre genética no coincide con la gestante. En el Monash University de Melbourne se fecundó por fecundación in vitro el óvulo donado por una mujer con semen del marido de una segunda mujer estéril por causas ováricas; y en el Harbor-Ucla Medical Center de Torrance (California) se inseminó a una mujer fértil con semen del marido de una mujer estéril. Se extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera trasplantándolo en el útero de la segunda, donde se desarrolló el resto de la gestación.”¹⁰

⁹ <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/MaternidadSubrogada.htm1>

¹⁰ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, ob. cit., p. 20.

Sin duda, uno de los casos más comentados en toda la literatura que existe respecto al tema en estudio, es el denominado *Baby M.* o *Stern vs. Whitehead*. El 6 de febrero de 1985 se celebró en Estados Unidos un contrato de maternidad subrogada entre la señora Whitehead, el esposo de ésta y los esposos Stern. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procreando una niña que nació el 27 de marzo de 1986, llamada Melissa y a quien luego de nacer la señora Whitehead se negó a entregar al padre biológico de la niña. Establecida la controversia legal entablada por el señor Stern para obtener la patria potestad de la menor, producto de la inseminación artificial, el tribunal inferior resolvió el 31 de mayo de 1987 que el contrato era válido, beneficiando así al padre biológico el señor Stern.¹¹ Sin embargo, tal sentencia fue recurrida por la señora Whitehead y ante tal apelación el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey resolvió el 3 de febrero de 1988 revocando unánimemente la decisión del tribunal inferior, declarando la nulidad del contrato.

“Se puede también destacar la fecha del 1 de octubre de 1987, en que una mujer sudafricana da a luz tres hijos procedentes de óvulos de su hija fecundados in vitro, convirtiéndose así en madre-abuela. Al año siguiente se dan a conocer en los Estados Unidos varios casos en los que la mujer gestante es hermana de la que ha aportado los óvulos, y asimismo sale a la luz pública la existencia de una asociación de madres de sustitución. Estos sucesos no eran producto de ningún nuevo avance científico-técnico significativo con respecto a los anteriormente citados. Pero sí eran casos que venían rodeados de grandes polémicas y que en cierto modo popularizaron los problemas y las posibilidades que abrían estas técnicas.”¹²

Después de los acontecimientos ocurridos en Estados Unidos, la maternidad subrogada se extiende por diversas partes del mundo, desatándose una gran polémica cultural, social, ética y jurídica, a la que haré referencia.

¹¹ <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>

¹² LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, ob. cit., pp. 34 y 35.

1.2 Causas que impiden la reproducción humana.

El ser humano por su propia esencia, es un ser destinado a reproducirse naturalmente, pero en ocasiones la naturaleza no favorece a ciertas personas, las cuales están imposibilitadas para concebir hijos propios, siendo esta deficiencia una de las experiencias más dolorosas para la pareja; pero sin duda alguna, es la mujer quien recibe el mayor impacto de la frustración, ya que socialmente se reconoce en la maternidad biológica y gestante la culminación de “*ser mujer.*” Sin embargo, aunque la reproducción humana es la función más importante del ser humano (ya que a través de ella se hace posible la perpetuación de la especie), no debemos considerarla como la culminación de “*ser mujer,*” pues aunque sea la función más importante, no es la única, ya que el ser mujer va más allá que una función reproductiva.

En este sentido, la palabra *reproducción* deriva del latín *re*, que quiere decir nuevo, y *productio*, que significa producción; textualmente se entiende como nueva producción, de lo cual desprendemos que esta etimología indica que reproducción es la facultad que tiene cualquier ser vivo para crear otros de su misma especie, y en consecuencia, tener descendencia.

En contra posición a la reproducción natural tenemos la *reproducción asistida*, entendiendo por ésta, al conjunto de procedimientos diversos que implican intervención médica en alguna de las fases reproductivas.¹³

Dicho de otra manera, en la *reproducción asistida* interviene la mano del hombre por medio de algún procedimiento para poder dar vida a un nuevo ser, en tanto que en la *reproducción natural* es el propio ser humano el que a través de la relación sexual logra perpetuar la especie.

¹³ http://publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA_05_jul-sep_1998/7

Pero ¿qué es lo que ha provocado que cada vez más se recurra a la reproducción asistida? “Diversas son las razones que pueden justificar el incremento de matrimonios o de parejas estériles que recurren a alguna técnica de reproducción asistida en los países desarrollados. Entre las más importantes podríamos señalar: a) el stress a que se encuentran sometidos los individuos por las condiciones de vida en los países industrializados; b) el aumento indiscutible de enfermedades de transmisión sexual; c) los efectos secundarios de algunos medios anticonceptivos en boga; d) las complicaciones surgidas tras la práctica de abortos provocados; e) la tendencia actual de muchas parejas a retrasar la llegada del primer embarazo, lo que supone una merma en sus posibilidades de reproducción;”¹⁴ f) el abuso en el consumo de alcohol, el tabaco y las drogas, y; g) por supuesto, no podemos dejar de mencionar los impedimentos de carácter biológico como la esterilidad e infertilidad, como las principales causas que impiden la reproducción humana.

1.2.1 Esterilidad e infertilidad.

Dentro de las causas que impiden la reproducción humana tenemos a la esterilidad y a la infertilidad, términos que se emplean indistintamente para referir a la incapacidad para reproducirse, aunque esto no es correcto, en virtud de que *esterilidad* es la incapacidad para concebir (sin embargo, actualmente esto ha sido superado en muchos casos), y la *infertilidad* es la incapacidad de una mujer para llevar a buen término un embarazo.

La *esterilidad* es un término que usualmente se utiliza para designar a las personas que no pueden tener hijos, y se le considera grave en virtud de que se cree que no tiene cura, pero en hoy en día eso ya ha sido superado gracias a las técnicas de reproducción asistida que pueden subsanar cierto tipo de esterilidades, brindando a las parejas la posibilidad de ser padres.

¹⁴ BARBERO SANTOS, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989, p. 63.

Pero ¿qué tipo de esterilidades se pueden curar?. Se puede dividir a la esterilidad en *absoluta* y *relativa*, y es precisamente ésta última la que por medio del tratamiento adecuado se puede subsanar. Explicando lo antes afirmado decimos que la *esterilidad relativa* es la disminución de la capacidad para concebir, sin llegar a faltar ésta de un modo completo; es decir, se presenta cuando existe alguna deficiencia en el proceso de fecundación, entendiendo por fecundación al proceso de unión del óvulo con el espermatozoide, de lo que se induce que la esterilidad relativa es la imposibilidad (temporal) para que el óvulo y el espermatozoide se puedan fusionar. Hay quienes incluyen a la infertilidad (imposibilidad para retener el embrión en la matriz) dentro de la esterilidad relativa. Con este concepto se desvirtúa la primera definición que di de esterilidad como la imposibilidad para concebir, ya que hoy por hoy con las nuevas tecnologías reproductivas se puede conseguir dicha concepción en algunos casos. Por otro lado, la *esterilidad es absoluta* cuando existe incapacidad para crear gametos; es decir, cuando la causa que la determina es definitiva e irreparable, esto se prescribe cuando se han agotado todos los recursos que hacen posible la concepción, desde tratamientos hormonales, farmacológicos y cirugías, hasta las técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, existe esterilidad *primaria* y *secundaria*. La *esterilidad primaria* corresponde a aquellas mujeres que nunca han logrado embarazarse, es decir, que nunca han logrado una concepción; mientras que la *esterilidad secundaria* alude a aquellas mujeres que han tenido por lo menos un embarazo, pero que actualmente tienen una imposibilidad para lograrlo.

Un dato muy importante, al que debo hacer mención dentro del presente apartado, se refiere al tiempo que debe transcurrir para que se pueda diagnosticar que una pareja es estéril. Tenemos diferentes posturas al respecto, que van desde aquellos que dicen que si después de un año continuo de tener relaciones sexuales sin ninguna protección la mujer no queda embarazada, se puede

considerar que tiene algún tipo de esterilidad, otros mencionan que se necesitan dos años para poder determinarla y unos más señalan que se requiere de tres años. De las posturas anteriores estoy de acuerdo con la primera, es decir, aquella que menciona que una pareja se debe considerar estéril cuando después de un año de mantener relaciones sexuales regulares, sin emplear método anticonceptivo, no ha logrado un embarazo.

De acuerdo con lo anterior, defino a la esterilidad como la incapacidad para concebir hijos, en una pareja que no toma medidas anticonceptivas y es sexualmente activa durante un periodo de un año.

Por otra parte, la *infertilidad* es la incapacidad de una mujer para llevar a buen término un embarazo, y consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos una vez que han sido logrados; es decir, en la infertilidad si es posible conseguir la fecundación, lo que no se puede lograr es la conclusión del embarazo. Por lo tanto, la infertilidad sólo puede referirse a la mujer y no al hombre, porque éste no puede llevar a cabo el embarazo, en cambio la esterilidad se refiere tanto al varón como a la mujer.

La infertilidad también puede ser *relativa*, cuando por medio de tratamiento médico, quirúrgico, etc. se puede corregir dicha deficiencia, pero si esto es imposible se convierte en una infertilidad *absoluta*. Esto último actualmente está en tela de juicio debido a que si una mujer padece infertilidad absoluta, ésta puede ser subsanada recurriendo a la maternidad subrogada, a fin de sustituir esta función, como se verá más adelante.

Para Miguel Ángel Soto Lamadrid, la *infertilidad* “es la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar las gestaciones.”¹⁵ Es decir, que en la infertilidad sí se produce la fecundación, pero es imposible terminar los nueve meses de gestación, ya que el producto es expulsado por el mismo organismo

¹⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 36.

antes de que concluya el embarazo, esto se conoce mejor como aborto, el cual pudiera prevenirse a tiempo con tratamiento médico en algunos casos.

“En México, la incidencia de infertilidad en las parejas es de aproximadamente 15%, la cual más o menos corresponde a la tasa mundial.”¹⁶ En esta nota el autor se refiere a la infertilidad como sinónimo de esterilidad.

1.2.1.1 Causas de esterilidad e infertilidad en la mujer.

La esterilidad puede ser originada por causas femeninas, masculinas, mixtas y de origen desconocido. En este apartado corresponde analizar las causas de esterilidad provenientes de la mujer, las cuales se pueden localizar en cualquier parte del aparato genital, como son los ovarios, las trompas, el útero, el cervix y la vagina, siendo las dos primeras las más frecuentes. Para apoyar la exposición de los temas “*causas de esterilidad en la mujer y en el hombre,*” me base en la obra de Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, “Procreación humana artificial: Un desafío bioético.”¹⁷

Causas de esterilidad femenina.

Causas ováricas:

a) *Ausencia de ovarios:* Puede ser congénita o adquirida (por extirpación quirúrgica, tumores, inflamaciones, etc.).

b) *Anomalías de la ovulación:* Ovulación irregular, ausencia de ovulación, menopausia precoz, alteraciones hormonales, etc.

c) *Alteraciones de la fase lútea:* Síndrome del folículo luteinizado no roto; deficiencia de la fase lútea: debida a la producción de niveles bajos de

¹⁶ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, p. 55.

¹⁷ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, ob. cit., pp. 86 y ss.

progesterona y creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina; o por ser un período la fase lútea demasiado breve.

d) *Endometriosis*: Es la aparición de tejido endometrial propio del útero, en órganos ajenos, tales como ovario, trompas, etc. “En general se considera que el 15% de las mujeres mexicanas padecen endometriosis.”¹⁸

Causas tubáricas:

a) *Obstrucción de las trompas*: La causa principal de esterilidad tubárica es la obstrucción, en este caso una o ambas trompas pueden estar ocluidas, en el caso de ser ambas la concepción por un proceso natural no es posible y en el caso de estar ocluida sólo una, las posibilidades de embarazo se reducen a la mitad.

b) *Trastorno funcional tubárico*: Es menos frecuente, y puede ser originada por existir a nivel de las trompas un proceso inflamatorio.

c) *Anomalías congénitas*.

d) *Cirugías de esterilización*.

Causas uterinas:

a) *Lesiones del endometrio*: Ya sea de tipo orgánico o funcional, vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.

b) *Falta de permeabilidad*: Puede ser congénita o adquirida. *Congénita*: vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor. *Adquirida*: legrados endometriales o postabortos, inyección intrauterina de cáusticos, etc.

c) *Factor mecánico*: Pólipos, miomas, por alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización, neoplasias, etc.

Causas cervicales:

a) *Alteraciones congénitas*: Vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina: atresia, cuello doble, etc.

b) *Alteraciones funcionales*: Principalmente en el moco cervical por

¹⁸ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, rev. cit., p. 56.

trastornos hormonales o infecciones, en este caso puede ser que el moco sea muy espeso y no permita la circulación de espermatozoides.

c) *Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello:* Aquí tenemos la disfuncionalidad hormonal.

d) *Alteraciones anatómicas:* Miomas y pólipos cervicales.

e) *Lesiones traumáticas:* Sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones.

f) *Posiciones anormales:* Útero en retroposición o prolapso uterino, circunstancia que entorpece la inseminación adecuada.

g) *Incompetencia cervical:* Incapacidad del cuello para contener el embarazo hasta su término.

Causas vaginales: Debidas a malformaciones congénitas, vaginitis intensa (dolor al momento del coito de manera que no se permite la penetración), falta de permeabilidad que impida el acceso de los espermatozoides, entre otras.

Causas de infertilidad.

Si decimos que la infertilidad es la incapacidad de una mujer para llevar a buen término un embarazo, quiere decir que sí es capaz de embarazarse pero por las causas que a continuación mencionaremos, le es imposible concluirlo y dar a luz. En este sentido, las causas orgánicas pueden ser, en principio:

a) *Endocrinas,* como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.

b) *Procesos toxicoinfecciosos,* como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.

c) *Uterinas,* como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.

d) *Inmunológicas,* dado que los espermatozoides son fuente activa de

antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.¹⁹

Por otra parte, para tener más claras las causas que provocan la infertilidad, me entreviste con la Doctora Araceli Ivonne Matías Olvera, Ginecóloga del Hospital Ángeles Metropolitano, quien en dicha visita me manifestó que las enfermedades más comunes que provocan la infertilidad son las siguientes:

Síndrome antifosfolipido: Es una enfermedad auto inmune en la que se forman anticuerpos contra el embrión en formación, y esto provoca abortos de repetición. Se presenta generalmente en el primer trimestre del embarazo.

Incompetencia ístmico-cervica: Es cuando existe una alteración funcional del cuello uterino o cerviz para mantener el embrión dentro de la cavidad uterina, provocando el aborto. Esta se presenta generalmente en el segundo trimestre de la gestación.

1.2.1.2 Causas de esterilidad en el hombre.

Las principales causas de esterilidad masculinas son básicamente las siguientes:

Varicocele: “Es la presencia de una especie de várices en los testículos, las cuales provocan que se eleve su temperatura arriba de lo normal. Esto altera la producción, la forma y la calidad de los espermatozoides. El varicocele se presenta generalmente en pacientes que hacen mucho ejercicio, visten ropa ajustada, emplean frecuentemente baños sauna y de vapor, o desarrollan actividades en las que están sentados la mayor parte del día (oficinistas, taxistas,

¹⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, ob. cit., p. 315.

chóferes, etc.).”²⁰

Anorquia: Es cuando se nace sin testículos, es muy raro que se dé, pero es lógico que de presentarse sea una causa esterilidad.

Alteraciones endocrinas: La producción de los espermatozoides se estimula por el eje hipotálamo-hipófisis, las cuales segregan las gonadotropinas, y si no se producen, tenemos testículos chicos, o de tamaño normal con ausencia de espermios, generando esterilidad.

Anomalías en las vías excretoras: Por obstrucción de los conductos que permiten que asciendan los espermios durante el acto sexual, puede ser congénita, infecciosa o traumática (por vasectomía).

Alteraciones de las glándulas accesorias: Se dan por infecciones localizadas en la próstata, o en las vesículas seminales; o por problemas hormonales que causen alteraciones en el líquido seminal, obstaculizándose la motilidad de los espermatozoides.

Defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides: Tanto por la baja o nula cantidad en el eyaculado, como por su baja movilidad. Podemos citar los siguientes casos:

- a) *Azoospermia:* Es la ausencia total de espermatozoides en el semen.
- b) *Astenoospermia:* Significa que los espermatozoides son débiles, y es cuando su movilidad es poca o nula, para alcanzar al óvulo.
- c) *Necroospermia:* Es cuando los espermatozoides están muertos, esto se deduce porque no tienen movilidad.
- d) *Oligospermia:* Cuando la cantidad de espermios es baja. Se dice que se necesita que en las vías genitales femeninas entre una gran cantidad de espermios, se habla de 20 millones, y si es menor, las posibilidades de

²⁰ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, p. 57.

fecundación serán menores.

e) *Teratospermia*: Cuando una gran cantidad de los gametos son inmaduros o poseen alguna malformación (espermatozoides de dos cabezas, dos colas o con la cabeza partida).

Como podemos ver la azoospermia y la necrospermia son causas de esterilidad absolutas, y la oligospermia, astenospermia y la teratospermia, son causas de esterilidad relativa, ya que se pueden subsanar con alguna técnica de reproducción asistida.

Alteraciones en la eyaculación:

a) *Eyaculación precoz*: Es aquella en que el hombre eyacula antes de introducir el pene en la vagina. Por lo tanto el semen cae fuera del lugar donde debe llevar a cabo la fecundación, haciendo imposible el encuentro del espermatozoide con el óvulo. Esto generalmente se origina por un problema de carácter psicológico.

b) *Eyaculación retrógrada*: Se da cuando el semen es receptado por la vejiga (donde se desintegran los espermatozoides). Esto puede darse como consecuencia de una serie de enfermedades y, especialmente, en el caso de parapléjicos.

Alteraciones en la erección: Aquí encontramos a la *impotencia* (cuando se hace imposible la erección del miembro) que es generada por una amplia gama de factores: enfermedades como diabetes, traumatismos, hormonales, factores psicológicos, etc.

Infecciones: Muchas infecciones traen como consecuencia la esterilidad, algunas de ellas son: paperas, lepra, neumonía, sífilis, gonorrea, tuberculosis. Estas tienen la característica de que inflaman los testículos y en consecuencia la esterilidad.

Cabe mencionar que la fertilidad masculina básicamente depende de la adecuada producción de espermatozoides maduros y de la calidad y motilidad de estos, así como de su capacidad de eyaculación.²¹

1.2.2 Otras causas.

Causas mixtas: Son aquellos factores cuya causa real no se puede atribuir específicamente a uno de los miembros de la pareja, en virtud de que cada uno puede contribuir en una parte a la esterilidad.

Causas de origen desconocido: Estas se presentan, como su nombre lo indica, cuando no se sabe realmente cuál es la causa y el motivo de la esterilidad, puesto que tras estudios de la pareja no se demuestra ninguna alteración. Se señala que en los últimos veinte años ha habido un incremento en estas causas.

Causas psíquicas: Ciertas enfermedades y conflictos que provocan estrés influyen directamente sobre el hipotálamo, de tal manera que estos factores pueden actuar en todo el aparato genital, impidiendo el coito y por consecuencia la reproducción.

Factor inmunológico: Se manifiesta en cualquiera de los miembros de la pareja. Puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos al rechazo de las células germinales (óvulos o espermatozoides) de un miembro de la pareja por el otro. Por ejemplo, la incompatibilidad moco-semen, el hecho en este caso es que no existe una buena penetración de los espermatozoides en el moco cervical, y por lo tanto no se consigue una gestación.

²¹ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, ob. cit., p. 88.

Intoxicaciones crónicas: El alcoholismo, el tabaco, la morfina, la heroína, la cocaína, la intoxicación por plomo y algunos medicamentos, traen como resultado la esterilidad o bien solo disminuyen la fertilidad.

Trastornos de la alimentación: La obesidad o adelgazamiento extremos los debemos incluir dentro de estos trastornos.

1.3 Técnicas para solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad.

Desde la antigüedad, la fertilidad fue un tema lleno de misterios y tabúes que inquietó al hombre en todas las civilizaciones. Expresión de ello, lo encontramos en sus dioses, en su literatura, y en su filosofía. Esa misma inquietud a través de los años llevo a la humanidad ha ir descubriendo instrumentos y técnicas que ayudarían a disipar su preocupación. Así, “fue en países donde las tasas de natalidad resultan más bajas, donde más tempranamente se desarrollaron los estudios y prácticas más avanzados sobre la fecundación asistida, extendiéndose luego por toda Europa, Estados Unidos, Australia y Canadá. Sin embargo, en la actualidad dichas técnicas están difundidas en prácticamente todos los Estados occidentales, aún en los países con poblaciones jóvenes y altas tasas de natalidad.”²² Y es así, que estos conocimientos y su aplicación representan el comienzo de nuevas esperanzas para las parejas que libran la dura batalla contra la esterilidad e infertilidad, ya que es el matrimonio en su conjunto el que reciente las consecuencias del padecimiento, pues la esterilidad termina quebrantando todo el plan de vida de una pareja, que en su afán por conseguir una familia con hijos que provengan de su misma estirpe genética, acaba por destruir todos los principios y valores con los que iniciaron la ardua lucha.

²² Ibidem., p. 89.

Ahora bien, dentro del presente tema denominado *técnicas para solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad*, abordare el estudio de las técnicas de reproducción asistida, de las cuales proporcionamos el siguiente concepto: “Las técnicas de fecundación o reproducción humana asistida son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural.”²³ En este sentido, divido a dichas técnicas en tres grandes rubros: Inseminación artificial, fecundación in vitro y maternidad subrogada, a cuyo efecto ha de ceñirse nuestra exposición.

Otra clasificación de los tratamientos contra la esterilidad e infertilidad, es aquella que se refiere a los *tratamientos convencionales y a los de vanguardia*. Los *tratamientos convencionales* se subdividen en médicos y quirúrgicos: los *médicos* consisten en la administración de hormonas, antibióticos y en la práctica del coito programado; los *quirúrgicos* corrigen principalmente los problemas anatómicos causantes de la esterilidad, como por ejemplo las trompas de Falopio obstruidas. Los costos de estos tratamientos dependen de los medicamentos y las intervenciones que requiera cada paciente.²⁴ Dentro de los *tratamientos de vanguardia* incluimos a todas las técnicas de reproducción asistida.

Antes de analizar las técnicas de reproducción asistida, es necesario hacer referencia al *proceso de fecundación natural*, para después comprender en que consiste la asistencia médica. En primer lugar, decimos que la *fecundación* es simplemente la unión de las células germinales masculina y femenina denominadas gametos, en la cual el espermatozoide y el óvulo se fusionan para formar una sola célula denominada cigoto, dando vida a un nuevo ser.

Fecundación natural: “Mediado el ciclo correspondiente, el ovario expulsa un óvulo. Éste es captado por el pabellón de la trompa más próxima (trompa de Falopio), en la cual penetra; recorre el tercio de la longitud de dicho conducto en

²³ CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2000, p. 24.

²⁴ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, p. 57.

unas horas, hasta llegar a un abultamiento llamado ampolla de la trompa. Por lo que toca a los espermatozoides, una vez que son depositados en el fondo de la vagina, éstos deben atravesar, en primer lugar, un moco que obstruye normalmente, la entrada del útero. En el momento de la ovulación dicha mucosidad se modifica, tornándose fluida para permitir el paso de los espermatozoides, los que, en treinta minutos, atraviesan el útero, se dirigen hacia las trompas y llegan a la ampolla en que se encuentra el óvulo. De varios millones, sólo algunos centenares llegan al lugar del encuentro. El óvulo se halla rodeado de varias envolturas protectoras (corona radiata, zona pelúcida, membrana citoplasmática). Para penetrar, el espermatozoide debe perforar estas capas. A dicho efecto su cabeza (el acrosoma) contiene enzimas que digieren localmente las membranas. Lo normal es que un solo espermatozoide penetre en el óvulo. La supervivencia del gameto masculino en las trompas es de dos o tres días. La del gameto femenino, según se cree, es más breve, de seis a veinticuatro horas. Desde que ocurre la fecundación, se producen cambios de estructura en el citoplasma del óvulo así activado. Expulsa un cuerpo polar y forma un núcleo ovular de 23 cromosomas (el pronúcleo femenino). Por su parte, el núcleo del espermatozoide que ha penetrado, forma el pronúcleo masculino. Estos dos núcleos se unen y fusionan en un cigoto, es ahora cuando la fecundación propiamente dicha se ha realizado.”²⁵

Este proceso es efectuado, de forma natural, por el propio organismo en aquellas mujeres que no padecen de alguna imposibilidad o trastorno para embarazarse, pero cuando una mujer no es favorecida por la naturaleza, es necesaria la intervención de la ciencia y la tecnología a través de la asistencia médica para conseguir dicho embarazo, prescribiendo la técnica de reproducción asistida más adecuada.

²⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 20 y 21.

1.3.1 Inseminación artificial.

Como ha quedado asentado en líneas precedentes, una pareja se debe considerar estéril cuando después de un año de mantener relaciones sexuales regulares, sin emplear método anticonceptivo, no ha logrado un embarazo, en ese momento es la hora de pensar en una consulta médica que pueda diagnosticar la causa de la falta de embarazo. En ella se va a estudiar el caso particular de cada pareja, ya que las causas son múltiples y a veces indeterminadas, lo que conlleva estudios, pruebas diagnósticas y tratamientos que pueden ser largos, tediosos, costosos e incluso decepcionantes. Una vez que se tienen los resultados de los estudios y las pruebas que determinan la esterilidad, el médico especialista está en posibilidad de prescribir la técnica de reproducción asistida más adecuada para la pareja. Una de esas técnicas puede ser la *inseminación artificial*, la cual, analizaremos en las líneas siguientes.

Al respecto Javier Gafo nos dice lo siguiente: “la inseminación, método más antiguo de la asistencia médica a la procreación, se define como el depósito de semen en forma no natural en el tracto genital femenino con la finalidad de conseguir una gestación, bien sea con semen del cónyuge (IAC), o con semen de dador (IAD).”²⁶

De lo anterior, puedo concluir que la *inseminación artificial* es la técnica más antigua que procura asegurar la descendencia de los cónyuges, a través de un proceso médico por el cual los espermatozoides son recogidos e introducidos de forma artificial en el aparato genital femenino para conseguir de dicha forma únicamente la fecundación, ya que todo el proceso subsecuente ocurre de igual manera que en el proceso natural.

Normalmente los términos inseminación y fecundación se usan como sinónimos, pero esto es un error, ya que el término *inseminación* indica la

²⁶ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 28.

introducción del material genético masculino en el órgano reproductor femenino, por medios artificiales; y la *fecundación* es el proceso de unión del óvulo con el espermatozoide. Dicho de otra forma, “la inseminación es el medio utilizado y la fecundación el fin perseguido; por eso, aunque frecuentemente se utilicen las expresiones inseminación artificial y fecundación artificial como sinónimas, en realidad no lo son.”²⁷

También el vocablo artificial es susceptible de críticas, pues la inseminación es artificial, solo en cuanto a la manera de obtenerse el esperma (por lo general es por masturbación, aunque puede también obtenerse mediante una relación sexual con preservativo o por medio de una intervención quirúrgica) y en la forma de introducirse en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, es decir, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, se realiza de forma natural.

Por otro lado, la inseminación artificial se puede dividir en *inseminación artificial homóloga* (IAH) e *inseminación artificial heteróloga* (IAD). Es homóloga, cuando se lleva a cabo con semen del propio marido o compañero de la mujer; y es heteróloga cuando se realiza con esperma de un donante. Pero tales denominaciones no son del todo correctas, pues *homóloga* quiere decir de la misma especie, y *heteróloga* de especies diferentes; por tanto, desde este punto de vista todas las inseminaciones social y éticamente admitidas son homólogas, ya que todas se realizan en mujeres y con gametos humanos, y no se pueden realizar con gametos de otras especies. Por tal motivo, resulta más exacto referirse a inseminación artificial con semen del cónyuge o compañero (IAC), o a inseminación artificial con semen de donante (IAD),²⁸ pero por razones teóricas ocuparemos ambas denominaciones, entendiendo por inseminación homóloga aquella en donde se ocupa el semen del marido, y por inseminación heteróloga aquella en donde el semen utilizado corresponde a un donador de la especie humana y no como literalmente debiera ser entendida la palabra heteróloga.

²⁷ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 15.

²⁸ . *Ibidem.*, p. 16.

En este mismo contexto, algunos autores proponen una tercera división que sería la “inseminación artificial confusa, mixta o combinada, en la que se utiliza una mezcla de esperma de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes. Son dos las razones de esta práctica: en primer lugar, se sostiene que se cubren más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, ya que podría sostenerse que quizás el esposo de la mujer es el padre de la criatura nacida por inseminación artificial; se afirma, por otra parte que, desde el punto de vista sociológico, la inseminación artificial combinada ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer.”²⁹ En mi opinión, esta tercera clasificación sale sobrando, ya que si se recurre a la donación de esperma, es porque se ha determinado que los espermatozoides del marido o compañero no son aptos para fecundar a la esposa.

La inseminación artificial esta regulada en México en el artículo 466 de la Ley General de Salud, el cual permite la práctica de esta técnica en mujeres mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, y si la mujer fuere casada se requiere del consentimiento del marido para poder realizarse. Asimismo, el Código Penal para el D. F., en el Capítulo I, del Título Segundo castiga a las personas que ocupen esta técnica con fines distintos a los permitidos.

El costo promedio de la inseminación artificial en clínicas de reproducción asistida privadas, oscila entre \$10,000 pesos por cada ciclo, sin incluir medicamentos.³⁰

²⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, ob. cit., pp. 22 y 23.

³⁰ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, p. 58.

1.3.1.1 Inseminación artificial homóloga (IAC).

La *inseminación artificial homóloga o conyugal* es aquella en la que el semen utilizado pertenece al esposo o pareja de la mujer.

Esta técnica es la menos controvertida de las técnicas de reproducción asistida, pues el semen utilizado es de la propia pareja de la mujer que recurre a ella. La única diferencia entre ésta y el proceso natural de fecundación es la forma en que es depositado el esperma en el aparato reproductor femenino, porque la concepción y todo el proceso subsecuente ocurre de manera natural.

Ahora bien, no en todos los casos es recomendable la inseminación artificial con semen procedente del esposo o concubino, sino que existen algunos supuestos específicos en donde esta técnica es la más prescrita, como son los siguientes casos:

Alteraciones Masculinas:

a) *Impotencia*: Al no lograrse una correcta erección del pene se hace imposible su introducción en la vagina, lo que impide que se produzca un adecuado depósito del semen en el fondo de la misma.

b) *Malformaciones del pene*: Cuando estas anomalías tornan imposible la práctica de un coito fecundante.

c) *Eyaculación retrógrada*: Cuando el semen es receptado por la vejiga.

d) *Eyaculación precoz incorregible*: Es aquella en que el hombre eyacula antes de introducir el pene en la vagina.

e) *Anomalías del plasma seminal*: Ya sea por escaso volumen, número o movilidad de los espermatozoides o por volumen excesivo que los diluye, es el caso de la astenospermia (cuando los espermatozoides son débiles), oligospermia (cuando la cantidad de espermios es baja) y teratospermia (cuando una gran cantidad de los gametos son inmaduros o poseen alguna malformación).

f) *Los casos en que el hombre ha recibido un tratamiento esterilizante*: Se

trate de vasectomías, castración quirúrgica, esterilización radioterápica o quimioterápica, etc., habiéndose procedido a congelar previamente el espermatozoides.

Alteraciones Femeninas:³¹

a) *Malformaciones en la vagina:* Como ejemplo tenemos el vaginismo (contracción intensa del músculo constrictor de la vagina generalmente de origen psicológico), donde una vagina normalmente constituida no acepta recibir al pene erecto.

b) *Esterilidades cervicales:* Por deformación del cuello del útero; por no producir la secreción cervical suficiente para recibir correctamente a los espermatozoides; por la inexistencia de secreción cervical; y cuando la secreción es de mala calidad, lo que se denomina acidez vaginal, la cual debilita a los espermatozoides.

c) *La endometriosis:* Es la aparición de tejido endometrial propio del útero, en órganos ajenos, tales como ovario, trompas, etc.

Por otro lado, entre los distintos problemas que plantea la inseminación artificial homóloga o conyugal, encontramos a la *inseminación post mortem* y a la *inseminación en caso de divorcio*, de las cuales haré referencia a continuación, aunque es necesario mencionar que el desarrollo de la técnica de congelación de espermatozoides es el que da lugar al planteamiento de los siguientes problemas, los cuales, no serían motivo de comentario sin la realización de dicha práctica, pero al estar en boga la crioconservación de gametos, vale la pena hacer un esbozo en este campo.

La ***inseminación post mortem*** se presenta cuando el marido de una mujer muere, dejando previamente su semen congelado y posterior a su muerte la viuda solicita ser inseminada con el semen congelado de su marido para poder llevar a cabo la gestación de un hijo del que fue su esposo.

³¹ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 111; y, MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 54.

“Nos hallamos, evidentemente, frente a un caso singular; en el que los protagonistas han estado unidos por el vínculo matrimonial y al fallecer el esposo, dados los avances técnicos que permiten congelar durante largo tiempo el semen del esposo, cabe la posibilidad de que la esposa pueda ser fecundada con el semen de aquel. El planteamiento de esta posibilidad ha generado posiciones muy encontradas,³² desde aquellos que la aprueban bajo el argumento de que si el marido manifestó su consentimiento antes de fallecer, debe realizarse la inseminación; hasta aquellos que reprueban totalmente dicha práctica, posición dentro de la cual me encuentro yo por las razones que a continuación expongo:

La inseminación post mortem no debe permitirse, en virtud de que por este medio se programa de antemano el nacimiento de un hijo que va a venir al mundo en un hogar sin padre, algo que de hecho sucede en el caso del hijo póstumo o en el caso del hijo de una mujer soltera, pero en tales circunstancias esto ocurre sin que esa sea la finalidad, mientras que en la inseminación post mortem tal hecho se elige deliberadamente y con la colaboración de las instituciones médicas; en este caso se está condenando a un ser que viene al mundo a luchar con desventaja con referencia a los demás, además de que se atribuye la concepción de un hijo a un padre que ya no existe. Por tal motivo, creemos que ya es suficiente con saber de los casos de niños huérfanos por causas ajenas a las personas, como para que encima se aumente la cifra encargando huérfanos en laboratorio. Por otro lado, se debe prohibir esta práctica, ya que no debe anteponerse el deseo de una mujer a ser madre, frente al derecho del niño a nacer y crecer en un hogar, entendiendo por éste aquel que está conformado de un padre y una madre.

Con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación post mortem se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extra-matrimonial si su nacimiento tuviera lugar

³² GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 143.

después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil (artículo 324, fracción II) para presumir que se trata del hijo de los cónyuges. Además, los hijos que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia podrían ser considerados incapaces de adquirir por testamento, por lo que el hijo póstumo concebido bajo este esquema quedaría excluido, una desventaja más que tienen los niños que nacen por medio de esta técnica en los lugares que se practica.

Otro de los problemas que plantea la inseminación artificial homóloga o conyugal, es el de la ***Inseminación en caso de divorcio***. En este caso partimos del supuesto de que ya se disolvió el vínculo matrimonial y existen gametos o embriones crioconservados, pero ambos ex cónyuges pelean el derecho sobre ellos. El problema aquí es decidir a quien pertenecen o quien tiene mejor derecho a disponer de ellos.

Cuando se trata de gametos (óvulos o espermatozoides) no debe existir mayor problema, pues quien debe disponer de ellos es la persona de quien proceden, según se trate del varón o de la mujer. El problema lo encontramos cuando una pareja estando unida en matrimonio, decide congelar un embrión para su posterior implantación, pero antes de que esto ocurra la pareja decide divorciarse, y posteriormente ambos empiezan a pelear por el embrión; la pregunta aquí es ¿quién tiene derecho a disponer de él?. Para responder esta pregunta debemos tener muy en cuenta que el embrión posee material genético de ambos ex cónyuges; por lo tanto, en un primer planteamiento se podría decir que los dos tienen el mismo derecho, pero como no se puede partir a la mitad y hay que decidir a quien otorgárselo, se debe analizar muy bien el caso en específico, asistiendo el derecho a quien más necesite de dicho embrión; por ejemplo, el caso en el que uno de los cónyuges se haya esterilizado para no volver a procrear; aquí el derecho se le debe otorgar al cónyuge que ya se esterilizo, pues la única posibilidad que tiene de ser madre o padre es a través de ese embrión. Esto solo por poner un ejemplo, porque las circunstancias cambian de

pareja en pareja, aunque el problema más grave en esta situación se presenta cuando, por ejemplo, el hombre no quiere que se le implante a su ex el embrión del que él es padre, ya que se negará a asumir su paternidad y la situación se complica cuando la mujer sabiendo que su ex es una persona adinerada se hace inseminar sin su consentimiento.

1.3.1.2 Inseminación artificial heteróloga (IAD).

“La *inseminación artificial es heteróloga* cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, al que se recurre por esterilidad del marido o en supuestos de infertilidad de la pareja, cuando existe una alta probabilidad de transmisión hereditaria de ciertas patologías (parejas con riesgo genético), como hemofilia, síndrome de Down, mal de Huntington -senilidad precoz-, etcétera.”³³

Desde los inicios de esta técnica se estableció que el donante fuera anónimo, pero con la Convención de los Derechos del Niño y el derecho a la identidad genética reconocido en ella, este principio perdió fuerza, ya que en aquellos países en los que existía una regulación específica se revirtió la situación y se postularon algunos supuestos en los que dicha confidencialidad podía ser revelada, entre ellos los casos por razones médicas o luego de que el niño cumpliera la mayoría de edad.

Ahora bien, al igual que en otras técnicas el congelamiento o crioconservación de espermatozoides permitió el desarrollo y una mayor tasa de éxito en las inseminaciones artificiales con semen de donante; así mismo, permitió que el donante pudiera ser anónimo al existir disociación en el tiempo de la donación del espermatozoides y su utilización, ya que esto no era posible en un inicio.

³³ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2000, p. 25.

Si bien es cierto que esta técnica tiene muchos beneficios, también lo es que desde su comienzo se ha presentado una fuerte oposición para su desarrollo, especialmente por grupos de tendencia religiosa que han permanecido levantando su voz en contra de este tipo de prácticas al argumentar que el respeto a la unidad del matrimonio y a la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio y por los cónyuges, y el recurrir a una donación de gametos implica una violación a ese compromiso.

Así, con estas aseveraciones en contra surgen muchas interrogantes respecto a si es o no ético permitir la donación de gametos. Pero al igual que en cada una de las técnicas de reproducción asistida, existen algunos supuestos en los que el único remedio para aliviar la esterilidad de la pareja consiste en acudir a la inseminación artificial con semen de un donante, supuesto en el que el niño nacido por esta técnica solo descenderá genéticamente de la mujer, ya que del hombre al que vera como su padre no tendrá ningún gen. Los casos más significativos son los siguientes:

Por problemas graves y definitivos de esterilidad masculina: Se da ante casos de *azoospermia*, que es la ausencia total de espermatozoides en el semen. Y en casos de *necropermia*, que es cuando los espermatozoides están muertos.

Semen deficitario con capacitación insuficiente para la inseminación natural: Aquí nos encontramos ante los casos de *astenospermia* (cuando los espermatozoides son débiles), *oligospermia* (cuando la cantidad de espermios es baja) y *teratospermia* (cuando una gran cantidad de los gametos son inmaduros o poseen alguna malformación). Es importante mencionar que algunas de las esterilidades por estas causas se pueden subsanar con la aplicación de la tecnología correspondiente, antes de recurrir a una donación.

Enfermedades genéticas o adquiridas: Otra de las causas por las que es recomendable la utilización del semen de donante es por que algunos varones son

portadores de enfermedades congénitas que pueden transmitir a su descendencia. Asimismo, por las enfermedades adquiridas como el sida respecto al varón.³⁴

Por otra parte, como ya mencione la inseminación artificial con semen de donante es la más controvertida de las modalidades de inseminación artificial, en virtud de que el semen utilizado pertenece a una persona ajena a la pareja, por tal motivo, las objeciones son múltiples y llegan desde los sectores más diversos de la sociedad, pues existen en este caso innumerables complicaciones éticas, legales y psicológicas a las que hay que dar respuesta; por ello este fenómeno no ha sido ignorado por el derecho, ya que incide directamente sobre los sistemas básicos de la filiación y la familia. Pero aunque la inseminación artificial heteróloga ha sido duramente criticada, no se compara con todas las complicaciones que presenta la maternidad subrogada en todas sus variantes. Ahora bien, dentro de los problemas que presenta esta modalidad podemos mencionar los siguientes:

Inseminación heteróloga sin consentimiento del marido: Cuando se lleva a cabo este tipo de inseminación, quiere decir que fue un acto unilateral por parte de la mujer, estando en posibilidad el marido de impugnar la paternidad y hasta puede ser una causal de divorcio con todas las consecuencias que ello genera, pero como siempre el mayor perjudicado será el niño, por lo que habría que analizar que tan justa es tal posibilidad.

Inseminación heteróloga sin consentimiento de la mujer: Supuesto en el que el cónyuge varón obligue a su pareja a someterse al procedimiento de inseminación artificial con semen de un donante en contra de su voluntad, motivo por el cual la mujer podría impugnar la paternidad de su marido; además de que el consentimiento de la mujer es requisito indispensable para que pueda practicársele cualquier técnica de reproducción asistida.

³⁴ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 114 y 115.

1.3.1.3 Formas en que se realiza la inseminación artificial.

Ya hablamos de que hay dos tipos de inseminación artificial: homóloga y heteróloga, comentamos también los casos en que procede cada una de ellas y los problemas relacionados con ambas técnicas, ahora toca el turno de analizar el procedimiento por medio del cual se lleva a cabo esta técnica y las formas en que se realiza. Cabe aclarar que el procedimiento que vamos a mencionar se aplica tanto para la inseminación artificial con semen del esposo o pareja de la mujer como para la inseminación artificial con semen de donante, la única diferencia entre estas, es la persona de quien procede el espermatozoide, que en la primera se trata del marido y en la segunda de un donador.

Si después de realizarse diversas pruebas y estudios los resultados determinan que la pareja es viable para practicarle una inseminación artificial, el procedimiento es el siguiente:

“Fuera de los casos de obstrucción de los conductos espermáticos y la eyaculación retrógrada incurable, en las que podría pensarse en la punción de los testículos para extraer los espermatozoides, el espermatozoide se obtiene, normalmente, sea que se trate del marido o de un donante, a través de la masturbación, o por masajes en las vesículas seminales. El espermatozoide se recoge en un recipiente estéril y se deja transcurrir de 15 a 30 minutos para obtener su licuefacción, procediendo a tratar de uno a dos milímetros, imitando al máximo las condiciones naturales. Primero se procede a la eliminación del plasma seminal por dilución y centrifugación. Luego se pasa a una selección mínima de los espermatozoides, según el procedimiento siguiente: al sedimento obtenido después de la centrifugación se le añade un medio de cultivo artificial, que contiene proteínas de gran tamaño (albúmina o suero sanguíneo), necesarias para la capacitación de los espermatozoides; alrededor de treinta minutos más tarde, son seleccionados los espermatozoides que han escapado del fondo y han emigrado a la superficie,

pues son los más activos.”³⁵ Una vez obtenidos y preparados los espermatozoides se depositan en una cánula, y a través de una sonda de plástico se depositan en el aparato genital femenino, según el lugar indicado para realizar la inseminación. Esto puede variar dependiendo de la técnica utilizada. Para el depósito de los espermatozoides en el aparato reproductor femenino, se deberá seleccionar el día adecuado a través de diversos métodos que existen, entre ellos el estudio de la curva térmica de la mujer.

Ahora bien, esta técnica reconoce variantes según el lugar del aparato reproductor femenino donde se coloque el espermatozoide, podemos distinguir:

Inseminación intravaginal: Se inyecta el espermatozoide en el fondo de la vagina. Algunos especialistas han afirmado que es la forma que más se acerca a una inseminación natural; sin embargo, no es la que produce mejores resultados.

Inseminación intracervical: “En la cual se deposita el espermatozoide, en contacto con la secreción cervical; para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello de útero y el resto del espermatozoide se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir.”³⁶

Inseminación intrauterina: “Se recurre a ésta cuando existen diversas alteraciones del cuello de útero y de la secreción cervical. Entonces, hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del espermatozoide que no ha sido filtrado por la secreción cervical. En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparación del semen, que tiene por objeto la separación de

³⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, ob. cit., pp. 27 y 28.

³⁶ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, ob. cit., p. 109.

espermatozoides del plasma seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles. Entre estas técnicas se hallan: el centrifugado; el lavado o sperm washing; filtrado; la técnica del swim up (en la cual los espermatozoides más veloces, en un medio especialmente preparado, nadan hacia arriba lográndose la separación de la fracción de espermatozoides más móviles y aptos en la muestra de semen a utilizar). Las metas perseguidas con estas técnicas son obtener mayor concentración de espermatozoides móviles en el semen que se va a inocular y, en consecuencia, disminuir la cantidad de plasma seminal que contiene elementos que pueden restringir la posibilidad de fecundación, en el caso.”³⁷

Inseminación intraperitoneal: Esta se practica mediante una inyección de espermatozoides depositados en la cavidad abdominal, para que las trompas de Falopio capten a los espermatozoides así como captan al óvulo. En este tipo de inseminación, el material reproductor masculino transita el camino inverso al natural (vagina, útero y luego trompas), puesto que llega a las trompas de falopio directamente. Actualmente se dice que la inseminación intraperitoneal es la más económica, simple y efectiva. Es completamente ambulatoria, ya que no requiere internación, también es indolora pues no se usa anestesia. Se le denomina *intraperitoneal* porque el semen es colocado en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa.³⁸

Para obtener buenos resultados en la inseminación artificial se requiere de una adecuada prescripción médica, pero también que el día de la ovulación sea acertado. “La opinión de distintos especialistas de diferentes centros de reproducción señalan que el 94 % de los embarazos se producen en los primeros cuatro ciclos de tratamiento y no deberían realizarse más de seis ciclos de inseminaciones, sin hacer reevaluaciones del caso y, si corresponde, proponer el uso de técnicas de fertilización asistida más complejas.”³⁹

³⁷ Ibidem., pp. 109 y 110.

³⁸ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, ob. cit., p.110.

³⁹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 56.

1.3.2 Fecundación in vitro (FIV).

Durante la década de los setentas, los tratamientos para las parejas que padecían algún tipo de esterilidad se limitaban a la inducción de la ovulación, a la microcirugía tubárica y a la inseminación artificial. A finales de dicha década, se logra llevar a la realidad la idea de fecundar gametos masculinos y femeninos fuera de su orbita natural, es decir, fuera del vientre materno, logrando que la fecundación se produjera en el laboratorio, lo que se denominó como *fecundación in vitro (FIV)*. La denominación *in vitro* se debe a que en lugar de que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se produzca como naturalmente sucede en la de la trompa de falopio, ésta se lleva a cabo en el laboratorio.

La fecundación in vitro originalmente fue concebida para solucionar problemas de esterilidad femenina, como el problema de la obstrucción de las trompas de falopio, extendió su aplicación gracias a los buenos resultados obtenidos; indicándose también para los casos de esterilidad de origen desconocido, endometriosis y algunos casos de esterilidad masculina, además de permitir solucionar esterilidades sin causa aparente que hacen fracasar a la inseminación artificial, e incluso se han obtenido éxitos en mujeres sin trompas. Es así, que la FIV llega a solucionar a una serie de problemas que la inseminación artificial no lograba remediar.

Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, proporcionan el siguiente concepto de FIV: “Fecundación in vitro, nombre genérico que designa a las técnicas médicas por las cuales se lleva a cabo la fecundación humana fuera del organismo de la madre y luego se implanta el embrión resultante en el seno materno.”⁴⁰

Para Maria Carcaba Fernández “la fecundación in vitro (FIV) supone la unión del óvulo y el espermatozoide en un laboratorio; la fecundación se practica

⁴⁰ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 107.

en una placa de cultivo sobre un óvulo previamente extraído y reinsertado después, ya como embrión, en el útero de la mujer a quien se le extrajo. Tal fecundación también puede ser realizada con semen procedente de un donante, o con semen procedente del marido o compañero de la mujer a quien se le implanta el embrión.”⁴¹

Ahora bien, el complejo proceso de la fecundación (explicado en el apartado 1.3, del presente trabajo) que por diferentes causas no se produce de forma natural en la mujer, se intenta realizarlo de manera artificial mediante la fecundación in vitro; sin embargo, esta técnica ha presentado uno de los problemas más debatidos en este campo como lo es el tema de los embriones sobrantes, ¿qué hacer con ellos? ¿se les debe de considerar como una cosa o como una persona? ¿se puede investigar con los embriones sobrantes? ¿a quién pertenecen dichos embriones si los padres se divorcian?, estas y muchas preguntas más quedarán en el tintero mientras no exista una regulación precisa que les dé respuesta.

Por otra parte, al igual que la inseminación artificial, esta técnica admite la clasificación de *homóloga* y *heteróloga*, es decir, utilizando espermatozoides del esposo o de un donante; asimismo, también recibe las mismas críticas por lo que toca a la terminología, moralidad y licitud de sus múltiples aplicaciones, aunque en este último aspecto a ocasionado mayor problema la FIV que la inseminación artificial.

1.3.2.1 Variantes de la fecundación in vitro convencional.

El nacimiento de la primera *niña probeta* en 1978 representó un hito importante en el tratamiento de la pareja estéril, sentando las bases de lo que en la actualidad se conoce como técnicas de reproducción asistida. A partir de ese primer éxito de la fecundación in vitro convencional, en el intento clínico de

⁴¹ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 16.

conseguir mejores resultados dependiendo de los diferentes factores causantes de la esterilidad en cada pareja, han ido surgiendo variantes de ella para contrarrestar en mayor medida la falta de reproducción, así tenemos las siguientes.

Fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE): Esta técnica es la más convencional, pues “mediante estimulación hormonal, se hace que el ovario libere óvulos maduros, los cuales deben extraerse mediante laparoscopia o a través de la vagina. De dos a diez horas después de extraerlos, los óvulos se cultivan y preparan en el laboratorio. Una vez listos, se colocan en tubos de cultivo junto con los espermatozoides ya capacitados para su inseminación (a cada óvulo le corresponden alrededor de 100 mil espermatozoides). Después de veinte horas, se buscan los óvulos fertilizados y se observa su desarrollo. Pasados dos o tres días, se colocan de tres a cuatro preembriones en el útero mediante un catéter especial. La paciente permanece acostada aproximadamente tres horas y regresa a su casa, donde debe reposar todo el día siguiente. Con este método, la probabilidad de tener un embarazo exitoso es de alrededor de 20%.”⁴²

Transferencia intratubárica de gametos (GIFT por sus siglas en inglés Gamete Intrafallopian Transfer): Durante la misma intervención quirúrgica de extracción de óvulos, éstos se depositan conjuntamente con los espermatozoides debidamente preparados en las trompas de falopio de la misma mujer, lugar donde se produce naturalmente la fecundación. Si todo transcurre normalmente, los espermatozoides penetran en uno o más óvulos formándose el embrión. Éste descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer. Se dejan transcurrir de 12 a 14 días para comprobar si hubo implantación. Las personas que se manifiestan a favor de esta técnica, argumentan que el proceso de fecundación se produce de una forma más natural y que se evita el manejo de embriones en el laboratorio, así como su congelación.

⁴² HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, pp. 59 y 61.

Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT por sus siglas en inglés Zygote Intrafallopian Transfer): Lo que aquí se transfiere son embriones en los primeros estadios de la fecundación, y consiste en que una vez extraídos los óvulos, éstos son fecundados con los espermatozoides previamente tratados, y de 24 a 48 horas después de que ha ocurrido la fecundación se transfieren de dos a tres cigotos a una de las trompas de falopio. Es necesario que por lo menos una de las trompas este sana. “Por otro lado, también se ha estudiado la posibilidad de realizar una transferencia temprana de los cigotos al útero, alrededor de veinticuatro horas después del comienzo de la fecundación, cuando aún es dable observar los núcleos femenino y masculino, se denomina a esta técnica Z.U.T. (zygote uterine transfer). Pero los resultados estadísticos son menos satisfactorios, ya que el embrión debe permanecer en el útero en un estadio en el cual naturalmente se hallaría en la trompa de Falopio.”⁴³

Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI): Es la técnica de reproducción asistida más novedosa. Consiste básicamente en la inyección de un único espermatozoide dentro del óvulo. La microinyección surge como una alternativa al factor masculino grave (oligospermia, necrospermia, azoospermia); asimismo, es aconsejada en los casos en que la fecundación in vitro convencional halla fallado, esterilidad de tipo inmunológico, y los casos en que el semen haya sido congelado antes de someterse a una vasectomía o a tratamientos de radioterapia.

Después de la fecundación in vitro convencional, estas son las técnicas de reproducción asistida más comunes, pero no son las únicas, ya que día a día los médicos y científicos de todo el mundo trabajan en la creación de técnicas en las que se pueda respetar, en la medida de lo posible, la fecundación de los óvulos dentro del cuerpo de la mujer, es decir, se busca respetar el ambiente natural de la fecundación a efecto de obtener mejores resultados, como lo es incrementar las tasas de embarazos y nacimientos.

⁴³ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, ob. cit., p. 127.

“Los precios de los tratamientos contra la infertilidad varían en cada pareja, pues dependen de los factores que originan el problema. Entre más tecnología necesite un tratamiento, las probabilidades de éxito disminuyen y sus precios se elevan. En las clínicas de reproducción asistida privadas los precios de la GIFT, la FIVTE y la ICSI oscilan entre 50 y 80 mil pesos.”⁴⁴

Como hemos venido expresando a lo largo del desarrollo de este apartado, la fecundación in vitro en sus comienzos estuvo indicada para las mujeres que padecían algún tipo de esterilidad tubárica definitiva, pero por los buenos resultados obtenidos su aplicación se extendió a los siguientes casos:

Causas femeninas:

a) *Esterilidad tubárica*: Puede ser *definitiva*: aquellos casos en que la paciente presenta ausencia total de trompas de falopio funcionales; o *relativa*: aquellos casos en que exista alguna patología en las trompas que no sea definitiva. La ausencia de ambas trompas puede darse por causas congénitas o por causas adquiridas, dentro de estas últimas tenemos la extirpación quirúrgica (el embarazo ectópico repetido sería el ejemplo más característico). Así mismo, esta la FIV se indica para aquellos casos en que previamente se efectuó una esterilización tubárica no subsanable con cirugía.

b) *Endometriosis*: En este caso primero se recurre a tratamientos médicos o quirúrgicos y si éstos fracasan, entonces se recurre a la fecundación in vitro.

c) *Factores cervicales*: La existencia de una incapacidad del semen para penetrar el moco cervical, bien por factores locales, bien por factores inmunológicos, puede constituir indicación para FIV.⁴⁵

⁴⁴ HUERTA MENDOZA, Leonardo. *Tratamientos contra la infertilidad*, en “Revista del consumidor,” mayo 2004, Número 327, México, p. 58.

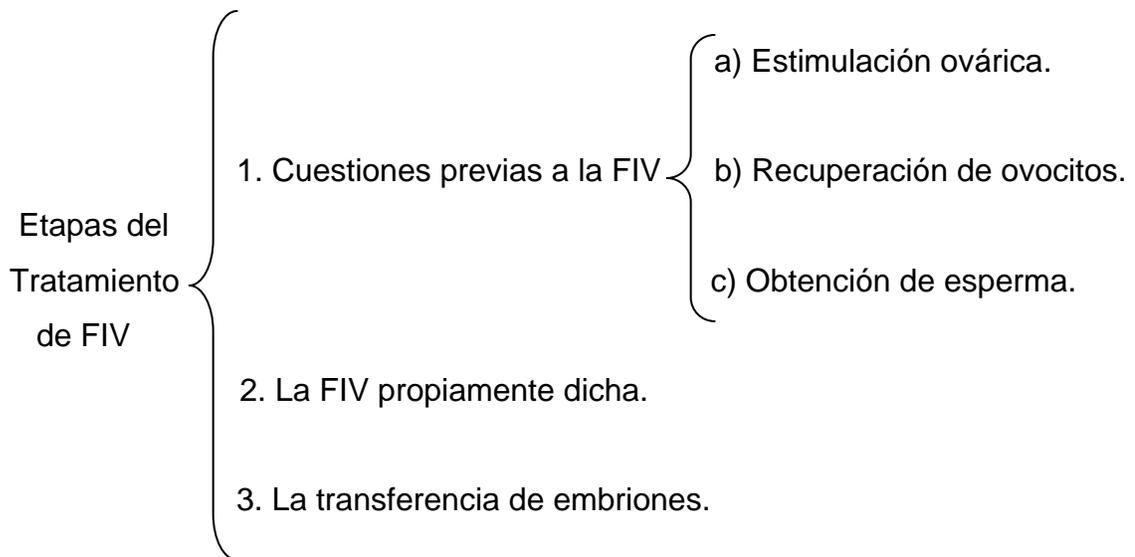
⁴⁵ BARBERO SANTOS, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989, p. 69.

Causas masculinas:

- a) *Oligospermia*: Baja cantidad de espermatozoides.
- b) *Astenospermia*: Espermatozoides débiles.
- c) *Teratospermia*: Espermatozoides inmaduros o con alguna malformación.

Esterilidad de origen desconocido: En estos casos la fecundación in vitro sólo se podría justificar tras una oportuna espera, después de una evaluación exhaustiva de todos los posibles factores causales. Sin embargo, no existe uniformidad de criterio en cuanto a las patologías y causas que determinan la necesidad de recurrir a esta técnica, la indicación absoluta más importante es el factor tubárico irreversible.

1.3.2.2 Etapas del tratamiento de FIV.



1. *Cuestiones previas a la FIV:* Antes de intentar el uso de esta técnica se deben practicar una serie de estudios tanto en la mujer como en el hombre, una vez realizados y prescrita la fecundación in vitro, los pasos a seguir son los siguientes:

a) *Estimulación ovárica:* Esta se realiza con el fin de obtener más de un ovocito en cada ciclo femenino. Actualmente existen varios fármacos que estimulan la ovulación. Los riesgos que se corren durante esta etapa son: Síndrome de hiperestimulación ovárica, embarazo múltiple, embarazo tubárico, o aborto. Es importante decir que la estimulación ovárica se practica como técnica en sí misma o como complemento de las fecundaciones asistidas.

b) *Recuperación de ovocitos:* Se puede llevar a cabo por medio de laparoscopia o ecografía trasvaginal. El procedimiento por laparoscopia está casi en desuso, puesto que es un método un tanto agresivo para la mujer. Actualmente la aspiración con ecografía trasvaginal es el método más utilizado en la recogida de ovocitos. Se realiza una punción percutánea a través de la pared abdominal, o bien a través del fondo de saco vaginal o del canal de la uretra. La aspiración puede realizarse sin anestesia, con la administración de analgésicos, en un proceso que dura de 15 a 20 minutos, reduciendo el coste y la duración de la operación, aunque en algunos casos resulte ciertamente doloroso. El momento para llevar a cabo la aspiración de los ovocitos debe ser calculado con absoluta precisión.

c) *Obtención del esperma:* El esperma se obtiene normalmente, sea que se trate del marido o de un donante, a través de la masturbación, se efectúa un espermograma para observar la cantidad, movilidad y aspecto morfológico de los espermatozoides, así como el contenido de gérmenes del semen. Posteriormente se prepara el semen que va a ser utilizado (Ver apartado 1.3.1.3).

2. *Fecundación in vitro propiamente dicha:* En esta etapa, “cada ovocito se deposita en un tubo de inseminación junto a los espermatozoides y se les mantiene así hasta el día siguiente en incubadora a 37°C. A las 17/18 horas aproximadamente desde el acercamiento de los gametos, se localiza al ovocito para intentar observar los signos de fertilización. La fecundación, de llegar a producirse, se constatará al observarse dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. Si ha existido fecundación, el huevo se trasfiere

a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides. En ese nuevo ambiente el huevo fecundado permanece en las mismas condiciones de temperatura y luz ya mencionadas, hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza, entonces, la transferencia embrionaria.”⁴⁶ Respecto al número de embriones que se deben transferir, es una recomendación general que en mujeres jóvenes sean dos o tres y en mujeres mayores a cuarenta años cuatro o cinco embriones.

3. Transferencia de embriones: La transferencia embrionaria puede realizarse en cualquier etapa posterior a la fecundación, aunque generalmente se transfieren 48 horas después de la fecundación, cuando los embriones presentan entre dos y cuatro blastómeras. Los embriones a implantar son aspirados en un catéter muy fino, para ser depositados en el útero. La paciente permanece acostada aproximadamente tres horas y regresa a su casa, donde debe reposar todo el día siguiente. Después de los 14 días de la fecundación, si la técnica tiene éxito, el embrión transferido quedará implantado en la cavidad uterina.

Como podemos ver el procedimiento en la fecundación in vitro no es tan sencillo como en la inseminación artificial, de ahí lo controvertido de esta práctica. Aunado a lo anterior, los aspectos que hacen que esta técnica no sea del todo aceptada es por la crioconservación de embriones, los embriones sobrantes, la donación de embriones o gametos (tanto óvulos como espermatozoides), y el hecho de que la fecundación se lleve a cabo en un laboratorio. Pero dentro de estos aspectos generales, existen otras “dificultades que se presentan en este terreno, como son la fidelidad conyugal, la filiación del futuro hijo, el reclamo de los embriones congelados en el caso de divorcio (tenencia de embriones), la posible entrega a otra persona por desavenencia de los cónyuges, el arrepentimiento del donante respecto del acto jurídico de la donación (o venta del gameto) en forma tardía, una vez fecundado el óvulo, lo que acarrea problemas similares a los de la

⁴⁶ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 125.

madre sustituta que se niega a cumplir con el contrato entregando al bebé.”⁴⁷ Esto por citar las dificultades más comunes, ya que existen un sin número de cuestiones a las que podríamos aducir en este campo, pero nos reservamos mayores comentarios por no ser materia de estudio del presente trabajo; además de que sería aventurado intentar dar respuesta a los problemas mencionados, en primer lugar porque no es el tema central de esta tesis el análisis de todas las técnicas de reproducción asistida, únicamente planteamos lo esencial de estos temas para poder dar paso a la maternidad subrogada, tema principal a tratar en el presente trabajo; y en segundo lugar porque no tenemos una legislación específica que ayude a dar respuesta a todas las interrogantes que se presentan en estos temas, por lo que debemos pugnar para que en México exista una ley a la medida de todos estos avances científicos y tecnológicos, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de que se lleven a cabo actos que quebranten los valores de la sociedad mexicana.

Sin embargo, si bien es cierto que la fecundación in vitro es una técnica de vanguardia que ofrece grandes posibilidades para subsanar los problemas de esterilidad, también lo es que es una técnica muy controvertida por todo lo que implica, ya que es una realidad que en un laboratorio se puede manipular la herencia humana, influir en ella y modificarla, lo que bien encauzado podría ser un avance para la humanidad, también conlleva serios riesgos porque los resultados que se pueden obtener son inimaginables. Pero lo que no ponemos en tela de duda es que los avances tecnológicos de la biomedicina en pro de la vida humana son innumerables, ya que gracias a esos avances se nos ha permitido conocer más a fondo todos los procesos que llevan a la formación del ser humano y así poderle brindar una mejor calidad de vida desde su concepción, pero también debemos de estar conscientes que de no regular las nuevas tecnología se pueden tornar en la mejor herramienta para cercenar y transformar al propio hombre, por eso que incluimos estos temas en el presente trabajo.

⁴⁷ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 62.

1.3.3 Maternidad subrogada.

Ante el avance de la ciencia y la tecnología ha surgido una práctica mediante la cual una mujer gesta el embrión de otra pareja comprometiéndose a entregarlo después de que nazca, esto en el mejor de los casos, pues existe otra modalidad que se incluye como maternidad subrogada (aunque no lo es) en la que la mujer vende a su propio hijo, ya que es la misma mujer que gesta el embrión la que aporta el óvulo, y al término del embarazo ésta entrega a su propio hijo a la pareja que la contrato, por supuesto, a cambio de una suma de dinero.

La maternidad subrogada y toda la problemática que gira en torno a ella, es el tema principal a tratar en el presente trabajo, por ello, me reservo mayores comentarios para los subsecuentes capítulos, solo es menester explicar que se mencionó como tema dentro de este primer capítulo para dejar en claro que se le pretende tomar como una de las técnicas para solucionar algunos de los problemas de esterilidad e infertilidad de la pareja, con lo que estoy en total desacuerdo porque las técnicas de reproducción asistida han sido perfeccionadas para que parejas que no pueden ser padres por métodos naturales, lo consigan con la ayuda de la ciencia y la tecnología, siempre y cuando no transgredan los derechos fundamentales de las personas involucradas en ellas, pero con la maternidad subrogada se quebrantan muchos de esos derechos; es por ello que no puede ser aceptada en ningún lugar del mundo y mucho menos en un país en el que la familia es la célula primaria de la sociedad, como lo es México.

1.4 Bancos de semen, óvulos y embriones.

Bancos de Semen.

El procedimiento de fecundación artificial con semen de donante dio lugar al establecimiento de los bancos de semen, y sin duda alguna el congelamiento o

crioconservación de esperma ha permitido el desarrollo de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro con semen de donante, teniendo como ventaja que la donación sea anónima, ya que con la creación de estos bancos se hace posible la disociación entre el momento de la donación y el momento en que el semen va a ser utilizado. Pero con este avance de la ciencia, surgieron voces en contra por parte de teólogos y moralistas por considerarlo un acto inmoral, pues como todos los avances de la ciencia existen ventajas y desventajas que hay que analizar a profundidad porque esta de por medio un ser humano, pero lo cierto es que la creación de este tipo de bancos ha sido una de las más grandes innovaciones de la ciencia.

Sin embargo, pese a toda la oposición se funda en Bruselas (Europa), en el año de 1960, el primer banco de semen por el belga Robert Schoysam. Posteriormente, “en 1973 se creó en París el banco de semen del Hospital Necker, y otro en el Hospital Bicetre, denominado como *Centre de Étude et de Conservation du Sperme* (Centro de Estudio y de Conservación del Esperma) o CECOS, primero en adoptar una carta ética. Actualmente la Federación de CECOS tiene más de veinte centros en Francia. En Estados Unidos existen bancos de esperma que funcionan como verdaderas empresas comerciales, en los que puede elegirse el donante del semen por medio de catálogo.”⁴⁸

Es así que la conservación del esperma a través de dichos bancos ha tenido gran éxito, ya que hasta el momento se ha demostrado que éste proceso no afecta al buen funcionamiento de los gametos que posteriormente son descongelados para fecundar óvulos o para ser transferidos al organismo de la mujer.

Los bancos de semen o gametos son definidos por Luis Martínez Calcerrada de la siguiente manera: “Son pues los depósitos adecuados donde se almacena esta materia para su posterior objetivo procreador.”⁴⁹

⁴⁸ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, ob. cit., p. 113.

⁴⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre 1988)*, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, p. 306.

Cabe decir que la Ley General de Salud, vigente en México desde 1984, define en su artículo 314, frac. XI, lo que es un producto, y dice: Se entiende por *Producto*, a todo tejido o sustancia extruida, excretada, o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos para efectos de este título y la placenta y los anexos de la piel.

De la misma forma, la ley define en dicho artículo, en la fracción I, lo que es una *Célula germinal*, diciendo que son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 6 fracción XVIII, define lo que es producto al igual que la Ley General de Salud, pero en su artículo 56, nos dice que para efectos de este reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del artículo 6°, serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células germinales.

Bancos de Óvulos.

Hasta hace un par de décadas los bancos de óvulos no existían, debido a que no se había desarrollado una técnica de criopreservación que garantizara su efectividad en los resultados, por lo que era más fácil garantizar resultados positivos en la conservación de semen o de embriones, que de óvulos, debido a que la composición de los gametos femeninos es más compleja. Pero actualmente la eficacia de esta técnica ha mejorado muchísimo; sin embargo, la congelación de óvulos o criopreservación de ovocitos, según su término científico, está plagada de dificultades. Si bien se logró demostrar que es sencillo congelar esperma y hasta embriones, el óvulo es la célula más grande del cuerpo humano y está llena de agua. Cuando se le congela, se forman cristales de hielo que pueden destruirlo. A

lo largo de los años, los investigadores aprendieron que primero deben deshidratar los óvulos antes de congelarlos y ubicarlos en un medio especial. Ante ésta desventaja se recomienda que la mujer almacene 30 óvulos por lo menos, para lo cual se necesitará más de un ciclo menstrual.

Al respecto, los especialistas disienten sobre cuál es la mejor forma de congelación de los óvulos. Algunos prefieren el método de congelación lenta, en el que los óvulos son congelados de forma gradual. Otros optan por el proceso conocido como vitrificación, que apunta a reducir el eventual daño al óvulo. El hecho de que no exista un único protocolo para congelar los óvulos es problemático. Además, no existen datos que muestren que los óvulos congelados durante diez años estarán tan saludables como los congelados durante algunos meses nada más. Se necesitarán también varios años de seguimientos para garantizar que los bebés nacidos con técnicas de fertilización in vitro no tienen más posibilidades de nacer con defectos congénitos que aquellos concebidos por otros medios.⁵⁰

Bancos de Embriones.

“Los primeros experimentos de crioconservación de embriones fueron realizados por el grupo australiano de Trounson en 1981. Esta técnica permite almacenar embriones durante varios meses y a veces años, con lo cual se consigue que algunos de los óvulos que se fecundan in vitro, en lugar de transferirse todos, sean congelados y transferidos en otras oportunidades. A su vez, esto permite la donación de embriones para otras mujeres estériles.”⁵¹

La congelación de semen y embriones ha permitido que un hombre pueda procrear un hijo después de muerto, dando lugar a la figura que se conoce como

⁵⁰ <http://www.clarin.com/diario/2005/07/20/sociedad/s-03701.htm>

⁵¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 14.

fecundación post mortem. En este sentido, dichos bancos son creados con la finalidad de congelar embriones que posteriormente puedan ser descongelados para ser transferidos al organismo femenino y continuar allí su desarrollo embrionario.

La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, señala que los preembriones sobrantes de una FIV que no fueron transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados por un máximo de 5 años, de los cuales, únicamente 2 años estarán a disposición de los progenitores, porque pasando estos 2 años de crioconservación quedan a disposición de los bancos correspondientes.

En México, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 6, fracción II, señala que se entiende por *bancos de órganos y tejidos*, a todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico. Así mismo, dicho reglamento, en el artículo 6, fracción XIII, define al *embrión* como el producto de la concepción hasta la décima tercera semana de gestación.

Cabe decir, que es un sentir general de casi todos los países, la prohibición de comercializar con los productos del cuerpo, tan es así, que México en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 21, señala que la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito, de lo que se infiere a *contrario sensu* que no se puede comercializar con ellos, con lo cual estoy totalmente de acuerdo porque por lo menos existe una limitante al respecto, pero en el caso de la maternidad subrogada se deberá prohibir aún cuando sea gratuita.

1.5 Prácticas alarmantes relacionadas con las nuevas tecnologías.

Especial comentario merecen algunas técnicas reproductivas que por futuristas que parezcan, no dejan de preocupar desde el punto de vista ético, jurídico, psicológico y físico, tales como la clonación, la ectogénesis o útero artificial, la partenogénesis, el embarazo masculino, la gestación en mujeres clínicamente muertas, la gestación en el vientre de un animal, la eugenesia y la maternidad subrogada; es por ello que las incluimos dentro del presente trabajo para que cada vez más personas tomen conciencia de las consecuencias que trae consigo el avance de la ciencia, para después estar en posibilidad de pugnar por una legislación que vaya a la par del avance tecnológico, pero sin dejar posibilidad alguna para la realización de las aberraciones de las que se empieza hablar y se investiga actualmente.

Clonación.

Realizar copias idénticas de seres vivos era atractivo tema de películas, sin embargo, la realidad ha superado a la ficción y hoy es posible hacerlo. La clonación, en concreto, ha causado una particular alarma social, sobre todo por los usos que se le pueden dar a esta técnica, ya que realmente son inimaginables. En el presente apartado solo daremos un esbozo de lo que es, pues la clonación ha sido tema de estudio de trabajos muy extensos por ser una práctica con la cual debemos alarmarnos.

Se dice que el objetivo de la investigación de la clonación humana nunca ha sido el de clonar personas o crear bebés de reserva, sino por el contrario, la investigación tuvo y debe tener como objetivo, obtener células madre para curar enfermedades; sin embargo, con la publicación de los resultados de la investigación sobre clonación de animales y humana para obtener células madre, que al igual que todas las publicaciones de los descubrimientos científicos están

disponibles a nivel mundial, fue inevitable que llegara el día en que este conocimiento fuera mal utilizado y ahora varias personas en el mundo propagan su idea de clonar un bebé, pero ante tales supuestos la comunidad científica a nivel mundial se opuso fuertemente a cualquier hipótesis de clonar bebés.

A su vez, los médicos evalúan los riesgos de la clonación humana como muy elevados. Se dice que someter a los humanos a la clonación, no significa asumir un riesgo desconocido, sino perjudicar a las personas conscientemente, en virtud de que la mayoría de los intentos de clonación de un animal dieron como resultado embriones deformados o abortos tras la implantación. Pero hay quienes defienden que los pocos animales clonados que lograron nacer, presentan malformaciones no detectables a través de análisis o tests en el útero, por ejemplo, las deformaciones en el revestimiento de los pulmones.

Por su parte, hay grupos de personas que están de acuerdo con la clonación para la obtención de un bebé. Algunos incluso, pueden ser padres que perdieron un bebé y que quieren sustituirlo, o pueden ser personas que desean tener hijos pero que no lo consiguen de la manera tradicional. Por ejemplo, en caso de que un hombre no pueda producir esperma, puede hacer que su propio ADN sea introducido en el óvulo de su pareja, creando un clon de él mismo. ¿Recurrirían a la clonación si ésta fuese la única manera de tener un hijo?⁵²

En 1996, fue clonada la oveja Dolly, siendo el primer animal clonado a partir del ADN derivado de una oveja adulta en vez de ser utilizado el ADN de un embrión. Pero aunque Dolly tuviera una apariencia saludable, se cuestionó la posibilidad de que envejeciera antes que una oveja normal. Además fueron necesarios 277 intentos para producir este nacimiento. ¿Quién aceptaría estos resultados en un experimento con bebés humanos?.

⁵² http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_cont5.htm

Ectogénesis.

Tras el éxito del nacimiento del primer ser humano fecundado en un tubo de ensayo, los científicos se plantearon la posibilidad de prescindir también del útero de una mujer para llevar a cabo la gestación, esto es lo que se conoce como ectogénesis o útero artificial.

La ectogénesis implica el desarrollo de un embrión en un útero artificial, hasta una edad gestacional determinada. “La Escuela de Medicina de la Universidad de Nueva York, estudia desde hace años la posibilidad de construir en el laboratorio una placenta artificial que alimente y transmita oxígeno al feto.”⁵³

“En 1975, Halacy decía convencido: El útero artificial es una realidad; ya se ha ideado uno en el Instituto Nacional del Corazón, en los Estados Unidos. Se trata de una cámara llena con líquido amniótico sintético, conectada con un oxigenador para la sangre fetal, que ha mantenido vivos a fetos de ovejas durante dos días. Dicha ectogénesis, o desarrollo fuera del útero natural, es considerada, dice este autor, como una importante y lógica prolongación de la inseminación artificial. Uno de los argumentos esgrimidos es que ninguna mujer inteligente dudaría entre sufrir nueve meses para tener un hijo o valerse de este método. La procreación, considerada por algunos como extraña a la dignidad humana, por la forma casi animal en que ocurre tradicionalmente, sería reemplazada por técnicas que unirían el semen y el óvulo en el útero artificial, el cual estaría controlado científicamente, de manera tal que el producto fuera perfecto.”⁵⁴

Imaginemos las consecuencias que se tendrían en los seres humanos si se llegase a permitir que se de vida a través de un útero artificial; en principio, se estaría violando la dignidad de la persona, además, ¿a quien le gustaría saber que fue gestado por una maquina? y ¿donde quedarían todos los lazos que se forman

⁵³ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 246.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 247.

durante la etapa de gestación entre el feto y la madre?, que son los que marcan la personalidad del bebé. Son muchas las complicaciones que se generan con la ectogénesis y muchos los valores que están en juego, por ello se debe evitar a toda costa su realización.

Partenogénesis.

“La partenogénesis es la estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.”⁵⁵

El término partenogénesis se usa en la biología para referirse a una forma de reproducción en la cual un óvulo se desarrolla sin la participación de la célula sexual masculina. Entre los animales, muchas especies de insectos se reproducen de manera natural por partenogénesis, un ejemplo de esto, es el caso de las abejas, pero en los seres humanos esto no debe ser posible, pues no debemos jugar con la naturaleza provocando el nacimiento de descendencia únicamente femenina, ya que si actualmente se llega a comentar vulgarmente que a cada hombre corresponden siete mujeres, es decir, que el sexo femenino es a nivel poblacional siete veces mayor al sexo masculino, imaginemos que podría ocurrir si se llegase a practicar la partenogénesis en los seres humanos.

Gestación en el varón.

Otra de las aberraciones de la que se habla actualmente, es la posibilidad de que en el futuro la gestación pueda desarrollarse no solo en la mujer, sino que también el varón pueda realizar esta función, perdiendo la mujer el monopolio de la gestación.

⁵⁵ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 418.

“El embarazo masculino a partir de la transferencia de un embrión es posible: 1) porque el embrión humano se puede desarrollar hasta su término fuera de la matriz, en la cavidad abdominal, naciendo los niños por cesárea; 2) porque las dosis hormonales en el curso del embarazo pueden ser aseguradas sin la presencia de ovarios gracias a inyecciones hormonales femeninas apropiadas. No obstante, este embarazo, como el extrauterino, entraña riesgos mortales.”⁵⁶

El intento para realizar este tipo de embarazo es absurdo y éticamente inaceptable, ya que implica grave peligro para la vida del varón y las posibilidades de desarrollo del nuevo ser son prácticamente nulas, además de las consecuencias no previstas que podrían presentarse.

Gestación en cadáveres.

Continuando con la cadena de fantasías propiciadas por la genética, tenemos a la gestación en mujeres clínicamente muertas, que fue calificada por la prensa nacional Argentina como una iniciativa escalofriante, tras la propuesta de un científico australiano en junio de 1988, que sugirió que se utilizaran mujeres cerebralmente muertas como incubadoras para hacer un mejor uso de los cadáveres vivientes. Esta propuesta provocó una reacción inmediata de médicos, abogados y religiosos, a la que el científico respondió que no existía nada de malo en eso y que por lo menos los muertos estarían haciendo un bien.⁵⁷

La presente técnica, como quedo apuntado no se trata propiamente de la gestación en cadáveres como literalmente su nombre lo indica, sin embargo, es la forma común en la que se le identifica en el ambiente médico. Realmente se trata de una gestación en mujeres que tienen “vida artificial,” ya que su organismo no

⁵⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 27.

⁵⁷ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, ob. cit., p. 249.

responde al cien por ciento, por lo que se les mantiene con vida a través de asistencia médica-científica, generalmente en hospitales. Lo que se pretende aquí es implantar en estos cuerpos un embrión para que se lleve a cabo la gestación.

Fecundación y gestación “inter especies.”

Otro de los graves riesgos al que dan opción las nuevas tecnologías, es aquel que nos habla de la posibilidad de que se puedan fecundar gametos humanos con gametos que provengan de otras especies; es decir, la fecundación heteróloga propiamente dicha; o el hecho de que un embrión humano pudiera ser gestado por un animal y viceversa. Pensemos en lo que ocurriría si partimos del supuesto de que la mayoría de las legislaciones atribuyen la maternidad a la mujer que da a luz, en este tipo de gestación ¿estaríamos hablando que legalmente la madre de un ser humano sería un animal?.

Miguel Ángel Soto Lamadrid explica que “la transferencia de embriones humanos al útero de animales para procurar su gestación, sería la lógica prolongación de la fecundación *inter especies*, si tuviéramos que seguir el razonamiento de Halacy, por lo que nada impediría, para justificar esta nueva aberración, que utilizáramos el argumento significativo de liberar a la mujer de la pesada carga de la maternidad, aprovechando íntegramente a otros seres vivos, con aptitud orgánica para subrogarse en esta función.”⁵⁸

Pero si la maternidad subrogada me parece inaceptable, siendo que la gestación es llevada a cabo por otra mujer, la gestación *inter especies* es aberrante, denigrante, vergonzosa y simplemente absurda desde cualquier ámbito que sea analizada.

⁵⁸ Ibidem., p. 248.

Eugenesia.

La eugenesia es la ciencia que trata el mejoramiento de la especie. Galton se refería a la eugenesia como aquella ciencia que trata de las influencias posibles para mejorar las cualidades innatas de una raza, sobre todo de aquellos caracteres que más la pueden mejorar. Clasificó la eugenesia en negativa y positiva. Eugenesia negativa es aquella que trata de poner trabas a la reproducción de los ineptos y prevenir la descendencia anormal. Y la eugenesia positiva implica estimular la reproducción de aquellos individuos mejor adaptados.⁵⁹

Así mismo, existen otros dos tipos de eugenesia, la terapéutica y la perfectiva. Algunas formas de *eugenesia terapéutica* podrían formar parte legítimamente del esfuerzo por combatir las causas de sufrimiento humano, ya que esta tiene por objeto dar solución a las enfermedades o padecimientos congénitos que aquejan al ser humano. Por el contrario, la *eugenesia con fines perfectivos* no debería ser aceptada en ningún caso por ser intrínsecamente injusta y discriminatoria, ya que su principal objetivo es mejorar la raza, creando individuos altos, fuertes, blancos, de ojos claros, etc., es decir, el hombre perfecto, lo que en su momento quiso hacer Hitler con su locura de la *Raza Superior*, y que hoy con la clonación y la eugenesia en la comodidad de un laboratorio y casi dictándole la receta al científico para que el niño salga perfecto, esto pudiese lograrse de no poner límites legislativos y sociales.

La eugenesia es una manera de cambiar, modificar, mutilar, eliminar de la sociedad a las personas con ciertas características que a algunos individuos o no les gustan, o no les sirven al momento del nacimiento o poco después. La eugenesia es un tipo de eutanasia, se diferencia de ésta, en que la eugenesia busca directamente la muerte a un no nacido (aborto) o a un recién nacido disminuido o no agraciado según algunos, y la eutanasia busca dar muerte a un

⁵⁹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 143.

minusválido, viejo o a un enfermo incurable. Ninguna de las dos es lícita, ya que no reconocen la dignidad del ser humano.

Los hombres que se proclaman a favor de esta práctica, no se dan cuenta que lo que verdaderamente habría que mejorar no son rasgos físicos (color de ojos, estatura, complexión, etc.), sino la plenitud de la vida de la persona, su corazón y su capacidad de amar. Con esto parece que el hombre a través de los grandes logros técnicos y científicos se ha olvidado de que lo que realmente hace mejor a un ser humano en calidad, no es modificando sus características biológicas, sino enseñándole la maravilla de la vida, independientemente de su raza, su color, su estatura, sus facciones, su resistencia física, etc.

La eugenesia actual se caracteriza por la posibilidad de emplear procedimientos de biología molecular para el diagnóstico genético y la intervención directa sobre los genes. Entre ellas estarían los diagnósticos preimplantatorio y prenatal, la terapia génica germinal y la ingeniería genética de mejora. Los dos tipos de diagnóstico citados (preimplantatorio y prenatal) se aplican en la actualidad, mientras que las intervenciones en la línea germinal aún no están suficientemente desarrolladas para poder ser puestas en práctica.⁶⁰

Como podemos darnos cuenta, la eugenesia no es del todo aberrante pues tiene dos polos contrapuestos, uno positivo y otro negativo; el polo positivo es aceptado, pues lo que se pretende en este tipo de eugenesia es proporcionarle una mejor calidad de vida al ser humano; pero el polo negativo es el que se debe prohibir y vigilar a los especialistas en este campo para que no caigan en su realización, ya que su objetivo es perfeccionar la raza humana olvidándose de la dignidad de las personas.

⁶⁰ <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm>

Gestación o maternidad subrogada.

Especial atención merece esta técnica de reproducción que implica un nuevo papel de la mujer y en consecuencia una nueva definición de la familia; además de que propone regresar a modelos esclavistas, pretendiendo que ciertas mujeres trabajen de incubadoras humanas para gestar hijos para otras que no puedan o no quieran hacerlo. Consiste en que el niño es gestado en un útero diferente del de aquella mujer que lo va a ver crecer y que ha contratado el servicio de aquella que lo ha de llevar en su vientre durante nueve meses, sin importar todas las consecuencias que esto podría generar.

Sobre el tema de la gestación o maternidad subrogada se abundará en los siguientes capítulos; solo me resta comentar que toda esta clase de experimentos peligrosos para la humanidad, deberían ser castigados, sin ninguna duda, por el ordenamiento penal tipificándolos como delitos, toda vez que no podemos esperar a que el resultado se produzca para aplicar entonces las sanciones correspondientes al homicidio o a las lesiones, ya que en estos casos el efecto preventivo de la amenaza penal debería operar antes de que la conducta se realice.

1.6 ¿Cuales deben ser los límites en la reproducción asistida?

“Gracias al progreso de las ciencias biológicas y médicas, el hombre dispone de medios terapéuticos cada vez más eficaces, pero puede también adquirir nuevos poderes, preñados de consecuencias imprevisibles, sobre el inicio y los primeros estadios de la vida humana. En la actualidad, diversos procedimientos dan la posibilidad de intervenir en los mecanismos de la procreación no sólo para facilitarlos, sino también para dominarlos. Si tales técnicas permiten al hombre tener en sus manos el propio destino, lo exponen también a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la

naturaleza. Por eso, aún cuando tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo comportan graves riesgos. De ahí que se eleve, por parte de muchos, una llamada urgente a salvaguardar los valores y los derechos de la persona humana en las intervenciones sobre la procreación.”⁶¹

La respuesta a la pregunta inicial dependerá del tipo de sociedad en que nos encontremos, pero sin duda alguna deben analizarse a profundidad cuales son los procedimientos técnicos que conllevan más perjuicios que beneficios para el hombre y para la humanidad en general, estableciendo desde un inicio límites a nivel mundial y posteriormente límites específicos para cada sociedad, tomando en cuenta los valores con que se rijan y salvaguardando los derechos de todas las personas implicadas en las técnicas de reproducción asistida. En México los límites han de ser aquellos que permitan el crecimiento científico en favor de una mejor calidad de vida en todos los sentidos, pero a la vez que prohíba todo aquello que trastoque la dignidad humana y ponga en peligro la vida o la salud de los seres humanos.

⁶¹ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 212.

CAPÍTULO 2.

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1 Aspectos fundamentales de la maternidad subrogada.

“Madre no hay más que una, se ha dicho siempre; y siempre se había pensado, además, que era cierto; en contraposición con la paternidad, de la que siempre se había dicho: hasta el día del juicio final, no sabremos de quién son los sermones, de quién es el dinero, y de quién son los hijos.”¹ Pero hoy en día ya no se puede tener la misma certeza respecto a la maternidad, pues los avances de la ciencia y la tecnología han hecho posible que se pueda tener dos y hasta tres madres; es decir, una madre genética, otra gestacional y una tercera legal, es el caso de la llamada *maternidad subrogada*, práctica que surgió hace aproximadamente tres décadas en los Estados Unidos, y aunque es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, los estudios sobre ella aún son pocos debido a la complejidad que presenta. Es por ello, que el objetivo del presente trabajo es analizar tanto los problemas, como las repercusiones que puede presentar esta técnica en nuestra sociedad.

Como mencione en el capítulo anterior, sin el desarrollo y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida, en especial de la fecundación in vitro, no hubiera sido posible alcanzar perfiles sorprendentes en

¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 11.

este campo, y quizá entre los avances más significativos encontramos a la práctica conocida como alquiler de vientres, madres sustitutas, maternidad portadora, maternidad subrogada, etc. Fenómeno de idéntica naturaleza física al de las otras técnicas de reproducción asistida, pero de muy diferente trascendencia social por el impacto sociológico, físico, médico, ético, psicológico y jurídico que trae aparejado, pues “hoy en día ya no es imprescindible que un niño sea concebido en el vientre de su madre, ni que la mujer de quien procede genéticamente sea necesariamente la que le traiga al mundo.”² De ahí que la maternidad subrogada sea considerada como la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida.

“Se trata de una práctica que ha sido ampliamente rechazada, aunque no unánimemente, y de hecho se realiza de forma habitual sobre todo en los Estados Unidos. Quizá esta casi unanimidad en la condena de una práctica relativamente marginal hace pensar que todos los miedos y reservas con respecto a la reproducción asistida se han concentrado aquí.”³ Sin embargo, pese a toda la oposición y rechazo que ha existido frente a esta figura, los avances científico-tecnológicos se han ido extendiendo por diversas partes del mundo, alcanzando niveles inimaginables, entre ellos, ver concretada la posibilidad del nacimiento de seres humanos por medio de la maternidad subrogada, la cual ha tenido una demanda inesperada, y ante tal demanda la creación de agencias de maternidad subrogada se ha hecho presente, las cuales se encargan de buscar mujeres que estén dispuestas a llevar a cabo un embarazo a cambio de una determinada cantidad de dinero. De esta forma, dicha práctica se ha ido convirtiendo en un mercado muy rentable, pues no solo se le paga a la mujer que presta su vientre para la gestación, sino que existen personas que ponen en contacto a las parejas necesitadas, con las mujeres dispuestas a hacerlo, y esa labor no la hacen de forma altruista, por el contrario los precios que cobran estas agencias son muy elevados. Es así, que a pesar de todos los obstáculos, día a día se ha ido

² CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 165.

³ LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 137.

extendiendo por todo el mundo la realización de esta técnica, por ello nos vemos en la necesidad de analizar el tema para no permitir su acceso a nuestro país, estableciendo una legislación que la prohíba en todas sus modalidades.

Es menester mencionar que, a principios del siglo XXI, la humanidad ya cuenta con novedosas técnicas para engendrar a los seres humanos, técnicas que aún se encuentran en constante perfeccionamiento, pero que por sus alcances requieren de especial tratamiento, nos referimos a las nuevas técnicas de reproducción asistida, las cuales abarcan tanto los tratamientos hormonales y quirúrgicos en hombres y mujeres estériles, como variados y sofisticados métodos para lograr un hijo. Entre esos métodos se encuentran la inseminación artificial homóloga, la inseminación artificial heteróloga, la fecundación in vitro con transferencia de embrión, transferencia intratubárica de gametos, transferencia intratubárica de cigotos, inyección intracitoplasmática de espermatozoides, crioconservación de semen, óvulos y embriones, maduración del óvulo artificialmente, donación de semen y de óvulos, entre otros; “sin embargo, cuando la infertilidad (propia de la mujer) no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y, en las desgracias extremas, cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética, hija de la necesidad.”⁴ Es el tema que me ocupa y el cual iré analizando paso a paso.

2.1.1 Análisis sobre su denominación.

Dentro de los variados problemas que presenta la maternidad subrogada,

⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 316.

uno de ellos es el relativo a su denominación o terminología, pues existen diversas denominaciones para designar a la aludida práctica, entre ellas se encuentran: maternidad subrogada, substituta, o por encargo, alquiler de úteros, alquiler de vientre, gestación subrogada, gestación substituta, madre por encargo, madres portadoras, madres de substitución, madres de alquiler, madres gestadoras, etc.

En otros países, las denominaciones más usuales son: “En España la proposición de ley en materia de técnicas de reproducción asistida se refiere a *gestación de sustitución*. En Francia parece se ha impuesto recientemente la expresión *mère porteuse*,⁵ aunque existen otras como *mere de substitution*, *mere de remplacement* o *prét d'uterus*. En Estados Unidos, existen, entre otras denominaciones las de *surrogacy*, *surrogate motherhood* o *gestational motherhood*. “En Inglaterra se encuentra generalizado el empleo de *surrogate mother*, especialmente a partir del Informe Warnock. En Italia se emplea *affitto di utero*, si bien la expresión *locazione di utero* ha sido utilizada por R. Lanzillo. En Alemania se designa con la palabra *Leihmutter*. Entre nosotros los términos empleados más frecuentemente son los de maternidad subrogada, maternidad de alquiler, madres suplentes, madres portadoras y madres gestantes.”⁶

“Podemos distinguir tres grupos de designaciones de esta técnica que nos ocupa, según utilicen o se sirvan de los conceptos siguientes: a) *Jurídicos*, como son los vocablos de préstamo y alquiler, b) *Biológicos*, como los de gestación, útero y matriz y c) *Funcionales*, como los de portadora, suplente, substituta y sustitución, subrogada y subrogación.”⁷

De todas las denominaciones anteriores, en primer lugar, rechazo rotundamente los términos que se refieren a *alquiler*, ya sea de útero o de vientre, pues el ser humano no se alquila ni se renta, es decir, *el cuerpo humano no debe*

⁵ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 181.

⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 22.

⁷ *Ibidem.*, p. 23.

ser objeto de comercio; además de que resulta cierto, al menos en mi opinión, que un suceso de semejante trascendencia que constituye una relación íntima y directa entre la mujer gestante y el bebé, no debe ser delimitada a una parte del cuerpo como espacio rentable, ya que la mujer durante esta etapa compromete todo su cuerpo y toda su voluntad, es decir, la mujer gestante vincula y compromete todo su organismo durante el embarazo y no solo su útero, su vientre o su matriz.

Por otro lado, el término *gestación*, pese a su aparente fuerza, no resulta muy adecuado, porque como ya dije en el párrafo precedente, la mujer compromete todo su cuerpo y toda su voluntad, y en la denominación de *gestación subrogada* o *sustituta*, caemos en el mismo mal que los términos anteriores, pues con este vocablo se limita esta función a la *gestación*, sin vincular a la mente y al espíritu, sino que solo vincula una parte del cuerpo.

Ahora bien, “el vocablo *préstamo*, debido al carácter de contrato real que presenta en nuestro Derecho, derivado del Derecho Romano, cuyo contenido consiste precisamente en la entrega de una cosa mueble o dinero, con la correspondiente obligación de devolución por parte del prestatario, se aviene mal y resulta de difícil aplicación al supuesto de recibir un embrión o ser inseminada una mujer con el exclusivo fin de gestar y parir la criatura así engendrada para entregarla a los solicitantes, sea con remuneración o sin ella. Otro tanto ocurre con lo referente a alquiler o arrendamiento, que contiene entre sus elementos esenciales la idea de un precio cierto y determinado o determinable, que aquí puede faltar. Hemos de ver más adelante como la gratuidad se presenta en algunos casos, y de ello se hacen eco los medios de comunicación social, refiriéndose a estas gestaciones altruistas o desinteresadas para otra mujer, bien por motivos de afecto familiar o por otras razones.”⁸

“Los vocablos *suplencia*, *sustitución* y *subrogación*, que prácticamente vienen a ser equivalentes en su significado, en el sentido de poner o colocar a una

⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu, ob. cit., p. 23.

persona en el lugar o posición de otra, tan sólo serían aplicables de forma parcial. En el caso de aportación por la mujer contratada a esta técnica, de sus óvulos y útero, pudiera hablarse en puridad de sustitución, pero difícilmente podrían comprenderse los otros casos, considerados típicos, por otra parte, en los que dicha aportación es exclusivamente uterina.”⁹

José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu en su libro “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español,” ponen de manifiesto su postura diciendo lo siguiente: “aunque la designación de ‘*madre portadora*’ pueda implicar de algún modo un galicismo, una imitación del vecino país, por traducción de su ‘*mere porteuse*’, entendemos que es la más adecuada para designar en su proteica morfología este complejo fenómeno y por ello la seguimos aquí, reconociendo en todo caso que no constituye algo definitivo que arrumbe otras posibles designaciones que aparezcan o que, incluso ya aparecidas y existentes, se impongan por el uso, supremo legislador en materia terminológica.”¹⁰

No estoy de acuerdo en designar a esta práctica con el término de maternidad portadora, pues es vago y no específica de entrada, que es lo que se porta, además de que la expresión por si sola no nos dice nada del tema a tratar.

Entre todas las denominaciones anteriores prefiero la de “*maternidad subrogada*,” sin detrimento de una futura y más precisa designación, porque tal expresión representa una función real que destaca con más certeza la técnica que estamos tratando, esto, en virtud de que al hablar de *maternidad o madre*, entendemos una vinculación directa y general del producto de la gestación con todo el ser de la mujer, sin perjuicio de delimitar solo una porción de su cuerpo. Por otra parte, entre los términos funcionales, prefiero el de *subrogación* en cuanto al significado de poner o colocar a una persona en el lugar o posición de otra.

⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 24.

¹⁰ Idem.

Aclarando lo anterior, es pertinente decir que la subrogación se entiende desde dos puntos de vista: de su significado y de lo que indica la ley, de los cuales el que nos interesa es el que alude a su significado. El término *subrogación* en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra. De esta manera al hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Dicho de otra forma la maternidad subrogada es la sustitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a la mujer gestante la connotación de madre. Esto resulta importante aclararlo debido a que suele creerse que la subrogación a la que se refiere la maternidad subrogada es la que menciona el Código Civil, y no es así, porque éste señala que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, toda vez que esta figura no tiene como finalidad que la mujer que contrata sea sustituida por otra contratante; en consecuencia, de acuerdo con el principio general del derecho que dice que *“las palabras deben entenderse de la materia de que se trata,”*¹¹ la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, sin atribuirle lo que indica el Código Civil.

Por otro lado, la maternidad es aquella relación que existe entre la madre y los hijos, de esta manera madre no solo es la persona de la que provenimos genéticamente, ni tampoco aquella que nos gestó, sino que madre será aquella mujer con la que estemos unidos por todos aquellos lazos tanto biológicos como sentimentales, es decir, la mujer que habiéndonos cargado en su vientre nueve meses, nos quiere, cuida, educa y alimenta. Pero cuando todas esas funciones están divididas, como en el caso de la maternidad subrogada ¿a quien se le debe considerar madre?. Es cierto que madre significa mucho más que matriz y que parto, pero también es cierto que el vínculo que se crea con el bebé durante el embarazo puede marcar a una persona para toda su vida, es por ello que no debe

¹¹ http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=seminario_internacional&file=principios

permitirse la división de la maternidad.

A manera de conclusión reitero que de todas las denominaciones que existen para designar a la práctica, mediante la cual una mujer solicita a otra que geste para ella un embrión y a su nacimiento se lo entregue, el que acepto es el de *maternidad subrogada*, término que viene de la traducción de la expresión inglesa “*surrogated motherhood*.”

2.1.2 Conceptos y realidad social.

Los avances realizados en las técnicas de reproducción asistida, a través de la inseminación artificial y la fecundación in vitro con todas sus variantes (ya expuestas en el capítulo primero), han hecho posible el hallazgo de una figura que hasta hace aproximadamente tres décadas era impensable, nos referimos a la *maternidad subrogada*, de la cual expondremos algunos conceptos a continuación.

Jaime Vidal Martínez la define diciendo: “Llamamos madre sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Como se ha señalado, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante ¿contrato? ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.”¹²

A su vez “*Keane* define la maternidad subrogada como el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya

¹² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 180.

custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.”¹³

No estoy de acuerdo con los conceptos anteriores, ni tampoco con los de todos aquellos autores que definen a la maternidad subrogada en el mismo sentido, es decir, como la práctica o el contrato por medio del cual una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el semen del hombre de la pareja que la ha contratado, para que gesté y de a luz a un bebé, el cual, una vez producido el nacimiento deberá entregar a la pareja que la contrato, renunciando a todos sus derechos materno-filiales sobre el nacido. Como podemos darnos cuenta, el producto de esta inseminación será hijo genético de la mujer que lo gestó; en consecuencia, la realidad indica, que lo que aquí existe es una venta del propio hijo revestida con otra terminología para que sea aceptada socialmente.

Por otro lado, “según dice *Zannoni*, se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregarán –gratuitamente o por precio– al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.”¹⁴

La maternidad subrogada o sustituida, se da en el caso expuesto por *Zannoni*, ya que en los conceptos proporcionados por Jaime Vidal Martínez y Keane, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado con el espermatozoides ajeno, en cambio, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

¹³ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 204.

¹⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 316.

Por su parte, *Jorge Eduardo Córdoba y Julio C. Sánchez Torres*, explican lo siguiente: “Desde el punto de vista estrictamente técnico, hay maternidad o gestación subrogada cuando el embrión de una pareja (padres biológicos) es implantado en el útero de una mujer (portadora), que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos. Y existe maternidad compartida cuando una mujer acepta ser inseminada con el semen del varón de una pareja, obligándose a entregar el hijo a ésta. Acá se produce la identificación de la madre portadora y de la biológica, de allí la improcedencia del término subrogada.”¹⁵

En este mismo sentido *Zarraluqui* expresa que la gestación de sustitución en realidad comprende dos figuras distintas: “1ª La gestación de sustitución, en sentido estricto, en que la productora del óvulo encomienda a otra mujer la gestación del embrión, del que la primera es madre genética, para que la gestante le entregue al hijo después del parto, y 2ª La maternidad de sustitución, en que el producto de la gestación se destina a su entrega a una mujer que será su madre legal o social, pero que tampoco es la productora del óvulo –que puede serlo la misma gestante o una tercera-, aunque normalmente el espermatozoide empleado procede del marido o conviviente de la madre beneficiaria.”¹⁶

Comparto la idea plasmada en los conceptos propuestos por *Zannoni* y por *Jorge Eduardo Córdoba y Julio C. Sánchez Torres*, toda vez que en sus percepciones hacen referencia a la verdadera subrogación y no a la venta de un hijo como se expuso en los primeros conceptos; es decir, estos autores definen de diferente manera a las dos modalidades más comunes de la maternidad subrogada, lo cual es acertado.

Adoptando la idea anterior formulo el siguiente concepto: *La maternidad subrogada es la práctica, por medio de la cual, el embrión de una pareja es*

¹⁵ CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2000, pp. 23 y 24.

¹⁶ ZARRALUQUI, Luis. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 158.

implantado en el útero de otra mujer, quien llevara a cabo el embarazo y dará a luz al bebé, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos después de su nacimiento.

En este concepto no incluí la palabra contrato porque puede realizarse a través de un convenio, tampoco mencione que la maternidad subrogada se realiza a cambio de una suma de dinero, ya que no es una generalidad, pues existen los casos en los que la madre subrogada es la hermana, la madre, la suegra, etc., y por tanto, lo hacen de forma gratuita para ayudar a la mujer que no puede tener hijos.

Al respecto, pueden darse diversos supuestos con relación a la procedencia del embrión que se va a implantar, pues puede provenir de la pareja que solicita el servicio, o de una tercera pareja, así mismo, puede ser que el espermatozoide sea del hombre contratante y el óvulo sea donado por otra mujer distinta a la esposa, etc.; todas estas modalidades las analizaremos en el apartado 2.1.4 del presente capítulo. Lo relevante aquí es que para que se de la maternidad subrogada el embrión no debe ser de la mujer que llevara a cabo el embarazo, ello así, porque si existe coincidencia entre la mujer que aporta el óvulo y la gestante, estamos en presencia de la maternidad compartida y además existe una venta del hijo propio, si hay de por medio una cantidad de dinero.

Por último, vale la pena precisar que en la práctica “de forma habitual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, y por medio de un contrato en el que se estipulan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir. En los Estados Unidos, donde se producen la mayoría de estos acuerdos, la práctica es facilitada por un tercero (el *broker*) que pone en contacto a las partes y gestiona el contrato. El *broker* selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes. En

compensación por sus servicios las parejas le pagan una tarifa sustancial, además del pago a la madre subrogada y de los gastos en que ésta incurra.”¹⁷

Realidad Social

Con lo poco que hemos visto, nos podemos dar cuenta que la realidad que nos circunda es alarmante, pues hoy en día aquella frase de que “madre solo hay una,” ya no es aplicable a la realidad que vivimos, la ficción nos ha alcanzado y ha quedado superada aquella expresión que por siglos fue acuñada en todas partes del mundo. Hoy en día ya es posible la división de la maternidad biológica, a diferencia de la paternidad biológica que siempre será una. La maternidad biológica ahora la podemos encontrar dividida en la maternidad gestante y la maternidad genética: la primera de ellas, es aquella maternidad que incumbe a la mujer que gesta un embrión ajeno a su genética, y la maternidad genética es aquella que le pertenece a la mujer que aporta su material genético, es decir, el óvulo que ha sido fecundado para su posterior implantación. Si bien, ambas maternidades pueden coincidir en la misma persona, no es el caso de la maternidad subrogada, porque como ha quedado apuntado en líneas que anteceden, se requiere esa disociación en la maternidad biológica para que se pueda hablar de maternidad subrogada. Pero además de estas dos maternidades puede existir una tercera, me refiero a la maternidad legal que le recaería a la mujer que ajena a las dos anteriores va hacerse cargo del bebé después de su nacimiento. Y por si esto fuera poco, los esquemas familiares pueden complicarse hasta los extremos, si se dan los casos en que la mujer que funge como madre subrogada es la hermana, la mamá, la suegra, la tía, la prima, etc. de la madre genética. Situaciones que quebrantan figuras como la de la filiación, en tal supuesto, correspondería al Derecho Civil dar solución satisfactoria a cada una de las problemáticas que pudieran surgir, teniendo en cuenta para ello todos los intereses enfrentados, incluyendo principalmente los de la futura descendencia,

¹⁷ LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 138.

aunque la tarea más complicada a la que se enfrentarían, es el otorgar un solo padre y una sola madre a la persona nacida por medio de esta técnica, sin vulnerar los derechos de ninguna de las personas implicadas.

2.1.3 Causas que la originan.

Existen varios motivos por los que se pretende justificar el recurrir a la maternidad subrogada. Por parte de la gestante, generalmente es por motivos económicos y excepcionalmente por motivos de altruismo. Por parte de la pareja contratante las causas pueden ser diversas; aunque si bien es cierto, las “*causas de esterilidad e infertilidad en la mujer*” (ver el apartado 1.2.1.1) son unas de las principales causas por las que los contratos de maternidad subrogada existen en diversas parte del mundo, pero veamos otras más a continuación.

Puede recurrirse a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:¹⁸

a) Cuando la mujer que puede ovular, es decir, que tiene bien sus ovarios y sus trompas, no tiene en buenas condiciones su útero, es entonces cuando se requiere a una mujer cuyo útero si está en condiciones propicias para que lleve adelante el desarrollo del embrión.

b) Cuando la mujer esta imposibilitada para retener el cigoto, ya sea por causas físicas o psicológicas.

c) Cuando la mujer padece alguna enfermedad grave o crónica, que aunque no la haga estéril, si crea un grave riesgo en su salud en caso de embarazarse.

d) Cuando se carece de ovarios y de útero (maternidad compartida).

e) Cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas, o bien para no transmitir alguna enfermedad (maternidad compartida).

¹⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, ob. cit., pp. 197 y 198.

f) Cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de la fecundación in vitro de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido.

g) O tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes que para ella pudiera suponer el embarazo por motivos profesionales, estéticos, etc.

Son muchas las causas por las que se puede recurrir a la práctica de la maternidad subrogada, pero el riesgo que se corre es que no sólo se da en estos casos, sino que este tipo de maniobras abre la posibilidad a que el encargo de niños se extienda al hombre o a la mujer solos, o a parejas de lesbianas o de varones homosexuales, sin menospreciar lo grave que sería que una persona recurriera a esta técnica solo por los inconvenientes que le pudiera ocasionar el embarazo, por tratarse de atletas, bailarinas de ballet, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos un contratiempo impertinente. Se trata, seguramente, de mujeres a quienes sus esposos demandan un hijo y ellas están dispuestas a complacerlos pero sin someterse a la incapacitación del embarazo, ya que cada vez más la maternidad para la mujer que trabaja significa algo terriblemente oneroso, pues en el mejor de los casos la aislará de su vida social una vez terminada su jornada laboral y, en el peor, la obligará a abandonar ese trabajo no cualificado que, sin embargo, la ha constituido en un ente social. De aquí que ese terrible, paulatino e inexorable descenso de la fecundidad que se está produciendo en todos los países, se deba en gran parte a la incorporación de la mujer a la actividad laboral, aunque también esta es una de sus máximas conquistas; pero esto no se debe a movimientos feministas como se suele creer, sino simplemente a la dinámica de nuestro sistema de producción.¹⁹

Por lo asentado con anterioridad, es que no debe permitirse en ninguna circunstancia la realización de la maternidad subrogada en México, ni en ningún otro país, ya que de dejar abierta la posibilidad se corre el riesgo de que se

¹⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, ob. cit., p. 5.

practique en situaciones alarmantes y poco deseables, además de que no debemos olvidar que se encuentra de por medio la vida y el bienestar de un ser indefenso a quien el derecho esta obligado a proteger.

2.1.4 Modalidades posibles.

Desde el punto de vista exclusivamente biológico puede nacer un hijo descendiente de los siguientes padres:

a) Semen del varón de la pareja, óvulo de una mujer diferente a la gestante, distinta a la mujer de la pareja: un padre biológico (el de la pareja) y dos maternidades biológicas no plenas, una gestante y otra genética (extrañas a la pareja).

b) Semen del varón de la pareja, óvulo de una mujer diferente a la gestante, que es la mujer de la pareja: un padre biológico (el de la pareja) y dos maternidades biológicas no plenas, una gestante (la de la pareja) y otra genética (extraña a la pareja).

c) Semen del varón de la pareja, óvulo de la misma mujer gestante, distinta a la pareja: un padre biológico (el de la pareja) y una madre biológica plena (extraña a la pareja).

d) Semen del varón de la pareja, óvulo de la mujer de la pareja, gestado por una mujer distinta: una paternidad biológica (la de la pareja), dos maternidades biológicas no plenas, una genética (la de la pareja) y otra gestante (extraña a la pareja). Desde nuestra opinión, esta es la autentica maternidad subrogada.

e) Semen de donante, óvulo de la mujer de la pareja, gestación por una segunda mujer: una paternidad biológica (extraña a la pareja), dos maternidades biológicas no plenas, una de gestación (ajena a la pareja) y otra genética (la de la pareja).

f) Semen de donante, óvulo de mujer diferente a la gestante, que es la de la pareja: una paternidad biológica (ajena a la pareja), dos maternidades

biológicas no plenas, una gestante (la de la pareja) y otra genética (ajena a la pareja).

g) Semen de donante, óvulo de una mujer diferente a la gestante, distinta a la de la pareja: una paternidad biológica (ajena a la pareja) y dos maternidades biológicas, una genética y otra gestante (ambas, ajenas a la pareja).

h) Semen de donante, óvulo de la mujer gestante, distinta a la de la pareja: una paternidad biológica (ajena a la pareja). Una maternidad biológica plena (ajena a la pareja).

i) Semen de donante, óvulo de la mujer gestante, que es la de la pareja: una paternidad biológica (extraña a la pareja) y una maternidad biológica plena (la de la pareja).²⁰

Considero que la auténtica maternidad subrogada se da en el caso del inciso d), en el que un embrión producto del óvulo y del espermatozoide de los integrantes de la pareja que desean al niño, es implantado en el útero de otra mujer, la cual estará a cargo únicamente de la gestación y del parto del bebé, porque después de su nacimiento deberá entregarlo a los padres biológicos, renunciando con ello, a todos sus derechos materno-filiales.

Caso contrario es el que se plantea en el inciso c), el cual, muchos autores definen como maternidad subrogada, pero yo no estoy de acuerdo con ello, porque lo que aquí existe es la venta del hijo propio; ya que una mujer ajena a la pareja acepta ser inseminada con el semen de un hombre casado para procrear un hijo, que una vez que haya nacido, la madre cederá la custodia a favor del padre biológico para que la esposa de éste pueda adoptarlo, todo esto, generalmente, a cambio de una cierta cantidad de dinero.

Hay que enfatizar que ante la posibilidad de la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos en mujer sola, a ésta podrían aplicársele las posibilidades de los incisos e) y f), puesto que

²⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 168 y 169.

al no existir pareja, no es posible hablar del varón de la misma, siendo los gametos masculinos –en estos casos de mujer sola– siempre de donante –con independencia de que éste sea o no conocido–.²¹

Si a esta larga lista se le unen las paternidades y maternidades de deseo o legales, que son las que en definitiva provocan esta realidad, la situación quedaría aún más complicada.

Y por si esto fuera poco, no obstante los problemas que ocasionarían todas las modalidades anteriores, debemos aumentar los casos en que la madre subrogada sea la hermana, la mamá, la suegra, la tía, la prima, etc., es decir, una mujer que tenga una relación de parentesco con alguno de los miembros de la pareja, ya sea del hombre o de la mujer. ¡Serio problema el que tendrían los legisladores para determinar la filiación en estos casos!. Sin olvidarnos también, de aquellos casos en que el óvulo o el espermatozoide donado, pertenezca, de igual forma a un familiar. Respecto a este tema, el periódico LA PRENSA público la siguiente noticia:

LA PRENSA, miércoles 2 de junio de 2004, pag. 32. MUJER DA A LUZ A SU PROPIA NIETA. Río de Janeiro, Brasil, 1º de junio (OEM-ANSA).- Una mujer de 53 años dio a luz a su propia nieta, hija biológica de su nuera y su hijo, en el hospital de Vila da Serra, en Nova Lima, región metropolitana de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais. La experiencia fue realizada a través de la técnica conocida como “útero de sustitución”, y es uno de los primeros casos registrados en el país, en el que la madre de la beba no es pariente de primer grado de la madre biológica. En diciembre del año pasado un caso similar tuvo lugar también en la capital mineira, cuando una mujer actuó como “útero sustitutivo” de una ex empleadora. Bianca, nombre del bebé, es fruto del embrión de su padre, el ingeniero civil Fabiano de Menezes, con el óvulo de su madre, la ingeniera en telecomunicaciones Veridiana do Vale. Veridiana carecía de útero pero ovulaba normalmente, lo que permitió la fertilización en laboratorio. Como la ingeniera no podía quedar embarazada, su suegra, Elizabeth das Sores Sales, de 53 años, se ofreció para “prestar” su útero. Elizabeth enfrentó un embarazado (sic) riesgoso, pero a pesar de su edad el domingo pasado tuvo un parto tranquilo, informaron hoy las autoridades del hospital. Apenas nacida, Bianca fue colocada en brazos de su madre biológica “para que de inmediato tuviera contacto de piel con su verdadera madre”, explicó Elizabeth. Durante la gestación de su suegra, Veridiana do Vale tuvo que realizar un trabajo especial para producir leche y ya está amamantando a la hija. Para registrar a la niña los padres biológicos tendrán que presentarse ante la justicia para solicitar el reconocimiento de la maternidad de Veridiana. De acuerdo al padre, la legislación brasileña no contempla casos de nacimiento en los que el útero es de la abuela paterna, y no existe parentesco en primer

²¹ Ibidem., p. 169.

grado. Antes de someterse a la técnica, la pareja tuvo que pasar por una evaluación psicológica y necesitó de una autorización del Consejo Regional de Medicina.

2.2 Problemas que genera esta práctica.

“Problemas que genera esta práctica,” título un tanto ambicioso para ser tratado dentro del tema de un capítulo, pues bien podría ser el tema a tratar de toda la tesis, pero debido a la complejidad que presenta la maternidad subrogada, decidí que el presente trabajo no se limitara solo a su problemática, sino que fuera más allá; es por ello, que solo dedico un apartado para tan complejo tema. Por lo tanto, debido a lo extenso del tema me veo en la necesidad de hacer mención solo a los problemas más relevantes y que más se han presentando en otras partes del mundo.

Evidentemente, debido a las técnicas de reproducción asistida y en especial a la maternidad subrogada, las situaciones que se plantean en el ámbito *ético, jurídico, psicológico y físico*, se perfilan un tanto dificultosas y en esa inteligencia es que requieren ser tratadas con suma prudencia, así como también interdisciplinariamente, es decir, con el auxilio de otras materias, ya que no podemos analizar este tema solo desde el ámbito jurídico, pues debemos estar en condiciones optimas de dar una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran a esta problemática.

Por tal motivo, la preocupación que me impulsa el día de hoy a realizar el análisis de la maternidad subrogada es la necesidad que existe en México de regularla de forma precisa para que no queden vacíos legales. Y en virtud de que el derecho es una institución que regula los problemas nuevos o supervenientes y siendo la maternidad subrogada una práctica que se ha multiplicado en los Estados Unidos, debemos tomar cartas en el asunto a favor del bienestar social, para eliminar las lagunas que existen en esta materia, lo anterior por la cercanía y la influencia que existe del país vecino a nuestro país, todo esto, con el fin de

perpetuar la institución más importante de la sociedad, “*la familia.*”

Pasemos ahora, a analizar en los siguientes cuatro subtemas los problemas que podrían suscitarse en nuestro país de no prohibir rotundamente la realización de la maternidad subrogada, y para ello me base en los conflictos que se han ido presentando en países en los que existe una flexibilidad respecto a su utilización, los cuales debemos evitar que se presenten en México.

Problemas éticos.

Antes de adentrarnos al tema, defino a la *ética*, como la ciencia que estudia el comportamiento humano, o bien, como el conjunto de normas que nos vienen del interior para saber si algo esta bien o mal.

Siguiendo la etimología de la palabra *ética*, la cual proviene del *griego ethos*, que significa costumbre, decimos que la *ética* es la ciencia que rige el comportamiento humano de acuerdo a las costumbres de cada sociedad. En este sentido analizare los problemas éticos que genera la maternidad subrogada, siguiendo los lineamientos de las costumbres de la sociedad mexicana.

Es importante resaltar que este tipo de normas existe en la conciencia de cada uno, y esto provoca que existan diferentes puntos de vista y por ende problemas en el momento de considerar las diferentes respuestas existenciales que ejercen las personas frente un mismo problema, esto se da debido al pluralismo que existe en las tendencias frente a un mismo acto, es decir, mientras que para algunas personas un acto es lo correcto, para otras es inmoral, por ejemplo el divorcio, el aborto, la eutanasia, la maternidad subrogada, etc. Nuestra postura dependerá en gran parte del país en el que nos encontremos, del tipo de sociedad y de valores que tengamos; por ejemplo, mientras que en Estados Unidos la maternidad subrogada es permitida por el tipo de ideología que tienen, en México, no debe ser aceptada por los valores éticos con los que se maneja la

sociedad mexicana, y por más que un individuo quiera salirse de ese rol social, la libertad humana no opera en gran medida en este campo, ya que todo sujeto está de cierta forma condicionado por una sociedad en la cual toda persona actúa bajo una presión social, cultural o laboral, aunque considerando a la ética y a la moral, permite conservar una conciencia, misma que reconoce a una persona actuar en base a un criterio propio. ²²

Como era de esperarse, paralelamente a los avances científicos y técnicos, se ha desarrollado una fuerte reflexión ética y moral en torno a los diversos problemas que plantea la maternidad subrogada, entre los cuales podemos plantear los siguientes: ¿Tienen las parejas estériles el derecho inalienable de tener un niño, sea cual sea el método y el costo para la sociedad y para ellos mismos? ¿Pueden los niños ser tratados como productos de conveniencia? ¿Puede comercializarse su reproducción? ¿Puede determinarse por contrato la maternidad? ¿Qué tan ético es querer ayudar a una hermana, madre o hija a gestar a un bebé para ella, a costa del propio niño? ¿Se justifica éticamente, el procedimiento utilizado en esta técnica y la implantación de un embrión en el útero de una mujer distinta a aquella a quien pertenece el material genético? ¿Qué criterio se debe seguir para determinar la maternidad, el genético, el gestante, el afectivo o legal?. Estos son solo algunos de todos aquellos problemas que plantea esta práctica, a los cuales se les debe dar respuesta de acuerdo a la ética con la que cada sociedad dirija sus valores, es por ello que en México la respuesta a los problemas planteados con anterioridad es de total rechazo a la realización de la maternidad subrogada, ya que la sociedad en la que vivimos es un tanto conservadora y tiene gran influencia de la religión, por tal motivo no estamos preparados ni cultural, ni ética, ni socialmente para aceptar este tipo de prácticas.

Ahora bien, la maternidad subrogada no goza de total aceptación, a pesar de que existen países en los cuales hay una flexibilidad en el trato a esta técnica; sin embargo, ha tenido desde el principio grandes detractores, en este sentido,

²² <http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic.shtml>

tanto en Europa como en América Latina ha habido una fuerte oposición de carácter ético a esta técnica, así como a las entidades que la promueven, ya que desde la perspectiva ética, se señala que no se puede aceptar la maternidad subrogada, porque hay una unidad de valor en la maternidad que aquí no se respeta, creándose una distorsión deshumanizadora. Así mismo, grupos moralistas han discutido los problemas entorno a esta técnica, manifestando su postura de total rechazo, en este mismo sentido se ha manifestado la iglesia católica.

“En Francia, el Comité Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud hizo público un texto el 23 de octubre de 1984, en el que se puso de relieve la ilicitud de tales prácticas, en cuanto suponen una cesión de niño y por tratarse de un contrato nulo por su objeto.”²³

“La Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación de la Congregación para la Doctrina de la fe, dada en 1987 en la Ciudad del Vaticano, al referirse a la fecundación artificial heteróloga (II, A, 3) pregunta: ¿Es moralmente lícita la maternidad sustitutiva?, añadiendo a continuación: No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.”²⁴

En consecuencia, sustento mi rechazo a la maternidad subrogada, en virtud del egoísmo que implica que para remediar una infertilidad se tenga que marcar al

²³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 72.

²⁴ *Ibidem*, p. 73.

niño con el trauma de tener dos o tres posibles madres. En esta situación es atender más a los intereses de los futuros padres que a los de la criatura, ¿y quien decide cual es poseedor del mayor derecho, los padres o el niño por nacer?. Además de que se pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar contratos al respecto, olvidándose que se trata de un ser humano el cual tiene los mismo derechos que las personas que están negociando respecto de él, simplemente que es un ser indefenso que no se puede defender por si solo y por eso es necesario que el derecho vele por sus intereses.

Asimismo, se debe reputar ilícita en todas sus formas esta práctica, no solo cuando conlleve un móvil de lucro, sino también en sus formas más generosas, ya que la generosidad que se da con otra mujer es a costa del niño, y por evitar el trauma de una mujer al no poder ser madre, se somete a la criatura a nuevos y mayores traumas. Y por si lo anterior fuera poco, la maternidad subrogada constituye un atentado a la dignidad de la mujer y al cuerpo femenino al ocuparse como incubadora para la gestación a cambio de una cantidad de dinero.

Igualmente, no debemos olvidarnos que el derecho de una persona llega hasta donde no afecte las garantías de otra, cosa que no ocurre aquí, ya que al ejercer la mujer su derecho a realizar una función de gestación, transgrede los derechos del niño por nacer, pues se le priva del derecho a ser concebido, gestado, traído al mundo y ser educado por sus propios padres. En este mismo sentido, ¿valdrá la pena que por no lesionar la libertad de una persona, se caiga en un retroceso cultural?. Esto es así, en virtud de que por más que se trate de enmascarar esta práctica, la realidad es que existe una utilización de los más débiles a favor de los más poderosos y lo más grave es que en una sociedad democrática se da la explotación de la clase inferior por la superior. Esta explotación se da por parte de la pareja contratante que generalmente muestra un status social, económico y cultural superior al de la persona que fungirá como gestante, y de permitir esto, estaríamos olvidándonos que esa explotación ya se

vivió en otra época y que nos costo décadas abolirla, en tal caso, como se dice usualmente, *“quien se olvida de su historia esta condenado a repetirla,”* lo cual no debemos consentir, pues estamos muy a tiempo de que en México no se realice esta práctica de forma in mesurada.

Y como si los esquemas planteados con anterioridad no fueran suficientes, debemos hacer mención a otra de las desviaciones que presenta esta técnica, me refiero a los casos en que la mujer que va a realizar la función de gestar al bebé, es familiar de algún miembro de la pareja, en tal supuesto los problemas éticos, jurídicos y psicológicos que se presentan son serios. Sin embargo, en los casos que se conocen y en los cuales ha mediado el factor solidario o el querer ayudar a una hermana, madre o hija, se producen problemas éticos y de identidad de papeles que ponen en tela de juicio la bondad y la generosidad de la técnica.

Todo lo mencionado con anterioridad, conforma los argumentos éticos para rechazar la realización de la maternidad subrogada, pero sobre todo, el argumento más importante para sostener la prohibición de esta técnica, es porque el perjudicado mayor resulta ser siempre el niño producto de esta negociación, al que el derecho esta obligado a proteger.

Problemas legales.

“A los problemas éticos se suman los problemas jurídicos con todas sus sutilezas, por lo demás necesarias, si se quieren proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados: las personas que solicitan el método, los hijos nacidos por el método, y los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas. La nueva realidad, es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces.”²⁵

²⁵ http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras16/notas2/sec_1.html

Claro esta, que esto ocurre en los lugares en los que existe algún tipo de regulación permisiva respecto a la maternidad subrogada, pero resulta indispensable tomar algunos de los supuestos jurídicos que se han suscitado en otras partes del mundo, para poder hacer un análisis jurídico de los posibles problemas legales que podrían plantearse en nuestro país.

Dentro de ésta gama de problemas que se podrían originar en México y que ya se han venido presentando en otras partes del mundo, los más significativos son los relacionados al tipo de contrato al que pertenece el *supuesto contrato de maternidad subrogada*, así como también los relacionados con la filiación de todas aquellas personas implicadas, sin olvidarnos de los principios jurídicos que en materia de sucesiones y de adopción vulnera la aludida práctica. En este orden de ideas, pasemos ahora a analizar cada uno de los problemas mencionados con anterioridad.

“Si hablamos de **contrato** una pregunta tenemos que hacernos: ¿De qué contrato se trata? Cabe pensar que se trata de un contrato de obra en el que la obligación consiste en crear un bebé, ya sea a partir de material genético donado, ya sea propio; pero también puede pensarse que se trata de un contrato de alquiler, en el que lo que se alquila es el vientre, o de un arrendamiento de servicios.”²⁶ Pero antes de formular cualquier conclusión respecto del tipo de contrato al que pertenece la maternidad subrogada, debemos analizar si nos encontramos ante un *verdadero contrato*.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento y II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Tal parece que respecto al consentimiento no existe mayor problema, ya

²⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 168.

que ambas partes al celebrar el supuesto contrato, es decir, la madre subrogada y la persona o pareja que solicita sus servicios, manifiestan expresamente su consentimiento de llevar a cabo tal práctica. El problema radica en el objeto materia del contrato. Algunos doctrinarios consideran que el objeto consiste en la gestación, en cambio, para otros, el objeto del contrato es el producto del embarazo, es decir, el bebé. Para mí el objeto lo conforma tanto la gestación como el bebé, como un todo indivisible; pues si consideráramos que el objeto es solo la gestación, ¿a donde quedaría el producto de dicha gestación?, y si solo consideráramos como objeto del contrato al bebé, ¿dónde queda la gestación, propia de la maternidad subrogada?.

En este sentido, el artículo 1825 del citado código refiere que la cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza. 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3° *Estar en el comercio*. Asimismo, el artículo 1830 del mismo ordenamiento legal, señala que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. De igual forma es aplicable el principio general del derecho que dice que “*el argumento que se toma del absurdo no es valido en derecho.*”²⁷

Por lo anterior, sustento que el contrato de maternidad subrogada es inexistente, ya que su objeto es ilícito, porque no puede ser objeto de contrato algo que está fuera del comercio, como es el cuerpo humano (*res extra commercium*). Luego entonces, al carecer de objeto dicho contrato, le falta uno de los elementos esenciales de todo contrato; por tanto, es inexistente y no puede producir efectos jurídicos. Por su parte, la obligación contraída por la mujer que alquila, arrienda, cede, etc. una parte de su cuerpo mediante remuneración, constituye un atentado a su integridad física y no puede atentarse contra ésta, principalmente en materia de salud, más que con un fin terapéutico o con un fin de interés general.

Ahora bien, volviendo al planteamiento que hice al inicio del tema, en

²⁷ http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=seminario_internacional&file=principios

cuanto a lo siguiente: ¿De qué contrato se trata?, la respuesta deriva de los preceptos citados anteriormente; por lo tanto, si el contrato de maternidad subrogada es inexistente, no se puede incluir en ningún tipo de contrato, y no vale la pena hacer un análisis infructuoso tratando de encuadrarlo en alguno de los contratos existentes, por carecer de uno de los elementos esenciales para la existencia de todo contrato, y al ser inexistente el derecho no le reconoce efectos jurídicos.

“En la doctrina italiana, las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con el Instituto de Adopción. En Holanda, la mayoría de la doctrina estima que el contrato de maternidad de sustitución es nulo, debido a que su causa es ilícita. Si la madre subrogada recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregará a la pareja contratante, se considera que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral. En Puerto Rico, se considera que el contrato no es válido, porque el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y porque es ‘contrario al orden público’ acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca, para que otra persona lo adopte.”²⁸

Siguiendo la idea de Maria Carcaba Fernández, para sustentar la ilicitud de estos contratos podemos alegar los siguientes argumentos. El contrato de maternidad subrogada es ilegal porque:

1. Va en contra del orden público, pues ello supone disponer de un ser humano.
2. Es contrario a la ley pues su objeto no puede ser materia del contrato, por no estar dentro del comercio.
3. Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, pareciéndose a un contrato de prostitución.

²⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 208.

4. Muchas veces supone un fraude a las normas de la adopción.

5. Cae dentro del imperio del Derecho Penal, pues se acerca a la compraventa de niños, incita al abandono de los mismos, y en ocasiones lleva consigo un delito de suposición de parto.²⁹

Por su parte, Graciela Medina expone lo siguiente: “Existe consenso prácticamente universal acerca de la ilicitud de la celebración de contratos onerosos con tal finalidad –refiriéndonos específicamente al llamado ‘alquiler de vientres’– aunque hemos de reconocer que aún hoy continúa siendo fuente de fuertes discusiones su admisión cuando tal acuerdo es de carácter gratuito. Personalmente, nos hemos expedido afirmando que, en principio, la maternidad por sustitución es inmoral y contraria al orden público, por cuanto la misma no respeta el interés del niño, al mismo tiempo que disocia voluntariamente la maternidad, contrariando el orden público al generar inseguridades con respecto a la filiación, y disponer derechos indisponibles e irrenunciables. Ello amén de la ilicitud del ‘alquiler del propio útero’ –ya que se trata de un objeto que se encuentra fuera del comercio–, y de la inmoralidad insita en la recurrencia a tales procedimientos por parte de la madre genética que pretende evitar los ‘inconvenientes’ derivados de la maternidad.”³⁰

La realización de este tipo de contrato, a su vez, ha presentado problemas especiales en aquellos países donde existe una flexibilidad en sus normas, entre ellos podemos plantear algunas de las interrogantes más comunes:

- ¿Tiene la madre subrogada derecho a pedir un aborto, unilateralmente, sin consultar a la pareja contratante?
- ¿Puede la madre subrogada pedir un aborto sin consultar previamente a la pareja contratante o comitente, en caso de contraer una enfermedad, por efectos del embarazo, que pone su vida en peligro?
- ¿Qué ocurriría si la pareja contratante decide que la madre subrogada

²⁹ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, ob. cit., p. 169.

³⁰ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 377 y 378.

aborte y ésta se niega a practicarlo?

- ¿Se puede exigir a la madre subrogada que no fume, que no consuma alcohol, ni se drogue, en beneficio de la salud de la criatura que gesta?

- ¿Qué ocurriría si la pareja solicitante se divorcia o muere durante el período del embarazo?

- ¿Qué ocurre si la criatura nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante?

- ¿Qué ocurre si la madre subrogada se niega a entregar el niño y desea que éste sea pleno y legalmente suyo?³¹

Todas esas dudas e interrogantes se han ido planteando en los Estados Unidos, que es el país donde más contratos de maternidad subrogada se han realizado, pero también en todos aquellos lugares que en menor grado, pero que de igual forma se practica la aludida técnica. ¿Y como dar respuesta a estos problemas sin afectar los derechos de alguna de las personas involucradas, pues todos los involucrados son seres humanos y todos tienen los mismos derechos ante la ley?.

Otra de las figuras del Derecho Civil que se ha visto afectada por la maternidad subrogada es **la filiación**, la cual, respecto a la maternidad se decía que era un hecho que no se podía poner en duda, lo que no podía decirse respecto de la paternidad. Sin embargo, con el surgimiento de la maternidad subrogada, hoy en día, la maternidad también puede ser incierta, debido a que una mujer es la que gesta y da a luz al bebé y otra es la que aporta el material genético, pudiéndose dar el caso que una tercera mujer sea la que lo vaya a cuidar, educar, etc. Esta situación plantea serios problemas además de los que ya hemos analizado, pues nos obliga a replantear el principio de filiación con relación a la maternidad; al respecto ¿será jurídicamente válido que se le prive de su derecho a una de las mujeres que intervienen en esta práctica, ya sea gestando al bebé o aportando su material genético?.

³¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, ob. cit., p. 206.

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

Ahora bien, si pese a considerar inexistente el contrato de maternidad subrogada (como quedo asentado en líneas que anteceden), éste tipo de maternidad se lleva a cabo y nace una criatura por medio de esta técnica, ¿cómo determinaremos quién es su padre y su madre?.

En el Distrito Federal, en virtud de que no existe nada regulado respecto a la maternidad subrogada, tendríamos que seguir los lineamientos establecidos actualmente en la legislación; por ejemplo: *si la madre subrogada es casada*, se tendría que seguir lo determinado por el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio y II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta 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.

Es decir, en primera instancia la paternidad y maternidad se imputará a la pareja compuesta por la madre subrogada y su esposo. En este caso, la presunción de paternidad operará tanto si el hombre hubiese expresado su consentimiento para que su cónyuge fuera madre sustituta, como si por el contrario, no hubiese sido parte en dicho contrato. Esto, porque para efectos legales, el hijo nacido durante el matrimonio se le reputa matrimonial. Frente a la atribución legal de la paternidad, el marido tiene la acción de impugnación.

Otro supuesto es aquel en el que *la madre subrogada es soltera*, en el cual,

la maternidad se le atribuirá a ésta, sin que la paternidad este legalmente determinada. Pudiendo reconocer, posteriormente, el padre biológico al hijo producto de esta técnica.

Claro esta que estas situaciones se complican en aquellos países donde se permite que se realice esta práctica, ya que son muchos los supuestos que se dan y en ocasiones no tan acertadas las soluciones que se han aplicado a diversos casos en los que ha existido conflicto para dar cumplimiento al supuesto contrato de maternidad subrogada. Un ejemplo claro de estos conflictos se da en Estados Unidos, país que ha reportado el mayor numero de incidencias jurídicas en este tema, las cuales se han llevado hasta los tribunales y han sido muy sonadas internacionalmente. En el citado país, debido a la flexibilidad que existe para acceder a esta técnica, lo que se hace es que se contrata a una mujer que este dispuesta a fungir como madre subrogada y gestar el embrión de la pareja contratante, para que a su termino, ésta lo de en adopción a dicha pareja. Asimismo, otro supuesto muy cotidiano que se da, es aquel en el que la mujer que funge como madre subrogada no solo gesta al bebé, sino que además aporta su material genético junto con el del hombre de la pareja que la contrata, para que a su nacimiento la cónyuge del padre biológico solicite la adopción del hijo de su marido.

Otra de las hipótesis que se presenta en el campo de la filiación, es aquella en la que una “mujer gesta los hijos de su propia hija, engendrados a partir de óvulos de esta ultima y de esperma del esposo (abuela-madre): Este caso es eminentemente paradigmático, por la superposición y trastrueque de roles familiares. Jurídicamente hablando, la maternidad se determina a favor de quien sufre el parto, que en este caso es la abuela genética del hijo engendrado. Por tanto, si así lo desea, la abuela podrá obtener la inscripción del nacido como hijo y en tal caso el niño resultara hermano de su propia madre; o podrá dar en adopción a su hijo nieto a favor de su hija y de su yerno. Si la madre genética (hija de la parturienta) intentara la acción de impugnación de tal maternidad podría resultar sumamente compleja la realización de la prueba biológica de A.D.N., por cuanto

existen caracteres heredados de madre a hija que resultan comunes. Es decir, que si se plantea el caso, algunos biólogos dicen que resultara relativo el valor de estas pruebas cuyos resultados no serán de manera alguna concluyentes, si los genotipos de madre genética y abuela portadora tienen muchos caracteres en común.”³²

“Situándonos, entonces, en el caso de haber sido inscrito el hijo por la abuela portadora, la determinación de paternidad será a favor de su marido (abuelo genético del menor o abuelastro), si ella era casada. En tal circunstancia, el padre genético únicamente podrá atacar la paternidad determinada, intentado la acción de impugnación de maternidad previa del art. 262 del C.C., la cual, por tanto, hará caer el carácter de la filiación. Si la abuela-portadora era soltera o viuda, el hijo nacido podrá ser reconocido por el padre genético o por un tercero, aunque en este último caso el reconocimiento podrá ser impugnado por todo aquel que demuestre un interés legítimo.”³³

En España la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA), señala en su “artículo 10.2: La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Esta postura legislativa es coherente con el criterio adoptado en el número 1 del mismo artículo, declarando nulo el denominado contrato de gestación. La cuestión, desde el punto de vista teórico, se plantearía en los siguientes términos: quién sería realmente la madre del hijo así nacido, si la dueña del óvulo fecundado o la que alumbró la criatura. La LTRA ha optado, desde el rechazo a estas técnicas, por el principio clásico en nuestro Derecho: se presume madre a la que dé a luz, y la maternidad queda, en todo caso, determinada por el parto y es inimpugnable.”³⁴

Sin embargo, concluye el número 3 del artículo 10, de la citada ley: queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre

³² LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. *Procreación humana Artificial: Un desafío bioético*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 323 y 324.

³³ *Ibidem.*, p. 324.

³⁴ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 161.

biológico, conforme a las reglas generales.

De acuerdo con lo anterior, si se llegase a plantear un conflicto entre las mujeres que intervienen en esta técnica, vale la pena volver a replantearnos una de las preguntas iniciales ¿será jurídicamente válido que se le prive de su derecho a una de las mujeres que intervienen en esta práctica, ya sea gestando al bebé o aportando su material genético?.

A continuación enuncio algunos de los posibles problemas que en materia de **sucesiones** podrían originarse. “Así por ejemplo, con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación post *mortem* se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala la ley (Art. 324, frac. II, del Código Civil para el Distrito Federal) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges. La interrogante que surge es que en el caso de que la viuda probara que fue fecundada con semen de su esposo ¿podría calificarse a ese hijo como fuera de matrimonio? Además, los hijos que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia son incapaces de adquirir por testamento a causa de su falta de personalidad jurídica (Art. 1314, del Código Civil para el Distrito Federal) con lo cual el hijo póstumo quedaría excluido. ¿Es justa esta situación para el hijo? Por otra parte, creemos que la respuesta que se dé a la pregunta anterior lleva implícita una toma de posición con respecto a la noción misma de personalidad jurídica porque si bien la ley reconoce que existe personalidad desde el momento de la concepción Art. 22, del Código Civil para el Distrito Federal, ‘...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...’ que se confirma con los artículos 1314, 1638, 1391 y 2357, del Código Civil para el Distrito Federal, que corresponden a la posibilidad de que el concebido sea heredero, legatario o donatario, y con el artículo 329, del Código Penal, que define al aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de su preñez; sin embargo, de aceptarse que el hijo póstumo tuviera igual derecho que los demás hijos a disfrutar de la herencia creo que

habría que pensar en alguna excepción al artículo 1314, del Código Civil para el Distrito Federal ya citado, reconociéndole personalidad antes de la concepción con la sola existencia del semen del marido y la voluntad de los cónyuges para la inseminación. Esta situación ¿es posible, jurídicamente?.”³⁵

Asimismo, partiendo del supuesto de que la maternidad subrogada fuera permitida, se podría presentar el caso de que el esposo padeciera de algún tipo de esterilidad y la esposa fuera infértil, motivo por el cual recurren a la subrogación materna utilizando el óvulo de la mujer infértil y el esperma de un donador, pero iniciándose el proceso el marido muere manifestando por escrito su voluntad para que ambos fueran padres por medio de esta técnica y aceptando todos los derechos y obligaciones derivados de la paternidad. ¿Tendrá derecho a ser parte de su herencia ese bebé, que aunque no es su hijo biológicamente él acepto esa paternidad?. Graves problemas a los que se enfrentarían los jueces para resolver estas situaciones.

Por ultimo, dentro de los problemas legales hablare de **la adopción**, como otra de las figuras que se ve quebrantada con la maternidad subrogada. Esto es así, porque en Estados Unidos cuando ha nacido un bebé producto de esta técnica, el procedimiento a seguir es que la esposa del padre biológico o la dueña del óvulo con el que se formo el embrión que gesto la madre subrogada, adopta al bebé recién nacido, aunque bien puede ser su madre genéticamente.

Serio problema se presentaría en México con la situación anterior, ya que las personas que estuvieran interesadas en adoptar un niño, eligieran tener una adopción segura desde la gestación del que seria su hijo, y quedaría relegada la adopción de los niños que tiene una edad más avanzada, presentándose con esto una discriminación, como ya se ha presentado en nuestro país, de los niños mayores de 6 u 8 años, ya que por lo general la mayoría de la gente que va

³⁵ http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras16/notas2/sec_1.html

adoptar, busca que el niño sea lo más pequeño posible, lo cual le permite que el bebé no se entere que es adoptado, a diferencia de los niños ya mayorcitos.

Pero ¿es posible la adopción prenatal?. Hasta la fecha la figura de la adopción supone al menor ya nacido (comprendido en el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal) pero aquí estamos hablando de un embrión. Por lo tanto, o se inventa una nueva figura jurídica, o se extiende la posibilidad de la adopción hasta el embrión.

“Algunos autores consideran que la adopción es la única forma de asumir la maternidad, por la mujer de la pareja comitente. Al respecto, se señala que la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo, implica necesariamente que la única forma de asumir la maternidad en estos casos, por quien desea hacerlo, es la adopción, tanto si de esa persona procede el óvulo, como si no es así, y procede de la gestante o de una tercera mujer.”³⁶

Hasta aquí he analizado las cuatro figuras jurídicas en materia civil que se ven más afectadas por la presencia de la maternidad subrogada, y de las cuales se han presentado diversos conflictos jurídicos que han llegado hasta los tribunales en otras partes del mundo.

Por otro lado, las interrogantes que he venido planteado, las he formulado con la finalidad de que hagamos conciencia respecto a si esas situaciones queremos que se presente en México, sumándolas a todos los problemas que se viven actualmente, propios de un país en vías de desarrollo.

Problemas psicológicos.

Otros de los problemas que genera la maternidad subrogada, son los de

³⁶ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 230.

carácter psicológico, los cuales afectan principalmente al niño, a la madre gestante y de cierta forma afecta a todas aquellas personas involucradas.

Con este tipo de problemas se extiende la lista de los inconvenientes que genera la práctica de esta figura, pero reiteramos nuevamente, que las situaciones que plantearemos a continuación son solo algunos de los muchos problemas que pueden suscitarse en la práctica, ya que no podemos predecir a ciencia cierta todos y cada uno de los conflictos que se pueden causar; lo importante es resaltar que se desconoce la magnitud de las consecuencias que traen aparejadas las nuevas técnicas de reproducción asistida, especialmente, en el ámbito psicológico y físico, pues éstas se irán presentando en el transcurso del tiempo en aquellos lugares donde se realiza la referida técnica, lo que sí se debe tener muy en cuenta es que podrían alcanzar efectos inimaginables.

La maternidad subrogada habrá la posibilidad de “que un niño sea hijo de una, dos o tres madres, a veces independiente de que esté viva o muerta: nos encontramos con la madre genética (dueña del óvulo), la madre gestante o portadora (dueña del útero), y la madre legal (que puede coincidir o no con la de la lactancia); y con uno o dos padres: el genético, dueño del esperma, y el legal, que proporciona el nombre y sostiene la función.”³⁷

“Así, las posibilidades familiares que se abren son múltiples. Nos podemos encontrar con que un bebé probeta puede tener como padres a dos personas del mismo sexo; como madre biológica a una mujer virgen, postmenopáusica, o incluso de otra raza; tener como único padre donante la mezcla del esperma de tres hombres, o compartirlo con decenas de otros niños fecundados por él.”³⁸

Frente a todas estas posibilidades se genera una arriesgada confusión de papeles entre los involucrados. “Si bien algunos adultos podrán asumir dicha confusión, ello es más dudoso en el caso de los niños. ¿Podrá comprender un

³⁷ TURBET, Silvia. *Figuras de la madre*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996, p. 311.

³⁸ *Ibidem.*, p. 312.

niño que su abuela es la mujer que lo llevó nueve meses en su vientre y que luego se lo entregó a su madre-hermana sin sentir abandono o que ha sido regalado por su propia madre?”³⁹ ¿Que repercusión tendrá sobre la vida psíquica de una persona el hecho de tener un origen biológico repartido? ¿Qué pasaría en el caso de que el niño crezca no sabiendo su identidad y a una edad avanzada se entera?.

Dando una posible respuesta a la última interrogante, la probabilidad nos indica que lo que el niño sentirá al momento de enterarse de su verdadero origen, será un total rechazo hacia sus padres y la confusión más terrible que pudiera experimentar al no entender que él no nació de un proceso natural, y además, de que no solo tiene una madre, sin olvidarnos de todas las burlas e incomodidades a las que se tendría que enfrentar ante aquellas personas que sepan su origen.

“Ante estas distintas formas de maternidad sustitutiva hay que reflexionar en primer lugar sobre el bienestar del niño afectado, pero también sobre los riesgos en la salud de las personas implicadas. Aunque falten, por motivos obvios, estudios de seguimiento a largo plazo, parece que la reciente investigación atribuye considerable importancia a la relación entre la gestante y el feto que va creciendo para el desarrollo posterior de éste. Con ello queda implícito y programado un conflicto en la maternidad subrogada, y eso en detrimento del niño: Si, por una parte, se establece durante el embarazo una fuerte vinculación afectiva entre la madre gestante y su hijo, existe el riesgo de que dicha relación no pueda anularse del todo en el futuro.”⁴⁰ En alguna ocasión hemos escuchado aquel mito de “los lazos de la sangre,” pero no solo es un mito, es una realidad que en el plano biológico durante la etapa del embarazo existe una vida sensorial activa, la cual es estimulada por el comportamiento materno, a esto es lo que se le llama instinto maternal.

³⁹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, ob. cit., pp. 203 y 204.

⁴⁰ BARBERO SANTOS, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989, p. 283.

Por su parte, la persona que realiza la función de gestación, es decir, la madre subrogada también experimenta diversos trastornos psicológicos al entregar a su hijo, ya que ella lo gesta, aunque el material genético proceda de otra persona, pues ya explicábamos la interacción de esa vida sensorial que es estimulada por la mujer que gesta al embrión. Sin embargo, al sufrimiento de la madre sustituta por la obligación adquirida de entregar al niño a la pareja comitente o solicitante, debemos sumarle que en caso de no cumplir con esa obligación contractual, ésta será presionada por la pareja comitente promoviendo un juicio ante el tribunal correspondiente, aumentando mayor estrés a la situación.

El aspecto psicológico ha demostrado la frustración que siente la madre subrogada de entregar al niño, así como el sentimiento y la culpabilidad que son aspectos que siempre van a permanecer vivos en ella al sentirlo como hijo suyo y que ahora esta con sus padres biológicos.

Asimismo, si la mujer que actúa como madre gestante es casada, pudiese experimentar el rechazo de su esposo pues lleva en su vientre un hijo que no es de él, a más de todos los conflictos que se pudieran generar entre pareja, porque aunque el esposo de su consentimiento no puede prever su reacción ante tal situación.

“Este carácter obsesivo y excluyente del deseo de tener hijos tiene por escenario un profundo, y a veces oculto, aislamiento psíquico, que el psicoanálisis designa con el término técnico de narcisismo. Hay mujeres que encuentran su suprema autorrealización en la vivencia cumbre que representa para ellas el embarazo. Una investigadora de altas dotes estaba dispuesta a sacrificar su renombre profesional a un embarazo; hacía años que luchaba por ese embarazo, pese a que ya tenía un hijo adoptivo. Preguntada (sic) por qué deseaba, además, tener un hijo propio, su respuesta fue: ‘Para gozar de la gestación.’ En este caso no se trataba, por tanto, del hijo propio, sino de experimentarse a sí misma y autorrealizarse en el embarazo como mujer, un deseo de suyo perfectamente

legítimo, pero que en este caso, sentido como imperativo absoluto, la llevó a la vía muerta del aislamiento.”⁴¹

Sin embargo, si bien es cierto que las mujeres tenemos derecho a ser madres y hacer todo lo posible y permitido por la ley para conseguirlo, *no debemos confundir esa libertad de procrear con el afán posesivo como un derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento a toda costa, por encima de todos los problemas que genera la maternidad subrogada.*

Problemas físicos.

Los riesgos en la salud de la mujer que va a utilizar alguna de las técnicas de reproducción asistida, especialmente de la maternidad subrogada, así como las consecuencias que podrían generarse en la criatura que sé esta formando en el vientre de dicha mujer son aún inciertas e impredecibles, es por ello que la tarea de los investigadores esta enfocada a determinar cuales son los riesgos que generan todos estos procedimientos alternativos de reproducción; sin embargo, algunas de las consecuencias ya sabidas de estos procedimientos son: el síndrome de hiperestimulación ovárica que puede resultar peligroso y grave para la vida de la mujer, al recibir un tratamiento desmedido con hormonas. También, una punción ovárica mal realizada o infecciones en la pelvis pueden comprometer la salud, y no se diga de los errores en la manipulación de los embriones y las complicaciones en los embarazos múltiples (para evitar que se produzcan se recomienda que sólo se implante tres cigotos), que por lo general resultan en nacimientos prematuros con inmadurez pulmonar y riesgo de daño neurológico.⁴²

“Por otra parte, y como suele suceder en la gestación por móvil lucrativo, si predomina la sensación en la madre de ser un mero ‘vehículo’ para otros, existe el peligro de que la madre subrogada no adapte sus hábitos (por ejemplo, en el

⁴¹ BARBERO SANTOS, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, ob. cit., pp. 48 y 49.

⁴² <http://www.revistavertigo.com/historico/13-3-2004/reportaje8.html>

consumo de alcohol y nicotina) a las necesidades psíquicas y físicas del feto que está gestando, del mismo modo que suele normalmente hacerlo una madre que piensa quedarse con su hijo.”⁴³

Este tipo de percances se podrán evitar al elaborarse una legislación que regule los procesos de reproducción asistida, certifique al cuerpo médico calificado y vigile la sanidad de las instalaciones, quirófanos y equipamientos donde se aplicarán dichas técnicas, legislación que deberá transitar al parejo del avance científico y tecnológico sin perder de vista los aspectos técnicos, médicos, jurídicos y bioéticos.

Finalmente, por todo lo mencionado en este apartado y lo expresado a lo largo del presente trabajo, se debe legislar considerando ilícita en todas sus formas esta práctica, no solo cuando conlleva un móvil de lucro, sino también en sus formas más generosas y altruistas, porque la maternidad biológica no debe ser divisible y la capacidad de gestar debe ser intransferible y no permitir pactos ni contratos al respecto.

2.3 Repercusiones de la maternidad subrogada.

Muchos son los problemas que generan las técnicas de reproducción asistida, especialmente la maternidad subrogada, y por ende, muchas las áreas que se ven afectadas gracias al implemento de estos procedimientos en algunas partes del mundo; en este sentido, como veíamos en el apartado anterior, la maternidad subrogada genera diversos problemas, entre ellos los éticos, legales, psicológicos y físicos, por citarlos de manera general, en consecuencia, al generarse todos esos problemas necesariamente tendrá que haber repercusiones en diversos aspectos de la vida; por ejemplo, en el comportamiento humano, ya que con estas técnicas se ven quebrantados los valores éticos, morales,

⁴³ BARBERO SANTOS, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989, p. 283.

religiosos, etc. con los que se ha regido la sociedad mexicana desde hace muchos años, pues tocan fibras muy sensibles como lo es el considerar a un ser humano como objeto de comercio, además de atentar contra la dignidad de la mujer y de privarse a la criatura de su derecho a ser concebido, gestado, traído al mundo y ser educado por sus propios padres.

En el ámbito legal las principales repercusiones que se dan, se presentan en algunas figuras jurídicas las cuales se ven afectadas con la presencia de la referida práctica, tal es el caso de la filiación y con ella todos los esquemas familiares que se ven afectados, trastocando la institución más importante de la sociedad *la familia*, asimismo, se ve afectada la figura de la maternidad y la probanza de la misma, pues hasta hace algunas décadas la maternidad era un hecho invariable, permanente y que no era necesario probar, distinto a lo que ocurre hoy en día en los Estados Unidos, en donde se ha tenido que probar la maternidad biológica.

Otro de los campos que se ve afectado y donde quizá puede existir la mayor parte de las repercusiones, es el psicológico, pues con este tipo de maternidad se afecta al niño generándole diversos traumas, a la madre subrogada y de cierta forma se afecta psicológicamente a todas las personas involucradas. Sin olvidarnos de los riesgos físicos que se ocasionan y por consiguiente todas las repercusiones que se generan en la salud del niño y de la madre gestante, de las cuales ya hablamos más específicamente en el apartado anterior.

Sin embargo, y pese a todas las repercusiones que trae aparejadas esta técnica, la opinión acerca de su prohibición aún se encuentra dividida, ya que “en cuanto al tema de la maternidad sustituta, el 34.5% conviene en que una mujer que se encuentre imposibilitada de soportar el embarazo o el parto implante su embrión en el útero de otra mujer; el 38% considera que no debe aceptarse esta posibilidad; y el 27.5% no sabe si opinar a favor o en contra de esta situación.”⁴⁴

⁴⁴ <http://comunidad.vlex.com/dergenetico/LibDerGenC7.html>

Por ello se debe difundir este tema para que cada vez más personas tomen conciencia de las implicaciones que genera la subrogación materna y estén en condiciones de pertenecer al grupo que la rechaza.

Finalmente, frente a los panoramas planteados con anterioridad se deja en el tintero la siguiente pregunta para reflexionarla: ¿Podemos mantenernos como espectadores mudos ante todas las repercusiones que genera la maternidad subrogada, sin cuestionarlas, sin interrogarlas, sin pedir una prohibición absoluta?.

2.4 Criterios respecto a su prohibición.

“Los juristas que han tratado esta materia han manifestado de manera prácticamente unánime su rechazo a la gestación o maternidad subrogada. Cada autor plantea y realiza su estudio de acuerdo con los aspectos que elige, pero los argumentos doctrinales que suelen invocarse vienen a coincidir y pueden ser sintetizados de la siguiente forma.”⁴⁵

- De manera general se debe prohibir la maternidad subrogada para evitar que se suscite cualquiera de los problemas analizados en el apartado 2.2 del presente trabajo, es decir, problemas éticos, legales, psicológicos y físicos.

- Asimismo, sus detractores coinciden en que el niño es considerado como un objeto, que además está dentro del comercio, y bajo ninguna circunstancia el ser humano puede ser objeto de comercialización.

- Por otro lado, no podemos predecir el destino psíquico de los niños nacidos por estos métodos sin la mediación de un proceso natural, lo cual puede ser devastador.

- “Quienes rechazan este tipo de técnicas basan su oposición en que éstas son violatorias de la dignidad de la pareja, de la fidelidad conyugal y del derecho del niño a ser concebido, gestado, nacer y ser educado por sus padres, dentro de

⁴⁵ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 148.

estas líneas de pensamiento se suman otros argumentos tales como la violación de la dignidad y la responsabilidad materna.”⁴⁶

- “La maternidad subrogada ha sido rechazada por ciertos sectores, debido a que puede constituir una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, favorecida por la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo.”⁴⁷

- “En ella el móvil es el dinero y no el amor, lo que pervierte la relación que debe existir entre madre e hijo.”⁴⁸

- “En la práctica, lo más frecuente será que la pareja que encargue estos servicios presente un estatus social, económico y cultural superior al de la mujer gestante, con lo que se producirá una utilización de los más débiles a favor de los más poderosos, la explotación de las clases inferiores por las clases superiores en esta materia de carácter personalísimo.”⁴⁹

- De manera general está prohibida la mezcla de aportaciones genéticas, aspecto que aquí no se respeta, pues es indudable la influencia de la mujer gestante con el embrión que lleva dentro de su ser.

- Finalmente, es rechazada esta práctica por las variaciones que de ella puedan surgir, como lo es la posibilidad de utilizar mujeres clínicamente muertas como madres subrogadas, así como la utilización de la maternidad subrogada por parejas homosexuales; etc.

Siguiendo la línea anterior, “la maternidad subrogada ha dado lugar al rechazo por parte de los movimientos feministas, pues se considera que las mujeres son manipuladas como si fueran ganado. Gena Corea, por ejemplo, dice en su fascinante libro ‘*The mother machine*’ que la madre subrogada ha sido tenida simplemente como un recipiente del semen del hombre, como una incubadora, es decir, como un objeto. Se les paga por desempeñar una función biológica, la de gestar, olvidándose que ésta apareja sentimientos y afectos que

⁴⁶ CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2000, p. 42.

⁴⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 200.

⁴⁸ SÁNCHEZ MORALES, Ma. Rosario. *La manipulación genética humana a debate*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998, p. 189.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 190.

dejan huella en la mujer. Para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se ofrece dinero, lo cual ha venido configurando la maternidad subrogada como un oficio y hasta una profesión. En los Estados Unidos de Norteamérica se han creado agencias que contratan mujeres para esos menesteres, llegando al colmo de pensar en importar jóvenes de Oriente (Korea, Tailandia y Malasia), lo que significa internacionalizar el negocio. Las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o 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. Como vemos, este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo más, desfavorable moralmente, a la gestación substituta. Razón le 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, su consentimiento libre e informado obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre.”⁵⁰

Estos son algunos de los argumentos más comunes, citados por diversos autores al hablar de las causas que sustentan la prohibición de la maternidad subrogada, a los cuales me adhiero y hago míos, esperando que cada vez más, estos argumentos se hagan del conocimiento de otras comunidades y que lleguen a todos los sectores de la sociedad.

En el aspecto contrario, “los que aceptan la maternidad subrogada, lo hacen señalando que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedirles esta libertad de elección y decisión puede ser atentatorio a su derecho

⁵⁰ <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/MaternidadSubrogada.htm1>

a la maternidad y/o paternidad. Desde un punto de vista médico, se ha explicado que las mujeres estériles tienen derecho a que les solucionen su problema y, como la primera labor de un médico es ayudar en lo que se pueda para corregir esta patología, debe permitirse la maternidad subrogada ya que con ella se posibilita que sean madres mujeres imposibilitadas para ello. Al respecto, se señaló que, con este procedimiento, la mujer deja de ser estéril ‘a medias, porque tener un hijo que no ha sido llevado en el vientre es una solución parcial.’”⁵¹

Ante esta postura, reitero lo mencionado en líneas precedentes, donde comente que el derecho de un ser humano llega hasta donde no afecte el derecho de otro, cosa que aquí no se respeta, ya que al salvaguardar el derecho de la mujer en cuanto a la libertad de procreación, se quebrantan los derechos del niño; en tal caso, habría que proponerse en primer lugar como solución al problema de esterilidad o infertilidad *la adopción*, ya que *no podemos seguir jugando con la naturaleza, pues tarde o temprano ésta se cobrará todas las aberraciones que se le hagan.*

2.5 La adopción como alternativa para ser padres.

En el apartado 2.1.4 denominado “Modalidades Posibles,” destacamos parte de la gran diversidad de las modalidades que presenta la maternidad subrogada, y junto a ellas todas las aberraciones que podrían presentarse si se diera rienda a dicha técnica, afectando a todas las personas que participan en su realización; es por ello, que antes de que en nuestro país se realice de manera indiscriminada la referida práctica, debemos tener presente la posibilidad de adoptar un niño, quien ha nacido como producto de una relación sexual propia de la naturaleza de los seres humanos sin que la ciencia y la tecnología intervengan, y de esta forma estaríamos dándole una solución a dos problemas: se satisface el deseo de la mujer que quiere ser madre y disminuye el índice de niños que se

⁵¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, ob. cit., p. 202.

encuentra en una casa hogar o casa cuna, así como también se les daría la posibilidad a los niños de la calle de poder tener una familia.

Ahora bien, es interesante analizar el tema de la adopción como posible solución al problema de muchas parejas que están imposibilitadas para ser padres biológicamente, pues si lo que se quiere es realizar el deseo de tener hijos, la posibilidad de adoptar es una solución muy viable antes de utilizar alguno de los métodos más agresivos con los que cuentan las técnicas de reproducción asistida y los cuales ya analizamos en el capítulo primero del presente trabajo, entre ellos la maternidad subrogada; aunque si bien es cierto, estos métodos presentan una serie de ventajas sobre la adopción, entre ellas la posibilidad de tener un hijo con nuestra propia genética, pero al mismo tiempo representan mayores riesgos en la salud física y mental de la mujer y del producto.

Por ello, muchas parejas optan por la adopción una vez que cansadas de los dolorosos y costosos tratamientos médicos permitidos, la mujer es declarada médicamente estéril, pues es en ese momento cuando en su mente surge la figura de la adopción como posible alternativa para que la pareja pueda acercarse en lo posible a ser padres, ya que la adopción busca simular el hecho biológico de la filiación, por eso se dice que su principal objetivo es *el de integrar una familia, dándole a la pareja estéril la satisfacción de tener un hijo, y al niño la satisfacción de tener una familia*. En base a lo anterior es que debemos promover la adopción en México, antes de que las parejas que pudieran optar por ella, lo hagan por la subrogación materna como se ha venido haciendo en países del primer mundo, en los cuales antes que la adopción se tiene como alternativa la maternidad subrogada, es así que para no llegar a utilizar tan agresivo método, debemos estudiar la figura jurídica de la adopción para hacer los cambios pertinentes y posteriormente fomentar y difundir la cultura de la adopción, pues ésta, además de ayudar a la pareja estéril a acercarse en lo posible a la paternidad y a la maternidad, tiene la ventaja de permitir que se ayude a un menor desprotegido incorporándolo a un hogar donde se le dará la atención que se debe dar a un hijo,

y a la vez se disminuye la cifra de niños que se encuentran en casas hogar.

El panorama no es del todo alentador gracias a los miedos que existen por parte de muchas parejas para adoptar un niño, al respecto, la revista *Padres e Hijos* del mes de enero pasado, incluye un artículo sobre la adopción en el que menciona lo siguiente: “Hay una gran variedad de prejuicios que permean la cultura de la adopción en nuestro país, entre los cuales destaca el que se refiere a lo que podría pasar en caso de que el hijo adoptivo conociera algún día la verdad de su origen. Al respecto, Sonia Delgado enfatiza que el DIF siempre ha recomendado que el origen del hijo adoptivo no se mantenga en secreto. ‘Por experiencia sabemos que es mejor hablar con la verdad, de manera natural, desde el principio, además de darle al hijo adoptivo, en todo momento, la oportunidad de contar con apoyo psicológico, para que viva su proceso de la manera más sana y abierta posible’, apunta. Un segundo perjuicio es el que tiene que ver con el miedo a lidiar con genes extraños, y quién mejor para refutarlo que Silvia, una mujer de 39 años que recientemente recibió un bebé en adopción: ‘Se equivocan las personas que creen que por el hecho de tener sangre y carga genética diferente a la suya, un hijo adoptivo va a convertirse en un individuo problemático. Desde este punto de vista, entonces todos los delincuentes que vemos en las noticias, ¿serán hijos adoptivos? Y, en caso de que todos fueran hijos biológicos, ¿asumiríamos que, invariablemente, sus padres también son malvivientes? ¿Cuántas veces los padres de familia llevan una vida ejemplar, y sin embargo sus hijos biológicos tienen muchos problemas? La verdad es que no haya nada escrito; cualquier hijo, adoptivo o biológico, puede presentar a lo largo de su vida un problema de conducta, de salud o de lo que sea, siempre y cuando concurren todos los factores (no sólo los genéticos), capaces de desencadenarlo.”⁵²

Sin embargo, aunque la adopción es una excelente solución debemos ser conscientes que a pesar de las reformas que sufrió dicha institución en mayo del 2000, todavía hay mucho por hacer, ya que si los trámites para adoptar un niño

⁵² FERNÁNDEZ, Flor Angélica. *Guía completa para adoptar a un niño en México*, en revista “*Padres e Hijos*,” Enero 2007, Año XXVIII, No. 01, México, p. 26.

fuesen verdaderamente expeditos, un mayor número de parejas con esta necesidad la tomarían como una solución a su problema. Dentro de los cambios que debe sufrir dicha figura no debemos olvidarnos de crear los mecanismos adecuados que se encarguen de vigilar el desarrollo de las criaturas, para evitar que se acrecenté otro de los graves problemas que tienen los países latinoamericanos en relación a los niños, como lo es el tráfico de menores.

En consecuencia, considero inadmisibles que en otros países la maternidad subrogada goce de un marco jurídico permisivo, pues si las parejas imposibilitadas para ser padres realmente desean desempeñar este rol, deberían de hacerlo con esos miles de niños que están solos y necesitados de un hogar, pues la adopción puede cubrir la soledad de una pareja y darle la posibilidad de trascender como padres a través del niño que se adopta, al tiempo que se protege al indefenso, disminuyendo las altas cifras de niños abandonados que se encuentran bajo la custodia del DIF.

2.6 La maternidad subrogada como fenómeno social.

Los avances científicos y técnicos en el campo de la biotecnología han hecho posible el desarrollo y la utilización de *técnicas de reproducción humana asistida* hasta hace poco insospechadas; este progreso de la ciencia en el campo de la fertilización y de las nuevas formas de procreación en el género humano ha planteado una nueva realidad social a la que hoy tenemos que hacer frente, me refiero a la creación de la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida "*la maternidad subrogada*," a la que defino, como la práctica por medio de la cual el embrión de una pareja (padres genéticos), es implantado en el útero de otra mujer (madre subrogada), quien llevara a cabo el embarazo y dará a luz al bebé, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos después de su nacimiento.

De dicha definición podemos darnos cuenta de la controversia que gira entorno a esta técnica y el porque ha resultado ser un fenómeno social en todo el mundo, pero principalmente en Estados Unidos, país que cuenta con un sistema jurídico que regula de forma permisiva la maternidad subrogada, además de que en el referido país ya existe un mercado abierto de tal práctica, esto se da por la creación de agencias que se ocupan de llevar acabo todos los tramites necesarios de este tipo de maternidad, esto es, desde poner en contacto a la pareja que solicita la subrogación materna con la mujer gestante, hasta la entrega del bebé; sin embargo, aunque la finalidad principal de la maternidad subrogada haya sido dar solución a los problemas de infertilidad femenina, también se ha desviado dicho objetivo para otros causes no tan humanitarios, por el contrario atentatorios a la vida y a la dignidad humana.

Lo anterior obliga a los estudiosos del derecho y, especialmente a los legisladores, a generar las normas jurídicas que por un lado propicien la investigación científica en apoyo al desarrollo de tecnologías biológicas que contribuyan a elevar los niveles de calidad de vida y salud, pero siempre garantizando el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales, la dignidad humana y protegiendo la salud pública. Para ello deberá prohibirse la gestación sustituta en cualquier circunstancia, y deberán ser objeto de sanción penal las personas que participen en un contrato de maternidad subrogada, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y las clínicas u hospitales en los que se realice esta práctica, porque *“sólo la historia podrá desvelar los efectos subjetivos, sociales, jurídicos y éticos de estas nuevas posibilidades que comprometen los núcleos estructurales fundantes de nuestra constitución como sujetos.”*⁵³

⁵³ TURBET, Silvia. *Figuras de la madre*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996, p. 36.

CAPÍTULO 3.

PROYECCIÓN LEGAL COMPARADA DE LA MATERNIDAD SUROGADA.

3.1 Países que han legislado respecto a la materia en estudio.

A lo largo del presente trabajo, he puesto de manifiesto los problemas que giran alrededor de la maternidad subrogada, y así con dichos problemas reafirmo la necesidad de que los países que no cuenten con una legislación al respecto, establezcan normas específicas sobre las técnicas de procreación asistida y concedan un trato especial a la subrogación materna, siguiendo la postura de la prohibición y estableciendo las bases para resolver los múltiples problemas que originan las nuevas tecnologías.

Ahora bien, en virtud de que el estudio y análisis de cualquier figura del derecho resulta más interesante y enriquecedora si se atiende a los criterios que han seguido otros países para regular figuras de trascendencia jurídica, como lo es la maternidad subrogada, es por ello que en el presente capítulo se trata de ubicar a la aludida técnica dentro de varios países que cuentan con algún precepto jurídico al respecto; esto para conocer y analizar su normatividad, y así estar en posibilidad de realizar las comparaciones necesarias sobre los criterios que manejan otros países al reglamentar este método, para luego poder recopilar los razonamientos pertinentes hacia una posible y futura legislación mexicana. Asimismo, al concluir este análisis habremos reafirmado la postura de la prohibición, ya que la mayoría de los países que han tratado este tema, lo han hecho siguiendo esa postura, argumentando de manera general que la maternidad

subrogada induce a la comercialización de niños, los cuales no pueden tratarse como si fueran objetos de comercio; sin embargo, también es necesario conocer los argumentos de los países que están a favor de esta técnica y que incluso han hecho posible su realización mediante la creación de leyes específicas, tal es el caso de Estados Unidos.

Los países que analizo a continuación, son un claro ejemplo de lo que ocurre a nivel mundial respecto al trato que se le ha ido dando a la aludida práctica, ya que actualmente en casi todos los países del mundo existe algún precepto donde, por lo menos, de manera enunciativa se incluye a la maternidad subrogada, pues se es cada vez más conciente de que la falta de regulación jurídica en estos temas debe ser corregida, por ello deben fijarse limites que no puedan ser trasgredidos por nada, ni nadie y en ningún lugar del mundo, para seguir salvaguardando el bien jurídico de mayor preeminencia, *la vida de todo ser humano*.

3.1.1 Alemania.

Alemania esta situada dentro de aquellos países que prohíben la maternidad subrogada, además, se dice que la regulación de la República Federal de Alemania es una de las más exigentes en comparación con la de otras naciones. Este país respecto al tema de estudio, cuenta, conjuntamente con los principios constitucionales del derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, con una Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas del 30 de noviembre de 1989, y con la Ley de Protección de Embriones del 13 de diciembre de 1990.

“El Ministro de Justicia, Hans A. Engelhard, ha declarado que la técnica de las madres portadoras constituye una usual forma del ilegal comercio humano y ha advertido de los peligros que implica aventurarse en estas dudosas intervenciones

que conducen a desagradables sorpresas y a decepciones humanas y económicas. Esto lo dijo con motivo de la apertura de una Oficina de Información de madres de alquiler en una gran ciudad alemana. Añadió que el Gobierno Federal se encuentra en contra de la maternidad de sustitución y adelantó, además, que se prepara una posible agravación de las sanciones económicas recogidas en la ley de intervención de la adopción. El cumplimiento de tales contratos no podría demandarse judicialmente ante los Tribunales, ni podría la madre sustituta reclamar la cantidad prometida, ni existiría para los ‘padres’ un derecho del cumplimiento del contrato, pues pese a todos los convenios podría la denominada madre de alquiler conservar a su hijo. Concluyó destacando que todos los acuerdos de maternidad subrogada tienden al resultado de una adopción del niño, pero tal adopción como cualquier otra, deberá ser apoyada por la Oficina correspondiente y aprobada por el Tribunal Tutelar.”¹

El primer documento emitido en este país que pugnó por el rechazo a la maternidad subrogada fue el *Informe Benda*, en el cual se considero que durante el embarazo se produce una estrecha relación entre madre e hijo que va a ser esencial para el posterior desarrollo psicológico del niño, y que será interrumpida por la entrega del bebé a otra mujer después de su nacimiento. Este es uno de los principales argumentos para rechazar la maternidad subrogada, con el cual estoy completamente de acuerdo, ya que los conflictos que se pueden ocasionar en la personalidad del niño al romper la consecución del lazo de sangre y materno que se crea durante la gestación entre la madre y el bebé, puede ser la diferencia entre tener un ser humano saludable psicológicamente y otro que no.

Posteriormente, la *Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas del 30 de noviembre de 1989*, reglamenta la maternidad subrogada incluyendo disposiciones

¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 61.

penales respecto a la inseminación artificial, así como la regulación para las mujeres que se prestan como madres sustitutas.²

En la *Ley de Protección de Embriones del 13 de diciembre de 1990*, se regula de forma más específica la práctica en comento, "... el párrafo 1º, aplicación abusiva de técnicas de reproducción, establece que 'será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien: 1. transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno; 2. emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo,' así como 'quien emprenda una fecundación artificial o una transferencia de embrión humano a una mujer que este dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento, de modo permanente (madre sustituta).'"³

En Alemania, "se considera delito prácticamente todas las conductas imaginables: desde las más livianas como la inseminación de óvulos sin la finalidad de producir el embarazo en la mujer de la que proceden, la maternidad subrogada, pasando por la venta de embriones obtenidos extracorpóreamente o del útero antes de la anidación, o la selección de sexo no destinada a la prevención de enfermedades, hasta otras graves como la modificación artificial de la información genética de una célula germinal humana, la creación de clones o de quimeras. Las penas oscilan desde las privativas de libertad de un año de duración o multa, hasta las privativas de libertad por cinco años."⁴ Es importante mencionar que dentro de estas penas no se prevé castigo para la mujer que accede a este tipo de contrato, pero si se castiga a los médicos que la realizan.

"El Congreso Médico Alemán acordó que la maternidad de sustitución debe rechazarse por los inconvenientes que presenta para el niño y por el peligro de

² <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>

³ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 151.

⁴ PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética en España. Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 200.

una comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones.”⁵

3.1.2 España.

Este es uno de los pocos países donde se tiene reglamentada la maternidad subrogada como tal, en de la *Ley 35 de 1988, de 22 de noviembre, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, por ello es considerado como el primer país Europeo en emitir una ley que regula de manera sistemática la inseminación artificial, la fecundación in vitro y todas sus variantes, aunque antes que España, Suecia ya había dictado una ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial el 22 de diciembre de 1985.

La Ley 35/1988, tuvo como antecedente los trabajos de una comisión especial. El 10 de abril de 1986 el pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, a este texto se le conoce como *Informe Palacios* por el nombre de su impulsor y presidente, el entonces diputado del grupo parlamentario socialista Marcelo Palacios. El informe final contenía 150 recomendaciones, de las cuales tres son de nuestra incumbencia:

Recomendación 115: Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.

Recomendación 116: Deberá ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen.

Recomendación 117: Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución.

Finalmente, la *Ley 35/1988 de 22 de noviembre, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, fue aprobada en el pleno del congreso, en octubre de 1988. Esta Ley cuenta con veintiún artículos divididos en siete capítulos, una

⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, ob. cit., p. 61.

disposición transitoria, tres disposiciones finales, y viene precedida de una exposición de motivos la cual reconoce y divide a la maternidad biológica en plena y no plena, "(...) en la plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo/s (maternidad genética), por razones obvias de imposibilidad de embarazo."⁶

Dicha ley fue la primera de su especie al reglamentar tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, y con ésta diversas variantes que se pudieran presentar, entre ellas se incluye a la maternidad subrogada, de la cual se establece lo siguiente:

Artículo 10.1: Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamar de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

"Será importante detenernos un momento en esta dicción: al proclamar tan enfáticamente el texto la nulidad de este contrato, quiere ponerse en evidencia que si a pesar de esta calificación jurídica de dicho contrato, este se realizara al menos en su aspecto material, no tendría efectos: es decir, que los comitentes no estarían obligados a entregar a la gestante el precio convenido, si lo hubiere habido, ni la gestante estará obligada a entregar al hijo nacido. De ahí que la filiación será determinada por las normas que establece el punto 2 del citado artículo."⁷

El artículo en comentario, de manera expresa prohíbe y dispone que serán nulos los contratos de maternidad subrogada que se llegasen a celebrar, con independencia de que haya o no una contraprestación económica; es decir, sin

⁶ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 167.

⁷ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, ob. cit., p. 151.

importar si el contrato es oneroso o gratuito será nulo. Además, para que no quede alguna duda, establece que la filiación de los hijos se determina por el parto, es decir que la mujer que da a luz al niño será legalmente su madre, no reconociéndole ningún derecho a la mujer que solicita los servicios y que pudiera ser la madre genética de la criatura. Asimismo, el citado artículo nos dice que la paternidad la puede reclamar el padre biológico a través de las acciones que le concede la ley, pero no queda determinada previamente por dicho contrato.

Ante estos casos, la sanción civil es la nulidad de pleno derecho de los contratos de maternidad subrogada que se celebren, pero dicha sanción civil puede ir acompañada de una sanción penal, ya que el Código Penal Español en sus artículos 220 y 221, castiga el delito de suposición de parto, que consiste en atribuirle la maternidad de la criatura a quien no dio a luz. De la misma forma, las agencias mediadoras o aquellos profesionales sanitarios, además de los autores directos, podrían incurrir en responsabilidad penal solo en el caso de suposición de parto.

Como se puede advertir, la regulación española respecto a la maternidad subrogada resulta ser más flexible que la alemana, esto en virtud de que la Ley 35/1988 no contiene sanciones penales para las personas que intervienen en su realización como son los médicos y centros especializados que posibiliten o realicen esta técnica, a diferencia de la ley alemana que si incluye sanciones al respecto, pues en España el delito relacionado con la maternidad subrogada sería la suposición de parto que se encuentra contenido en el Código Penal y no en la misma ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida.

3.1.3 Estados Unidos.

Es precisamente en este país, donde se ha dado el mayor número de nacimientos a través del método de maternidad subrogada, esto obedece a que es

el lugar en donde la mayor parte de sus estados tienen una regulación permisiva al respecto, prueba de ello son los innumerables casos que se han suscitado y que han sido de resonancia mundial por existir alguna controversia entre las partes, ejemplo de ello tenemos a uno de los casos más comentados al respecto, el llamado *Baby M. o Stern vs. Whitehead*, (ya expuesto en el primer capítulo); y así como esta, se han presentado muchas controversias a lo largo de la historia de la maternidad subrogada en este país.

Estados Unidos, a diferencia de México, en donde llevamos un derecho positivo, practica el consuetudinario, que día a día evoluciona de acuerdo a las necesidades de la sociedad, motivo por el cual no tiene una legislación uniforme para todos sus estados, esto ha motivado que surjan problemas y fuertes controversias derivadas de la procreación asistida, ya que en dicha nación cada estado tiene competencia para legislar en materia de derecho de familia, por tanto, no existe un derecho de familia federal, lo que explica el distinto tratamiento estatal que se otorga a la maternidad subrogada.

Los años ochentas como consecuencia del caso de Baby M., se han caracterizado en los Estados Unidos por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad subrogada, y de ahí hasta estas fechas se ha dado un alto crecimiento, tanto legislativo como tecnológico, relacionado con los temas de reproducción artificial humana.

“En el año de 1987 existen proyectos de Ley en la casi totalidad de los Estados, aunque tan sólo Arkansas, Nevada y Louisiana tenían leyes ya aprobadas. En Arkansas su específica normativa prevé, que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquellos son los padres legales del niño y no la madre portadora. En Nevada la ley exige a la subrogación materna la prohibición de pago que rige para la adopción. En Louisiana no son exigibles los contratos de

maternidad subrogada realizados mediante precio.”⁸

Ahora bien, dentro de la variada normativa existente “diversas leyes han reaccionado contra esta práctica. De los proyectos legislativos, cinco pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Winconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregón y Pensilvania). Tres proyectos adicionales en Columbia, Florida y New York pretenden prohibir la maternidad subrogada mediante precio, pero, por otra parte, sujetan la permitida a una extensa regulación.”⁹

Por otro lado, “la mayoría de los proyectos de ley admiten bajo ciertas condiciones la maternidad subrogada, Columbia, New York y Wisconsin, toleran los contratos gratuitos, mientras doce Estados en sus proyectos aceptan también ciertas modalidades retributivas. En California e Illinois se especifica que la compensación tiene que ser razonable, permitiéndose la reducción judicial, si ésta se estima excesiva. En otros casos se determina que el precio debe ser justo, lo que permitirá su elevación, si el Juez estimase que es escaso. Incluso se llegan a señalar tasas o límites, como el proyecto de New Jersey que lo cifra en 10.000 dólares.”¹⁰

Habiéndonos percatado, que en varios estados de este país, se han promulgado legislaciones de las que se infiere una prohibición a la maternidad subrogada cuando existe una remuneración económica para la madre sustituta, debo aclarar que esto deriva, de que las leyes de California sancionan como delito la entrega de dinero o de otra clase de bienes materiales por la adopción de menores de edad.

Dentro de los diversos proyectos legislativos que existen en Estados

⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 43.

⁹ *Ibidem.*, p. 44.

¹⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu, *ob. cit.*, p. 44.

Unidos, unos incluyen limitaciones o características sobre la parte contratante y exigen que los futuros padres estén casados, otros mencionan que solo se puede acudir a la maternidad subrogada por cuestiones médicas, unos más exigen ciertas características respecto a la persona que fungirá como madre subrogada; por otro lado, algunos proyectos piden una investigación médica respecto a los futuros padres, unos más demandan el asesoramiento por especialistas en psiquiatría acerca de las responsabilidades y consecuencias que trae aparejada la paternidad y maternidad ante un contrato de subrogación materna, en otros se admite la posibilidad de conocer los antecedentes penales de las partes, y muchos más prevén los cuidados médicos durante el embarazo, los derechos de los padres frente al niño y los posibles cambios de decisión de la madre subrogada durante la gestación. Estas son tan solo algunas de las muchas características que exigen los variados proyectos legislativos sobre maternidad subrogada que existen en este país.

Por otro lado, es precisamente aquí donde nacieron las primeras agencias de maternidad subrogada, las cuales brindan un servicio completo que va desde la selección de la madre subrogada hasta supervisar el cumplimiento del contrato, todo esto a cambio de una determinada tarifa (en el caso de Baby M. fue de 10,000 dólares). De la misma forma, es en esta nación donde actualmente encontramos el mayor número de agencias intermediarias que ponen en contacto a parejas imposibilitadas para procrear, con las mujeres que se alquilan para llevar a cabo esta función. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden tanto las madres que se ofrecen, como las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables.

En Estados Unidos de Norteamérica se ha creado una gran industria alrededor de la maternidad subrogada, la cual genera grandes beneficios económicos, pero al mismo tiempo ha ocasionado un quebrantamiento de valores relacionados con la maternidad y la familia. Y es precisamente por la cercanía de

México con Estados Unidos que mi preocupación es latente respecto a la maternidad subrogada, ya que no estoy de acuerdo con los proyectos legislativos que existen en dicho país, pues en todos se acepta este tipo de maternidad, aunque con diferentes limitantes en los distintos estados.

Por último, debo hacer la siguiente advertencia: “El principal factor que motivó la modificación de los criterios legislativos sobre el tema de la subrogación en los Estados Unidos, fue el hecho de que la falta de leyes que los prohibiesen o reglamentasen, permitió que este tipo de convenios se multiplicaran, convirtiéndose rápidamente en una realidad social que influyó, fuertemente por cierto, en los valores y actitudes de la sociedad en general y de los legisladores en particular. Si el fenómeno se hubiera prohibido o limitado desde un principio, no tendría actualmente la aceptación de que goza en aquel país.”¹¹ Por ello debemos tomar esta experiencia como ejemplo y no permitir que ocurra lo mismo en nuestro país, emitiendo leyes que reglamenten las técnicas de reproducción asistida y prohíban de forma específica la maternidad subrogada.

3.1.4 Francia.

Después de dos años de debates parlamentarios, “en Francia se aprueban la *Ley relativa al respeto al cuerpo humano y la Ley relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal*, ambas de 29 de julio de 1994. Leyes que modifican el Código Civil, el Código de la Salud Pública y el Código Penal, asegurando la primacía de la persona, prohibiendo atentados a su dignidad y garantizando el respeto de los seres humanos desde el comienzo de su vida. En este sentido, se refiere a la tutela de la integridad del cuerpo humano, a la integridad de la especie humana. Declara la nulidad de los contratos de maternidad de alquiler, castigando penalmente la intermediación de la misma, así

¹¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 375.

como la comercialización de embriones humanos o su creación con fines industriales, comerciales o, simplemente, de investigación o experimentación. Prohíbe las intervenciones en línea germinal no terapéuticas y la transferencia de embriones o gametos sin haber comprobado la no transmisión de enfermedades. Así mismo, sanciona con penas privativas de libertad de hasta veinte años las prácticas eugenésicas tendentes a la selección genética, entre otras conductas.”¹² Esta ley se ubica en una posición intermedia entre las legislaciones más permisivas como las de Estados Unidos y las más restrictivas o prohibitivas como la Ley de Alemania.

La Ley 94-653, del 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, establece en su artículo 3, concerniente al artículo 16.7 del Código Civil lo siguiente: Toda convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es nula. Asimismo, en su artículo 4, establece lo siguiente: El artículo 227-12 del Código Penal es completado por un tercer y cuarto párrafo transcritos a continuación: Tiene la misma pena prevista en el segundo párrafo la intermediación entre una persona o una pareja que desee adoptar un hijo y una mujer que acepte concebirlo para luego entregárselo. En caso que estos hechos sean cometidos habitualmente o a título oneroso, las penas se duplican. La tentativa de los delitos previstos en el segundo y tercer párrafo de este artículo tiene la misma pena. En resumen, “la Ley de Francia 94-653 prevee sanciones penales para la mediación entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán el doble. Se castiga la mediación, no a las personas implicadas (art. 227.12 del Código Penal).”¹³

Por otro lado, “el artículo 16.7 del Código Civil queda redactado por la Ley 94-653 (art. 3): ‘Será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la

¹² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 164.

¹³ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 151.

gestación por cuenta de un tercero.”¹⁴

“En diciembre de 1989 la Ministra de Sanidad, Michelle Barzac solicitó al Ministerio de Justicia la declaración de ilegalidad de las asociaciones mediante las que se practica toda la técnica de las madres portadoras y que ordenara su disolución, por estimar ilícita tal actividad de mediación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1182 del Código Civil y del artículo 351 del Código Penal. En respuesta a tal solicitud manifestó el Ministro de Justicia su voluntad de iniciar seguidamente los procedimientos necesarios para la disolución judicial de tales asociaciones.”¹⁵

Como podemos observar, aunque existe prohibición expresa por la ley de realizar arrendamientos de útero o subrogaciones maternas en donde medie pago en dinero, en la práctica se llevan acabo y además existen asociaciones profesionales que se dedican a esta actividad, y por si fuera poco, los mismos tribunales han convalidado la adopción de los niños a las esposas de los padres biológicos por medio de diversas resoluciones, favoreciendo este método.

3.1.5 Inglaterra.

En julio de 1984 se publicó un informe emitido por un comité investigador creado por el gobierno de Gran Bretaña para revisar los avances realizados en el campo de la fertilización y embriología humana. Este informe es conocido internacionalmente como *Informe Warnock*, en alusión a Mary Warnock, quien presidió la comisión encargada de dicho estudio. Después de dos años de trabajo se hizo público el referido informe, el cual entre sus recomendaciones sugirió que la práctica de la maternidad subrogada debía ser prohibida, de igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de agencias comerciales que recluten

¹⁴ Idem.

¹⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 55.

mujeres para fungir como madres subrogadas o realicen este tipo de contratos. De esta forma, el informe Warnock ha sido de gran importancia en muchas partes del mundo, ya que fue tomado en consideración y como ejemplo por las Comisiones de estudio sobre procreación humana asistida de otros países, entre ellos España.

La maternidad subrogada es definida por el Informe Warnock como “*la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento*. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética, si pone el óvulo; pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente.”¹⁶

Como consecuencia de la publicación del Informe Warnock, en 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se “declararon ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada.”¹⁷ Al respecto, Inglaterra es el único país que cuenta con una ley específica sobre maternidad subrogada, la llamada *Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985*, la cual no prohíbe en sí la maternidad subrogada, ni sanciona a la persona que se preste para llevar a cabo esta función, ni a los padres que la soliciten, aunque si condena la negociación de tales acuerdos con fin lucrativo.

Por otra parte, “la Ley inglesa de 1° de noviembre de 1990, en el artículo 27, expresa una ‘presunción legal de maternidad’: 1. La mujer que esté embarazada o lo haya estado como resultado de haberle sido implantado un embrión o espermatozoides y óvulos, deberá ser considerada como la madre del niño a título exclusivo. Y en el artículo 36 modifica la Ley de Acuerdos de Subrogación de

¹⁶ Ibidem., pp. 19 y 20.

¹⁷ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 220.

1985: Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes.”¹⁸

Ahora bien, pese a todos los conflictos que genera la maternidad subrogada, Inglaterra es uno de los países que cuenta con una legislación permisiva, pues se aprueba y se permite dicha práctica en casi todas sus modalidades, incurriendo únicamente en una infracción a la *Acta de Adopción de 1985*, si existe algún pago entre la sustituta y los futuros padres.

Tal como hemos podido apreciar, las legislaciones que otros países han emitido para regular las técnicas de reproducción asistida, en especial la maternidad subrogada, son diversas, pero dentro de las mismas existen algunos parámetros que podemos tomar de base para plantear alternativas viables para nuestra sociedad, quedando en nosotros brindar una respuesta normativa que satisfaga tanto el reflejo de nuestra cultura, como nuestros valores éticos y morales, hagamos entonces la *“Ley mexicana de reproducción asistida,”* ya que es urgente que nuestro país regule a profundidad esta materia, pues en algunos estados de la república mexicana ya se han empezado a emitir normas jurídicas respecto a la maternidad subrogada, pero lo grave del asunto es que son de carácter permisivo, prueba de ello es el Código Civil para el Estado de Tabasco.

3.2 Documentos internacionales que sirven de apoyo para la prohibición de la maternidad subrogada.

Hasta ahora hemos visto lo que otros países han legislado respecto a la materia en estudio, ahora toca el turno de analizar diversos instrumentos internacionales que tienen por objeto, en primer lugar, salvaguardar los derechos humanos de todos los individuos a nivel internacional, y en segundo lugar proteger a la persona tanto en su dimensión individual como en el ámbito de sus derechos

¹⁸ GAFO, Javier. *Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, ob. cit., pp. 150 y 151.

económicos, sociales y culturales; asimismo, estos documentos establecen los lineamientos que deben seguir los países firmantes respecto al tema de que trate cada uno de ellos.

Es a partir de la segunda guerra mundial que ha venido instaurándose progresivamente el régimen internacional de protección de los derechos humanos. Aún cuando con anterioridad a dicha guerra existían ciertos instrumentos que pueden considerarse, con criterios actuales, como próximos a la protección internacional de los derechos humanos, no es sino hasta la fundación de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos y del Consejo de Europa, que se instauran sistemas internacionales cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos en forma general, sustentados sobre numerosos tratados, y que se expresan en órganos de la más diversa naturaleza, destinados a cumplir con los fines de dichas convenciones.¹⁹

Asimismo, “resulta latamente satisfactoria la intensa actividad de los organismos internacionales en este ámbito, toda vez que la única posibilidad de lograr una legislación efectiva pasa por la homogeneización de los instrumentos normativos de los distintos países, ya que de no hacerse así, por el tipo de temática que abordamos, el Estado que tenga las leyes más permisivas será el que finalmente determine el grado de seguridad de todo el resto. Ello debido a que las poderosas compañías que financian las investigaciones, atraídas por la falta de restricciones, instalarán sus laboratorios en el país con menos controles. Desde allí, cualquier filtración de seguridad que lesione o ponga en peligro el ecosistema se expandirá por todo el mundo, sin que frontera alguna pueda detenerla.”²⁰ Lo mismo está ocurriendo en el caso de la subrogación materna, ya que muchas parejas acuden a otros países en los que si está permitido llevarla a cabo, debido a que en su país de residencia existe prohibición en lo referente. Por ello es que se debe pugnar por un instrumento internacional de observancia general para

¹⁹ NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: Su Desarrollo Progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1987, pp. 17 y 18.

²⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 187.

todos las naciones, en el cual se protejan, desde los derechos más relevantes, hasta los más insignificantes de los seres humanos, desde el momento de su concepción y hasta su muerte, además de que vaya a la vanguardia con los cambios que la ciencia y la tecnología van presentando.

Por otro lado, con un conocimiento aproximado de cuáles son las ventajas y desventajas de las modernas ciencias biológicas, así como de sus riesgos, y tras una exposición en la que he ido desarrollando algunos aspectos de la problemática de su regulación jurídica, no debe sorprender que la mayoría de especialistas insistan en la necesidad de conseguir una legislación universal, o al menos de sustrato similar en los distintos países, para evitar que la disparidad de prohibiciones entre unos y otros creen *paraísos genéticos* al estilo de los denominados *paraísos fiscales*.²¹ Por lo anterior es que se debe proponer un sistema internacional generalizado de control, sobre la base de la protección de la dignidad del ser humano desde su concepción y hasta su muerte, el cual todos los países deben adoptar para evitar la existencia de *paraísos legislativos* que lejos de beneficiarnos, nos perjudiquen aún más.

Los siguientes son solo algunos de los instrumentos internacionales que nos sirven de argumento para apoyar la postura de la prohibición de la maternidad subrogada, ya que con dicha práctica se vulneran derechos reconocidos internacionalmente.

“Estas declaraciones, como todos los instrumentos de su género, son actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables. Los efectos de las declaraciones en general, y especialmente su carácter vinculante, no responden a un enunciado único y dependen, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se haya emitido y del valor que se haya reconocido al instrumento a la

²¹ PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética en España. Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 195.

hora de invocar los principios proclamados.”²²

3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.²³

El 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, una organización internacional de carácter universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó y proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos (ratificada por nuestro país)*. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la declaración y dispusieran que fuera distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios.

Está integrada por treinta artículos, recoge los principios de libertad, igualdad, seguridad, dignidad y fraternidad inherentes al ser humano; proclama la no discriminación; proscribire la tortura, las penas y tratos crueles e inhumanos; declara el derecho a defenderse ante tribunales crueles e imparciales; consagra los derechos a la intimidad, la propiedad, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Es considerada como el principio de la construcción de un sistema internacional de protección a los derechos humanos, contiene valor moral e importancia jurídica y política. Como su nombre lo indica, refiere a los principios de carácter universal que todo país debe seguir para procurar que los derechos de los seres humanos sean acordes en todo el mundo; atiende al reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana para lograr la libertad, la justicia y la paz en el mundo; plasma el derecho de igualdad de los seres humanos en general, es decir, que en

²² NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, ob. cit., p. 18.

²³ TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999, p. 27.

la maternidad subrogada, tanto la pareja contratante, como la criatura que nace por medio de ella, son iguales, de tal manera que se debe garantizar la seguridad de su persona como se lee en los artículos uno y tres de dicho texto:

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Resalta la protección a la maternidad y a la infancia, así como al reconocimiento de los derechos y libertades contenidos en esta declaración, dicha protección se encuentra prescrita en los artículos veinticinco y veintiocho, y son del tenor literal siguiente:

Artículo 25.

1...

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 28.

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye uno de los pilares del nuevo sistema internacional, bajo el cual el trato que una nación dé a sus propios ciudadanos no quedara nunca más inmune al escrutinio exterior. Hoy en día esta declaración es el punto de referencia de mayor importancia para el diálogo transnacional.

3.2.2 Declaración de los Derechos del Niño.²⁴

²⁴ TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, ob. cit., p. 33.

La historia recién comienza a escribirse, porque definir al niño como sujeto de derecho y crear las condiciones sociales para su cumplimiento no es fácil. Nos obliga a todos a re-significar el valor de la vida, desde los temas más simples hasta la dramática realidad de saber que son cientos los chicos que aún están en poder de apropiadores, herencia de la última dictadura militar. Por ello, popularizar los derechos del niño fue meta de un largo quehacer,²⁵ que actualmente sigue su lucha, y que día a día, con todas las innovaciones de la ciencia y la tecnología, tendrán que seguirse popularizando y ampliando para que sean respetados por todas las naciones, aún por aquellas en las que al niño se le ha considerado como un objeto, y en las cuales, hasta la fecha no se han respetado sus derechos, al ser esa personita indefensa, el fin último de un contrato de maternidad subrogada, y me refiero a todos aquellos países de los que ya hable y de todos aquellos en los que está permitida dicha práctica.

La Declaración de los Derechos del Niño, fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, con el fin de que los niños logren tener una infancia feliz y puedan gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a toda la sociedad a que reconozca esos derechos y luche por su observancia con medidas legislativas o de otra índole de conformidad con lo enunciado en la declaración.

Se integra por diez principios entre los que recoge los derechos de igualdad, libertad, seguridad jurídica y social, a tener una niñez digna, a poseer lo indispensable para tener una vida de calidad, como alimentación, vivienda, recreo, servicios médicos adecuados y educación, entre otros. Refiere que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento, porque la humanidad debe al niño lo mejor que puede dar.

²⁵ <http://www.margen.org/ninos/derech4a.html>.

Sobresalen los principios 2, 6, 7, 8, 9 y 10, en los que claramente se dispone que el niño gozara de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, atendiendo siempre el interés superior del niño en cualquier ley que se proclame al respecto; asimismo, se establece que salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre y deberá crecer bajo el amparo de sus padres, siendo para ellos, el interés superior del niño, su objetivo principal; por otro lado, dichos principios establecen que el niño debe figurar entre las primeras personas que reciban protección y socorro, es decir, cuando se encuentran en disyuntiva los derechos de una persona para procrear un hijo por medio de una sustitución materna y los derechos del embrión, se le debe proteger en primer lugar a él y luego a la madre. Por último, relacionado con el presente estudio, se menciona que se le debe proteger contra toda forma de abandono, crueldad, explotación y contra las prácticas que puedan fomentar cualquier tipo de discriminación, además de que el menor no podrá ser objeto de ningún tipo de trata. Principios que no se respetan y mucho menos se llevan a cabo cuando una persona o pareja, deciden encargar la gestación de un embrión propio a otra mujer. Todo lo anterior esta contenido dentro de la transcripción de los siguientes principios:

Principio 2.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. ...

Principio 7.

...El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. ...

Principio 8.

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. ...

Principio 10.

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Argumentos todos validos, si lo que se quiere es proteger la vida de un ser humano indefenso al que se le esta condenando a una vida degradante desde antes de su nacimiento, y lo peor, con toda la intención de hacerlo. Por ello reitero, que se debe proponer un sistema internacional generalizado de control, sobre la base de la protección de la dignidad del ser humano desde su concepción y hasta su muerte, el cual todos los países deben adoptar.

Convención de los Derechos del Niño.

Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, entre sus objetivos se encuentra proteger a la infancia otorgándole cuidados y asistencia especiales, así como brindarle protección a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, brindándole la asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Es un tratado internación que ha sido ratificado por todos los países latinoamericanos. La convención reconoce que el derecho a la vida comienza en

el momento de la concepción. Según el preámbulo: “el niño, por razón de su inmadurez física y mental, necesita resguardo y cuidado especiales, incluyendo una protección legal adecuada, tanto antes como después de su nacimiento.”

Es interesante lo descrito, ya que si todos estamos obligados a resguardar y a brindar cuidados especiales a los niños, incluyendo la protección legal adecuada, tanto antes como después de su nacimiento, ¿qué es lo que está ocurriendo actualmente en diversas partes del mundo donde se están aprobando normas jurídicas en las que se permite la maternidad subrogada?. Tal parecería que de nada ha servido el esfuerzo de las organizaciones tanto nacionales como internacionales, en las que se ha trabajado y se sigue trabajando bajo el común denominador de beneficiar y proteger al ser humano desde antes de su nacimiento, pues como lo he venido manifestando, la sustitución materna quebranta muchos de los principios y derechos contenidos en diversos instrumentos internacionales como los que a continuación se leen:

Artículo 1.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. ...

Artículo 16.

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 35.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Con las líneas arriba transcritas queda comprobado que cuando se le condena a un niño a nacer por medio de la subrogación materna, se están quebrantando los derechos relatados con anterioridad, en especial, me llama la atención que la Convención de los Derechos del Niño garantice que los Estados Partes emitirán las medidas que sean necesarias para impedir la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma; principios que no se cumplen en la práctica, sobretudo en aquellos países donde se realiza de forma usual la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades, ya que se presenta con dicha práctica la venta de un niño por un lado, y la trata de menores por el otro.

3.2.3 Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina.²⁶

Fue establecido para proteger los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Se instituye en Oviedo el 4 de abril de 1997, por el Rey de España Juan Carlos I. Tiene por objeto garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante la adopción de medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina. Enuncia que el progreso en la biología y la medicina deben ser aprovechados a favor de las generaciones presentes y futuras. Subraya la necesidad de una cooperación internacional para que toda la humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la biología y la medicina. Se compone de treinta y ocho artículos, de los cuales los más

²⁶ <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpZyVEyVVFxMqBXfrW.php>

relevantes para nuestro tema son los artículos 1, 2 y 21, que establecen lo siguiente:

Artículo 1. Objeto y finalidad.

Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. ...

Artículo 2. Primacía del ser humano.

El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Artículo 21. Prohibición del lucro.

El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.

De acuerdo con los artículos que anteceden, puedo resumir que el presente convenio tiene por objeto y finalidad la protección del ser humano en su dignidad e identidad, además de garantizar a toda persona el respeto a su integridad y a sus demás derechos. Es a través del presente instrumento que la Comunidad Europea debe pugnar porque se respeten los derechos ahí consagrados, como los derechos a la dignidad y a la identidad que son transgredidos con la maternidad subrogada, porque al realizarse dicha práctica, la dignidad del niño por nacer no existe como tal, y por otro lado su identidad es incierta, pues no se sabe de quien es hijo realmente, si de la madre genética o de la gestante. Así mismo, se establece que el interés y el bienestar del niño y de todo ser humano, debe prevalecer sobre el interés de la sociedad o de la ciencia, es decir, ante cualquier caso de maternidad subrogada en la que coexisten los intereses, tanto de la pareja contratante para ser padres, como los del niño, debe prevalecer el bienestar del menor, no llevando a cabo la realización de la apuntada técnica. Por último, uno de los artículos más importantes relacionado con el presente análisis es el 21, en el que se establece tajantemente la *prohibición de lucro para el cuerpo humano o cualquiera de sus partes*. Sin embargo, dicho artículo no es respetado, lo que demuestra que en la práctica el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina no tiene la fuerza necesaria para hacer cumplir lo prescrito en él, ya que siendo los países de la Comunidad Europea los signatarios

de dicho convenio ¿cómo explicarnos que es en esos países donde se ha reportado el mayor número de contratos de maternidad subrogada?. Por tanto, al llevarse a cabo un contrato de tal naturaleza en el que existe una verdadera comercialización del cuerpo humano, quiere decir que el convenio en comento no cumple con sus expectativas.

3.2.4 Otros Documentos.

Felizmente, algunos países de América Latina están tomando la iniciativa para prohibir las técnicas de reproducción humana asistida que ponen en riesgo a la especie humana. Esto es un ejemplo a seguir para otros países del continente, sin embargo, no es suficiente el que sólo se aprueben leyes nacionales en contra de este tipo de prácticas. Para manejar este asunto de una forma efectiva, es indispensable contar con un tratado internacional que prohíba la maternidad subrogada y todas aquellas prácticas alarmantes de las que ya hable en el apartado 1.5, del primer capítulo. El primer paso podría ser una declaración en contra de las técnicas de reproducción asistida que atenten contra la vida y la dignidad del ser humano, pero si las naciones latinoamericanas actúan rápidamente, éstas podrían proporcionar el liderazgo moral que el mundo tanto necesita durante estos tiempos. Los líderes de este continente pueden demostrarle al mundo, al seguir las tradiciones legales e históricas de América Latina, que ellos consideran a estas prácticas como un atentado contra la humanidad, y al mismo tiempo pueden pedir al resto del mundo a que sigan el ejemplo. En las líneas siguientes comentare algunos de los instrumentos, en los que de cierta forma ya se encuentra inmersa la protección del ser humano, en relación con las nuevas técnicas de reproducción humana asistida.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Aprobada en 1948, en Bogotá, Colombia, durante la Novena Conferencia Internacional Americana. La declaración contiene los derechos y deberes (estos

últimos tomados como sinónimo de obligación), de los que los hombres somos poseedores. Según el preámbulo: *todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, máxima que no se cumple al condenar a un ser humano desde antes de su nacimiento a una condición de desigualdad frente a otros seres humanos en las mismas circunstancias; asimismo, se establece que el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos; es decir, toda la sociedad tiene el derecho de exigir a las personas implicadas en la realización de la maternidad subrogada, que cumplan con su deber de no lesionar los derechos y la dignidad de ningún ser humano.

Está integrada por 38 artículos, de los cuales son de suma importancia para el tema en estudio, los artículos I, VII, XXVIII y XXX, que a la letra dicen:

Artículo I: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo VII: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Artículo XXVIII: Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Artículo XXX: Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

Resalta el derecho de todo ser humano a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; protege a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y a los niños, otorgándoles el derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales; de manera significativa subraya que los derechos de una persona están limitados por los derechos de los demás, principio de suma importancia para los casos de maternidad subrogada en donde los derechos de las personas contratantes no están limitados por los derechos de los niños que nacen por dicho método; por último, se prescribe el deber de los padres de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y viceversa.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Fue suscrita del 7 al 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica. Se integra por 82 artículos, dentro de los que destacan el 4, 5, 17, 19 y 24, los cuales promulgan el derecho de todas las personas a que se respete su vida desde el momento de la concepción, así como su integridad física, psíquica y moral. Concede una protección especial que debe ser otorgada por el Estado y la sociedad a la familia, de tal manera que siga siendo el elemento fundamental de la sociedad. Exalta el derecho de los niños a ser protegidos por su familia, por la sociedad y por el Estado, con las medidas que su condición de menor requiere, y por último, se aprecia la garantía de igualdad de las personas ante la ley.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. ...

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. ...

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. ...

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Carta de Derechos en Genética.²⁷

Fue creada para establecer standars y límites públicos apropiados para la biotecnología, así como para proteger nuestros derechos e integridad humana y la integridad biológica de la tierra; en este sentido, es el último de sus preceptos el que nos interesa para apoyar la base de la prohibición de la maternidad subrogada, el cual se transcribe a continuación:

10. Todas las personas tienen el derecho a haber sido concebido, gestado y nacido, sin manipulación genética.

Es evidente que, con la maternidad subrogada, no se esta respetando este precepto, pues lo que aquí se consagra es el derecho de todo ser humano a ser concebido, gestado y nacido mediante un proceso natural y sin ninguna manipulación genética, y en virtud de que en la aludida práctica interviene la mano del hombre alterando ese proceso natural, queda claro que existe tal manipulación, trastocando nuestra integridad como seres humanos, especialmente la del niño que nace a través de la subrogación materna.

Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del No Nacido.²⁸

Fue presentada por la Asociación Médica finlandesa en la 48ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, del 22 al 26 de octubre de 1996, en la República de Sudáfrica. Se conforma por 17 principios, entre los que la Asociación Medica Mundial propone lo siguiente:

1. Los deberes éticos básicos del médico son respetar la vida y servir a la humanidad. En algunos momentos el médico puede encontrarse él/ella mismo(a) en una situación donde estos deberes entran en conflicto con los deseos del paciente, y algunas veces estos entran

²⁷ <http://www.aabioetica.org/Import.htm>

²⁸ <http://www.aebioetica.org/rtf/doc.rtf>

en conflicto con las actitudes de la sociedad. Esto es especialmente verdad cuando la vida y el bienestar de un embrión o feto está en duda.

5. La vida de un ser humano individual empieza con la concepción y acaba con la muerte.

8. Todos los niños tiene el derecho a nacer en un ambiente seguro desde el punto de vista social y a tener una madre y un padre.

El conflicto de deberes en este caso, puede presentarse en el momento que al medico le toca decidir entre realizar la transferencia de un embrión producto del material genético de una pareja, a otra mujer ajena a dicho embrión, la cual estará encargada únicamente de la gestación (maternidad subrogada), pues aunque el médico este consiente de los conflictos que puede ocasionarle al niño, en muchos lugares del mundo se realiza, por ello la propuesta de la Asociación Medica Mundial va encaminada a que ante cualquier conflicto el medico debe respetar la vida con todas sus prerrogativas. De la misma forma que todos los instrumentos internacionales que hemos comentado, esta declaración exalta que la vida del ser humano empieza desde el momento de la concepción y acaba con la muerte. Es de resaltarse lo prescrito en el principio ocho, en cuanto a que otorga el derecho a todos los niños a nacer en un ambiente seguro desde el punto de vista social y a tener una madre y un padre, cosa que no ocurre en la maternidad subrogada en donde se pueden llegar a presentar hasta tres maternidades diferentes.

Declaración de Mónaco.

El Coloquio Internacional del que se tuvo como resultado la *Declaración de Mónaco*²⁹ sobre bioética y derechos del niño, fue organizado por la Asociación Mundial de amigos de la Infancia (AMADE) y la UNESCO. Se llevo a cabo en Mónaco, del 28 al 30 de abril del 2000, obteniendo como resultado tres observaciones de suma importancia, entre las que comentamos las siguientes:

²⁹ <http://www.bioeticaweb.com/content/view/377/51>

I. Los Orígenes del infante

El respeto de la dignidad del embrión in vitro creado con fines de procreación en caso de infertilidad de la pareja o para evitar la transmisión de una afección de especial gravedad y luego del feto debe ser asegurado.

La utilización de nociones de la ciencia genética y de la medicina fetal debe respetar el principio de "no discriminación" y no debe apuntar a la reducción o la eliminación de la diversidad humana o las posibilidades de vida. ...

Tal observación tiene por objeto la protección de los derechos del niño que aunque es un ser frágil, su autonomía no debe ser ignorada, es por ello que en este primer precepto se proclama que se asegure el respeto a la dignidad del embrión in vitro con fines de procreación. En este sentido todos debemos pugnar por que se les de un trato digno a los embriones, los que de acuerdo con diversas leyes son poseedores de los mismos derechos que cualquier ser humano, ya que a partir de su concepción son considerados como tal, y así poderle garantizar una vida digna a todo ser humano.

II. Los vínculos del infante.

... El interés superior del infante debe en principio estar por encima de aquellos que tiene el adulto cuando ambos estén divergentes.

Es muy claro lo que aquí se postula y es el típico supuesto que se presenta cuando se solicita la maternidad subrogada, pues los adultos pugnan por que se respete su derecho a la procreación a través de cualquier método de reproducción asistida, pero ese derecho contraviene las garantías del niño por nacer; por tanto, de acuerdo con este precepto el interés del niño debe estar por encima del interés de los adultos, es decir, cuando la única alternativa que tiene una pareja para tener un hijo que genéticamente les pertenezca, sea la maternidad subrogada, ésta no debe permitirse atendiendo al interés superior del infante, que siempre debe estar por encima del interés del adulto.

Declaración de Murcia sobre Biomedicina y Nuevas Tecnologías.³⁰

³⁰ <http://www.bioeticaweb.com/content/view/301/42>

Se da en Murcia, los días 23 y 24 de noviembre del 2001, a la luz del III Congreso de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI). Conscientes del peligro de que los conocimientos de la biomedicina y de las nuevas tecnologías se consigan utilizando algunos seres humanos como sólo medios; que esos conocimientos y tecnologías se empleen contra y no en servicio de los seres humanos; o que determinados usos de las biotecnologías generen efectos perjudiciales para los seres humanos, presentes o futuros, o para el medio ambiente; y reafirmando la necesidad de universalizar el reconocimiento de la dignidad a todos los seres humanos, presentes y futuros desde su concepción hasta su muerte natural, la Asociación Española de Bioética y Ética Médica y los firmantes de esta Declaración propusieron once recomendaciones, entre las que destacan las siguientes:

5 Los avances en genómica no deben ignorar que el individuo humano no es solo resultado de sus genes sino que también cuenta el medio ambiente. Los esfuerzos de la medicina han de dirigirse, al mismo tiempo, a proporcionar unas condiciones ambientales saludables para todos los seres humanos.

De acuerdo con lo anterior, debemos poner especial atención al ambiente en el que un niño producto de la maternidad subrogada se desarrolla, pues ésta etapa lo puede marcar de cierta forma durante toda su vida; por ejemplo, el caso en el que la persona que hará las veces de madre sustituta tome alguna droga o este expuesta a un ambiente muy agresivo, por su puesto que la criatura quedara marcada en su personalidad a lo largo de su existencia.

10 - Es necesario realizar una reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que tenga presente el respeto a la vida del ser humano desde su inicio y el derecho de cualquier ser humano a nacer con un padre y una madre. Esa reforma debe impedir la producción de embriones sobrantes, y el nacimiento de hijos sin padres, como lo garantizan algunas de las más modernas legislaciones europeas en esta materia.

Esta recomendación tiene mucha similitud con el principio número ocho de la Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre los Derechos del No

Nacido, pues, además de postular el respeto a la vida del ser humano desde su concepción, otorga el derecho a tener solo una madre y un padre.

Discurso Berlínés Sobre Bioética.³¹

Fue emitido por el Presidente Federal de la República Alemana, el 18 de mayo de 2001, en el Salón de Actos Otto Braun de la Biblioteca Nacional de Berlín, Contiene diecisiete recomendaciones que no debemos perder de vista, en virtud de que postulan el bienestar del ser humano; entre ellas, son de nuestra incumbencia las siguientes:

III. Las respuestas a la pregunta “¿Qué es bueno para el ser humano?” no nos las proporcionan ni la naturaleza ni nuestras posibilidades tecnológicas. Sólo podemos hallarlas formulando y respetando principios éticos para nuestra vida como personas y para la convivencia con los demás. Independientemente de lo que hagamos o dejemos de hacer, invariablemente tomamos decisiones valorativas – deliberada o irreflexivamente, consciente o inconscientemente. ...

X. ...Los hijos son un regalo. Sé lo amargo que es para muchos no poder tener hijos. ...

Desde luego sabemos que ese derecho no existe. No podemos confundir los deseos y anhelos, por comprensibles que sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos. Lo que sí que existe es el derecho de los hijos al amparo de los padres – y sobre todo el derecho de venir al mundo y de ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos. ...

Lo anterior no se debe dejar por la tangente, ya que hay infinidad de personas que realmente creen que existe un derecho a tener hijos a cualquier precio, pero lo que existe al respecto, es un regalo de la vida al anhelo que la mayoría de los seres humanos sentimos al podernos realizar como padres y así dar consecución a la especie humana.

XVI. ...En aras de nuestra libertad tenemos que plantearnos la siguiente pregunta: ¿Qué hay de bueno entre tantas nuevas posibilidades? ¿Qué tenemos que intentar a toda costa? ¿Qué no debemos hacer bajo ningún concepto?

³¹ <http://www.bioeticaweb.com/content/view/39/47>

Al enfrentarnos a estas preguntas tenemos que guiarnos por el respeto de la vida desde su mismo inicio. La dignidad humana no es susceptible de contrapesarse con ningún otro valor.

La vida nos recuerda una y otra vez que los seres humanos – por fabuloso que sea el progreso – somos mortales.

Si nos representamos las posibilidades de que disponemos como si fueran infinitas no hacemos sino desbordarnos a nosotros mismos. Así se pierde la medida humana.

Esta última recomendación, la dejo para su reflexión, sin olvidar que la evolución de la ciencia debe respetar los valores del ser humano evitando causar daños incalculables, por lo que se considera que estos temas deben quedar claramente regulados tanto en los ordenamientos internos de cada país, como en un tratado internacional, para proteger los bienes de mayor valor y reforzar dichos actos que perjudican a la sociedad.

CAPÍTULO 4.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“El sistema jurídico de un país está constituido por el conjunto de normas que en un momento dado regulan la interferencia intersubjetiva de los componentes de una sociedad humana y sus relaciones con otros sujetos soberanos y organismos internacionales.

Así se tiene, en el orden Federal:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
2. Todas las leyes federales vigentes en la República Mexicana,
3. Todos los tratados firmados y ratificados por nuestro país en los términos del artículo 133 de la Constitución.
4. Todos los reglamentos vigentes...”¹

De acuerdo con lo anterior se infiere que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Ley suprema en este país, pues en ella se encuentra concentrado todo nuestro sistema jurídico, además de que es el origen de muchas leyes y como tal se obliga a proteger los derechos fundamentales que toda persona debe poseer, entre ellos, de manera general protege los derechos de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica; y de manera individual garantiza el derecho a la vida, a la igualdad humana, a la protección de la salud, el derecho de los niños a su protección jurídica, a tener una vida digna, etc. De esta

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Administrativo Especial*, Vol. I, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 21.

forma, las normas jurídicas en ella contenidas son utilizadas por la sociedad como un mecanismo para establecer límites de conducta en aquellas acciones que perfilan un riesgo para cualquier ser humano. Es así que la Constitución garantiza el respeto a todos y cada uno de los derechos contenidos en las leyes mexicanas, de los cuales todos los seres humanos somos garantes, teniendo como primordial objetivo que en dichas leyes no se ignoren los límites establecidos en nuestra carta magna; es por ello que el presente estudio intenta difundir la violación que se comete a los derechos del ser humano con la realización de la maternidad subrogada, de la misma forma que pretende crear conciencia en las personas que hagan el honor de leer las ideas plasmadas en este trabajo relacionadas con las violaciones a que estaría expuesta la sociedad con su realización, pero de manera especial se pretende crear conciencia en los estudiosos del derecho, pues principalmente en ellos se encuentra la potestad de rechazar con argumentos jurídicos la multicitada técnica.

Ahora bien, si partimos de que México es un país que ya cuenta con avances tecnológicos importantes en el campo de la reproducción, como es el caso de las técnicas de procreación asistida, entre ellas la inseminación artificial y la fecundación in vitro, de las cuales deriva la maternidad subrogada; y siendo que en territorio nacional ya existen diversos centros hospitalarios de reproducción asistida donde se llevan a cabo, entonces nos encontramos ante la necesidad de poner límites a dichas técnicas para evitar caer en futuras violaciones a los derechos de las personas implicadas en ellas; de la misma forma que se requiere subrayar las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativas al tema en estudio.

Al respecto, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela establece que “el concepto *garantía* en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la

actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.”² Dicho de otra manera, por garantía individual se debe entender a la relación jurídica que se da entre el gobernado, el Estado y las autoridades, esto es una relación entre sujeto pasivo y sujeto activo.

En este sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en el artículo 1º lo siguiente:

ARTÍCULO 1. “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga la constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

De lo anterior se deduce que desde el momento que una persona esta bajo la protección del derecho, no se le podrá privar de ninguna de sus garantías; es decir, si de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal todo individuo entra bajo la protección de la ley desde el momento en que es concebido, luego entonces, es a partir de ahí que no se le puede privar de ninguno de sus derechos; cosa que no ocurre en la maternidad subrogada en donde no se respeta la integridad del embrión que es transferido al vientre de una mujer que no es su madre genética, o que siéndolo, a su nacimiento lo venderá a otra pareja; además de que dicha concepción fue producto de un negocio jurídico como si se tratase de un objeto.

Aquí encontramos la primera violación a las garantías del ser concebido si se llevase a cabo la subrogación materna en nuestro país, pero al encontrarnos frente a un ser indefenso el derecho y la sociedad están obligados a protegerlo.

Por otro lado, dentro del tema de la procreación mucho se ha hablado del derecho consagrado en el artículo 4º de nuestra carta magna, el cual dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 4. “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la

² BURGOA O., Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 37ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004, p. 162.

organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las 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.

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

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

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

En el primer párrafo del artículo 4° se consagra la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, además de proteger la organización y el desarrollo de la familia. Ante este último criterio podemos ver que dicho párrafo representa más que una garantía individual, una obligación por parte del Estado de proteger la organización y el desarrollo de la célula primaria de la sociedad, la familia, a través de la expedición de leyes que hagan posible dicha protección.

En el segundo párrafo del citado precepto se encuentra contenida la garantía de libertad respecto al número de hijos que tendrá una pareja y el tiempo que existirá entre cada uno de ellos. Debemos tener muy claro que la línea divisoria entre dicha garantía y el respeto al derecho de terceros (los niños) es muy delgada; esto es así, en virtud de que los defensores de la maternidad subrogada argumentan que en el contenido de este artículo se encuentra el sustento legal para permitir dicha técnica, pues arguyen que la ley suprema de nuestro país garantiza a toda pareja la conformación de una familia, siendo la subrogación materna una posible solución para las parejas que por alguna causa biológica, médica o psicológica no lo han logrado; pero están en un error, ya que lo aquí garantizado es que a nadie se le impida su derecho a tener los hijos que desee y el tiempo de espera que existirá entre cada uno de ellos, y no como lo pretenden interpretar los defensores de este procedimiento, pues en este precepto nunca se menciona *“que toda persona tiene derecho a tener un hijo a través del método que fuere,”* además de lo comentado al inicio de este párrafo en cuanto

a que existe una línea divisoria muy delgada entre esta garantía y el derecho de los niños a tener una niñez digna; es decir, si se estableciera una base legal que hiciera posible la maternidad subrogada, se estarían violando los derechos del niño que nace por medio de esta técnica, los cuales están reconocidos en la Constitución.

Relacionado con lo antes apuntado, el Dr. Burgoa en su libro “Las garantías individuales” manifiesta lo siguiente: La prescripción de que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” merece también algunos importantes comentarios. El ejercicio de ese derecho, es decir, la decisión que comprende, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer. Por ende, tal derecho no se despliega frente a ningún acto de autoridad, o sea ningún órgano del Estado es, en puridad lógico-jurídica, el titular de la obligación correlativa. En efecto, ya hemos afirmado que las garantías individuales entrañan en su motivación y teleología diques, frenos o valladares que la Constitución opone al poder público del Estado para asegurar una esfera a favor de todo gobernado dentro de la que éste pueda actuar libremente. La mera repetición normativa de lo que el hombre y la mujer puedan hacer desde el punto de vista físico y mental, no representa ninguna garantía en puridad jurídica. La Constitución, en lo que atañe al régimen de garantías individuales que instituye, no debe prescribir, como no prescribe, lo que los gobernados pueden hacer, sino lo que las autoridades estatales no deben hacer o dejar de hacer en su detrimento. Creemos, por consiguiente, que al redactarse el segundo párrafo del artículo 4 constitucional que comentamos, no se tomó en cuenta la implicación esencial de la garantía individual, por lo que indebidamente se incluyó tal párrafo en el título correspondiente de nuestra Ley Suprema. Si se hubiese advertido la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado, el texto del multicitado párrafo se habría concebido en los siguientes términos: *‘No se podrá impedir a nadie el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.’* Esta redacción, en el supuesto no admitido de que los actos determinativos de dicho número y

espaciamiento pudiesen ser materia legible, hubiese adecuado al menos terminológicamente, el propósito de quienes alentaron el segundo párrafo del actual artículo 4 constitucional, dentro del contexto de las garantías individuales.”³

No estoy de acuerdo enteramente en lo aseverado por el doctor, en virtud de que considero que el fin del legislador fue precisamente el de garantizar que a nadie se le impidiera su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos; pero aunque si bien es cierto que la esencia del precepto constitucional es garantizar el derecho de toda persona a formar una familia con el número de hijos deseados y en el momento en que lo decidan, la redacción del citado párrafo es equivocada, pero aún así no está de más que se disponga tal garantía, ya que por ejemplo, yéndonos a la fantasía y tomando en cuenta que México es un país sobre poblado, podría establecerse una norma jurídica en la que se prescribiera que ninguna persona podrá tener más de 2 o 3 hijos; situación que sería inadmisibile para aquellos que deseen y tengan la posibilidad de tener familias más numerosas, además de que se les estaría coartando su libertad de decisión, es por ello que desde mi punto de vista no es absurdo tal precepto.

El tercer párrafo del artículo 4° Constitucional, refiere al derecho a la protección de la salud que tiene toda persona, el cual cuenta con una ley reglamentaria, la Ley General de Salud, de la que profundizaremos en el siguiente punto.

“Los tres últimos párrafos del artículo 4° constitucional, prevén una obligación a cargo de los padres, ascendientes, tutores y custodios de los menores de edad, en el sentido de respetar y preservar los derechos de los niños (de los menores de edad), a que vean satisfechas sus necesidades primarias y fundamentales, como lo son la alimentación, los servicios de salud, los educativos y todo lo concerniente a su sano esparcimiento, con lo que se dé pauta a que

³ BURGOA O., Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 37ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004, pp. 274 y 275.

dichos menores tengan un desarrollo físico y psíquico normal y cabal. En cumplimiento de estas obligaciones, el Estado no tiene una injerencia, por lo que no se puede hablar de una auténtica garantía del gobernado, sino de una serie de obligaciones a cargo de particulares (padres, abuelos, tíos, etcétera).⁴

Es precisamente en estos tres últimos párrafos que se encuentra contenido el derecho de los niños a tener una vida digna en todos los aspectos, y aunque debe ser garantía constitucional de todo ser humano el tener solo un padre y una madre biológicos sin dar cabida a la división de la maternidad biológica en genética y gestacional, todavía no existe un precepto constitucional que regule algo al respecto, dejando en completa libertad a las personas que saben que esta situación no se encuentra regulada para que realicen trámites en forma ilícita sin que se pueda argumentar una violación a las garantías.

Así, tenemos que los principios constitucionales ya existentes avalan las garantías del niño concebido, las cuales por ningún motivo se pueden ignorar o restringirse, de tal forma que aquellos que creen que en este precepto se encuentra contenido el derecho a la procreación a costa de lo que sea, están en un error, ya que antes se protege la vida y la dignidad del niño que esta por nacer; aunque efectivamente, los adelantos científicos dentro de las técnicas de reproducción asistida dan la posibilidad a ciertos matrimonios que por diversas causas estén imposibilitados para tener hijos, puedan acercarse a los medios que hoy en día les otorga la ciencia médica y estén en posibilidad de cumplir con ese anhelo, pero utilizando los métodos que ética y legalmente estén permitidos.

4.2 Ley General de Salud.

Siguiendo con la integración de nuestro sistema jurídico, tenemos que después de la supremacía jerárquica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran todas las Leyes Federales vigentes en la

⁴ CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. *Garantías del Gobernado*, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2005, pp. 140 y 141.

Republica Mexicana, supuesto en el que encuadra la Ley General de Salud (LGS), reglamentaria del derecho a la protección de la salud que tiene toda persona, consagrado en el artículo 4° de dicha Constitución.

La Ley General de Salud fue publicada en el Diario Oficial el 7 de febrero de 1984, y entro en vigor el 1° de julio del mismo año, entre sus objetivos referentes al tema en estudio se encuentran: la planificación familiar, el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana, entre otros. Asimismo, para cumplir con esos objetivos el Gobierno Federal cuenta con la Secretaria de Salud que es la encargada de: “Establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general; Organizar y vigilar las instituciones de beneficencia privada; Planear, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud y proveer a la adecuada participación de las dependencias y entidades públicas que presten servicios de salud; Organizar y administrar servicios sanitarios generales en toda la República; Dirigir la política sanitaria; Realizar el control higiénico e inspección sobre preparación, posesión, uso, suministro, importación, exportación y circulación de comestibles y bebidas; Realizar el control de la preparación, aplicación, importación y exportación de productos biológicos; Ejecutar el control sobre preparación, posesión, uso, suministro, importación, exportación y distribución de drogas y productos medicinales y Actuar como autoridad sanitaria.”⁵

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que dicha ley determina dentro de sus objetivos el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana, pero aunque los esfuerzos son bastos, los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica; no obstante, la citada ley ya incluyó algunos presupuestos para la utilización de técnicas de reproducción asistida, pero no es suficiente, pues

⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, pp. 152 y 153.

estos procedimientos requieren una legislación específica para dar mayor seguridad jurídica a las usuarias de estas técnicas.

A continuación comentare, los preceptos legales relacionados con las técnicas de reproducción asistida que se encuentran contenidos tanto en la Ley General de Salud, como en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, pues si bien son pocos e insuficientes, ya tenemos algunos parámetros que es necesario comentar.

El artículo 314 de la LGS, con relación al tema tratado, proporciona, entre otros, los conceptos de células germinales, embrión, feto, y producto como se transcribe a continuación:

- ARTÍCULO 314. Para efectos de este Título se entiende por:
- I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
 - VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;
 - IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;
 - XI. Producto, a todo tejido o substancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y anexos de la piel;...

A su vez, el artículo 318 reglamenta la protección y el control que se le da al embrión y a las células germinales, señalando su fundamento en la misma ley y en las demás disposiciones legales, debiendo entender por estas últimas, principalmente al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, mismos que serán estudiados más adelante. También podemos señalar como otro ordenamiento aplicable al Código Penal, debido a que la violación a cualquiera de los preceptos contenidos en los ordenamientos citados, generan un

delito que puede ser sancionado con multa, cárcel o la suspensión del ejercicio profesional.

Por su parte, el artículo 341 deja abierta la posibilidad para que se lleve a cabo la maternidad subrogada con fines terapéuticos, como se aprecia a continuación:

ARTÍCULO 341. La disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables. La sangre será considerada como tejido.

El artículo citado hace mención a la posibilidad de disponer de las células progenitoras con fines terapéuticos, dando con ello la pauta para que sean utilizadas en cualquier procedimiento de fecundación asistida, tal como podría ser la maternidad subrogada, debido a que dicha técnica se puede ofrecer como una alternativa netamente terapéutica para algunos casos de infertilidad, como por ejemplo el Síndrome Rokitansky, que es una malformación genética la cual puede presentar ausencia de útero o matriz pero con ovarios funcionales, y en tal caso la única forma de tener un hijo biológico es a través de una madre sustituta, supuesto que sería válido al padecer un mal de este tipo, pero al existir jurídicamente dicha posibilidad nos estamos olvidando de las consecuencias negativas que genera la subrogación materna, la cual se enfrenta a múltiples problemas que por remediar un mal de infertilidad genera muchos otros de índole más grave.

La inseminación artificial propiamente dicha esta regulada en la LGS en el Título Décimo Octavo, Capítulo VI, relativo a los Delitos, artículo 466, el cual se transcribe:

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

inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

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

Este artículo permite la práctica de la inseminación artificial en mujeres mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, pero a su vez protege a las menores o incapaces en materia de inseminación, así como también a la mujer mayor de edad que se le realice dicha técnica en contra de su voluntad; asimismo, se impone a la mujer casada el requisito de que su cónyuge manifieste su conformidad. En este mismo sentido, el Código Penal para el D. F., en el Capítulo I, del Título Segundo, castiga a las personas que ocupen esta técnica con fines distintos a los permitidos.

Como ha quedado asentado en los artículos en comento, la LGS nos habla en forma general tanto de células, como de tejidos y órganos, sin que exista un título o capítulo concreto para las técnicas de reproducción asistida, ni mucho menos como se encuentra regulado en países europeos (ya analizados en el capítulo tercero) donde se cuenta con legislaciones específicas sobre procreación asistida; sin embargo, en virtud de lo anterior es preciso señalar que la Secretaría de Salud debe mantener una estricta vigilancia en las instituciones tanto públicas como privadas que lleven a cabo actividades relacionadas con la reproducción asistida, pues se manejan elementos tan delicados como son los componentes del cuerpo humano, ya que de no mantener una estricta vigilancia en estas instituciones se corre el riesgo de que en México se estén llevando a cabo prácticas de maternidad subrogada clandestinamente.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Prescribe las bases del control para la investigación de la salud, siguiendo las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Mundial de la Salud. Dicho reglamento cuenta con diversos artículos

que tienen una importancia relevante en lo que se refiere a la procreación asistida, entre ellos, el 14, 21, 22, 40, 43, y 56.

Los artículos 14, 21 y 22 del citado reglamento, establecen las bases para la investigación que se realice en seres humanos, los aspectos que debe comprender la explicación que reciba el sujeto de investigación o su representante legal para que el consentimiento informado se considere existente y los requisitos que debe reunir el consentimiento informado por escrito.

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

- I. Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen;
- II. Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales; en laboratorios o en otros hechos científicos.
- III. Se deberá realizar sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo;
- IV. Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles;
- V. Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este Reglamento señala;
- VI. Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 de este Reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;
- VII. Contará con el dictamen favorable de las Comisiones de Investigación, Ética y la de Bioseguridad, en su caso; y
- VIII. Se llevará a cabo cuando se tenga la autorización del titular de la institución de atención a la salud y, en su caso de la Secretaría, de conformidad con los artículos 31, 62, 69, 71, 73 y 88 de este Reglamento.

Como podemos ver, el artículo 14 establece los requisitos que se tienen que cumplir para poder realizar alguna investigación en seres humanos, tal podría ser el caso de la maternidad subrogada, que de acuerdo con este precepto tendría que pasar primero por la etapa de investigación antes de llevarse a cabo legalmente en este país.

Los artículos 40, 43, y 56, se encuentran en el Título Segundo, Capítulo IV del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, que establece los criterios normativos sobre la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas,

durante el parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; así como la utilización de embriones, óvulos y fetos y la fertilización asistida. El artículo 40, fracción XI, del mencionado reglamento, es el que define la fertilización asistida de la siguiente manera:

ARTÍCULO 40. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:
XI. Fertilización asistida. Aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

Es aquí donde se define a la fertilización asistida como tal; asimismo, en este artículo es donde encuentran sustento legal las técnicas de reproducción asistida propiamente dichas, tales como la inseminación artificial homóloga, heteróloga y la fecundación in vitro, es decir, un tema tan delicado como lo es la procreación asistida tiene su fundamento legal en un reglamento, lejos de estar regulado en una ley federal por lo complejo del tema y porque estamos hablando de seres humanos.

En cuanto al artículo 43, establece que para realizar la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo que establecen los artículos 21 y 22 de este mismo reglamento, que a continuación se transcriben:

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

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación; y
- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

Aunque el artículo antes transcrito hace alusión al consentimiento que se debe otorgar en materia de investigación para la salud, también se aplican los requisitos que establece dicho artículo, al consentimiento que se debe conceder para que se realice cualquiera de las técnicas de procreación asistida legalmente permitidas. Sin embargo, el consentimiento informado deberá formularse por escrito cumpliendo con los siguientes lineamientos:

ARTÍCULO 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

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

A su vez, el artículo 56 dispone lo siguiente:

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

Basados en esta disposición se da la libertad de acudir a cualquiera de las técnicas de procreación asistida que permitan resolver los problemas de esterilidad o infertilidad que pueda sufrir una persona o pareja. Pero al hablar de fertilización asistida y tomando en cuenta que el artículo 40 del mismo reglamento, en la definición que da de ella, incluye solo a la inseminación artificial homóloga,

heterol6ga y a la fertilizaci6n in vitro, podemos deducir que dicho ordenamiento no prevé la posibilidad de que una mujer solicite a otra que geste para ella un embri6n (que deber1 ser producto de las c6lulas germinales de ella y de su pareja) y que a su nacimiento se lo entregue para fungir como madre legal de ese ni1o, es decir, no permite la maternidad subrogada pero tampoco la prohíbe, por ello se requiere una reforma legal.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposici6n de 6rganos, Tejidos y Cad1veres de Seres Humanos.

Tiene por objeto prever en la esfera administrativa, el cumplimiento de la LGS en lo que se refiere al control sanitario de la disposici6n de 6rganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cad1veres de seres humanos, con fines terap6uticos, de investigaci6n y de docencia. En estas condiciones, el art6culo 6 fracci6n XVIII, del citado reglamento define lo que es un *producto* al igual que la LGS, pero el art6culo 56, nos dice que para efectos del Reglamento de Disposici6n de 6rganos, adem1s de los se1alados en la fracci6n XVIII del art6culo 6, ser1n considerados como productos del cuerpo humano *las excretas y las c6lulas germinales*, motivo por el cual dicho precepto tiene injerencia en nuestro tema de estudio y por ello es necesario comentarlo:

ART6CULO 56. Para efectos de este Reglamento, adem1s de los se1alados en la fracci6n XVIII del art6culo 6° del mismo ordenamiento, ser1n considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las c6lulas germinales.

Los productos de seres humanos, excepto las c6lulas germinales, podr1n emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

La disposici6n de c6lulas germinales se llevar1 a cabo de conformidad con lo que se1alen las normas t6cnicas que al efecto emita la Secretar1a.

En el art6culo 6, fracci6n XVIII del Reglamento de Disposici6n de 6rganos, se incluye como *producto a todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiol6gicos normales; son considerados como productos, la placenta y los anexos de la piel;* pero adem1s de

los mencionados anteriormente, el artículo 56 amplió su contenido e incluye como producto del cuerpo humano *a las excretas y a las células germinales*. Es decir, este artículo concede un trato especial a las células germinales al no permitir su empleo con fines industriales, a diferencia de la placenta, anexos de la piel y excretas que sí se pueden utilizar con dichos fines. Es acertada la disposición anterior, porque no se trata de simples células excretadas, sino de las germinales, las que contienen códigos genéticos que en un momento dado pueden generar nuevos seres humanos con características especiales; sin embargo, este mismo artículo menciona que la disposición de células germinales estará regida por las normas técnicas que emita la Secretaría de Salud.

Al respecto, es conveniente citar el siguiente texto: “A través de la norma mexicana 003 SSA/2-1993, la Secretaría de Salud emite los permisos a las clínicas especializadas en las técnicas de reproducción asistida, sin embargo no existe una regulación ‘y nosotros estamos de acuerdo en que exista porque los más beneficiados serán los pacientes,’ señala Felipe Camargo, director del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) México. El especialista español agrega que la petición a las autoridades es que ‘se necesita una regulación, que se hagan las pruebas necesarias con el equipo humano, de laboratorio, infraestructura, tanto para las técnicas de reproducción asistida como para un banco de semen, el cual no se monta en el cuarto de atrás. Me parece honestamente sano que la Secretaría de Salud regule este tipo de servicios médicos.’ De igual forma, el director del Instituto de Ciencias en Reproducción Humana, Antonio M. Gutiérrez, expone: ‘Somos los principales que abogamos por esa certificación y regulación en los centros de reproducción asistida. Obviamente para realizar estas técnicas se necesita un permiso de la Secretaría de Salud. Por el momento estamos regidos por un Comité Latinoamericano de Reproducción Asistida, que es una asociación de toda Latinoamérica que se encarga de revisar que las instalaciones de todos los centros sean las adecuadas.’ En México, comenta, existen alrededor de 12 laboratorios certificados, los cuales continuamente reciben la visita de auditores biólogos y clínicos para comprobar que existen los equipamientos y

conocimientos necesarios. 'Desgraciadamente hay muchas clínicas que no tienen los elementos necesarios ni los conocimientos y el personal no tiene la preparación adecuada. Piensan que para trabajar sólo se requiere de una incubadora. Constituyen un riesgo para las pacientes. Los que nos dedicamos a esto sabemos que hay grupos patito y charlatanes que dicen que hacen fertilización in vitro y no es nada, no tienen ni el equipo para hacerlo. Y por lo regular las pacientes son personas desesperadas que tratan de encontrar una solución y que desgraciadamente pueden ser presa de mucha gente que no tiene ética profesional.' Antonio M. Gutiérrez señala que la certificación de la Red Latinoamericana 'es un documento que brinda la confianza de que se trata de una clínica avalada. Además es recomendable buscar en Internet el vitae de los especialistas y así saber qué publicaciones tienen o en qué congresos han participado; si no encuentran nada es que no tienen la experiencia necesaria.'⁶

Por último, tomando en cuenta que el derecho es una ciencia que debe evolucionar a la velocidad de los cambios sociales, es indispensable plantear la posibilidad de que la Ley General de Salud, el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud y el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, reglamenten de manera extensa y precisa las nuevas técnicas de reproducción asistida, y en particular la maternidad subrogada.

4.3 Código Civil.

La familia es la célula primaria de la sociedad, ya que es en el seno familiar donde el ser humano se desarrolla y aprende la forma en la que debe relacionarse con los demás integrantes del grupo social con el que tenga contacto; en consecuencia, el Derecho debe concebir que todos y cada uno de los hechos que se presenten en la vida de los miembros de una familia puedan llevarse a cabo en un ambiente sano y que realmente aporte buenos elementos a la educación de los

⁶ <http://www.revistavertigo.com/historico/13-3-2004/reportaje8.html>

hijos.

Atendiendo lo anterior, el 25 de mayo del año 2000 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto mediante el cual cambió de denominación el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para llamarle en lo sucesivo “Código Civil para el Distrito Federal.” El nuevo código vigente a partir del año 2000, incluyó una serie de reformas importantes relativas al Derecho Familiar, entre ellas, las referentes a los métodos de fecundación asistida, las cuales se comentarán en el presente apartado.

Sobre éste punto en particular, figuran los artículos 162, 267 fracción XIX, 293, 326 y 327 del Código Civil en comento.

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

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

El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, extendió aún más la garantía individual reconocida en el artículo 4° Constitucional, al indicar que se podrá emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr la descendencia, pero también menciona que esos métodos serán utilizados en los términos que señala la ley. Estos términos son los indicados en la Ley General de Salud ya comentados, dentro de los cuales solo están reconocidas la inseminación artificial homóloga, heterológica y la fecundación in vitro, más no la maternidad subrogada. Aunque si bien es cierto, el citado precepto es demasiado amplio al dejar abierta la posibilidad para utilizar *cualquier método* de reproducción asistida, también lo es que lo constriñe a seguir los lineamientos señalados en la ley.

Por lo asentado con anterioridad, se puede pensar que estoy en desacuerdo con la citada reforma, pero no es así, dicha reforma es acertada al

reconocerse como derecho de índole familiar la libertad de procrear a través de los métodos de reproducción asistida (*derecho a la procreación asistida*), lo que significa también, su congruencia con los artículos 1° de la Constitución y 2° del Código Civil para el 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. Situación que amplía las posibilidades de todas aquellas parejas que están impedidas para ser padres de manera natural, ya que con la ayuda de la ciencia y tecnología se ha podido remediar su mal en muchos de los casos. Además de que estar en contra de la aludida reforma, sería tanto como estar en contra del adelanto científico propio de la naturaleza humana. En lo que sí estoy en desacuerdo es que en el campo de la reproducción asistida no existan límites marcados a favor del bienestar de la sociedad, como podría ser la delimitación de la maternidad subrogada, ya que dicha técnica genera más perjuicios que beneficios al propio ser humano y en consecuencia a la sociedad en general.

Para poder emplear alguno de los referidos métodos, se requiere que ambos cónyuges manifiesten su consentimiento, ya que si no existe tal y se realiza cualquiera de las técnicas de fecundación artificial, trae como consecuencia lo que establece el siguiente artículo:

ARTÍCULO 267. Son causales de divorcio:
XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

El procrear un hijo debe ser un acto consensado entre los cónyuges, razón por la cual, si uno de ellos no fue consultado al respecto, la ley le otorga el derecho de ejercitar la acción de divorcio. Sin embargo, considerando que se trata de un ser indefenso, dicho precepto normativo puede ser discutible ética, religiosa y moralmente, pues si bien es cierto, la ley tutela la libertad de los cónyuges a decidir cuando y como procrear a sus hijos, también lo es, que se deja sin protección alguna al producto de la fecundación, lo que significa, dejar a un futuro

niño con una familia disuelta, en contravención a las diversas disposiciones jurídicas de orden nacional e internacional que protegen a la infancia.

Por otra parte, la ambigüedad en la cual esta reglamentada dicha *causal de divorcio*, deja deficientemente regulada cual es la situación del estado familiar que guarda el menor, fruto de la fecundación asistida, ya que el esposo de la mujer que recurre a cualquiera de las referidas técnicas sin su consentimiento, tiene el derecho de interponer el divorcio, además de poder impugnar su paternidad; en tal caso el niño no se consideraría hijo de matrimonio, sino de madre soltera, lo que reforzaría lo establecido por el siguiente artículo.

ARTÍCULO 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan...

El citado artículo amplía la descripción del parentesco familiar, que hasta antes del año 2000 se había tenido; en este caso, los hijos nacidos a través de cualquier técnica de reproducción asistida quedan protegidos gozando de los derechos inherentes que brinda tal parentesco. En efecto, la citada reforma fue enfocada a proteger y otorgar los mismos derechos a los niños que sean concebidos de forma natural o a través de alguno de los aludidos métodos, pues al final de cuentas lo que determina en este caso dicho parentesco, es el consentimiento manifestado por los cónyuges para ser padres. Sin embargo, considero necesario para una mayor seguridad jurídica y una mayor protección a los valores de la familia mexicana, que tanto el Código Civil, como las leyes tratadas a lo largo del presente capítulo, manifiesten expresamente la prohibición a la maternidad subrogada.

Por otro lado, refiriéndonos a la *fecundación asistida y al reconocimiento de la paternidad*, los padres que consientan algún método de reproducción asistida, no podrán en ningún momento ejercitar acción de desconocimiento de la

paternidad, lo anterior de conformidad al segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

ARTÍCULO 326...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Existe un vacío legal en el artículo anterior, al no especificarse de que forma debe extenderse el *consentimiento expreso*, en el mismo error se incurre al hablar de la fecundación post mortem que más adelante analizaremos; no obstante lo anterior, se incluye una garantía para el menor, en cuanto a que si existe consentimiento para procrear por medio de alguna de las técnicas de reproducción artificial, no se podrá impugnar la paternidad y en consecuencia el padre queda obligado a responder a todas las obligaciones inherentes a tal compromiso. Caso contrario lo que ocurriría si no existe consentimiento expreso, pues en tal situación sí procede la impugnación de la paternidad y con ella todo lo concerniente a dejar desprotegido al menor.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal permite en el artículo 329 la *fecundación post mortem*, en los siguientes términos:

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

En este precepto, al igual que en el artículo 326 se reitera que cuando exista consentimiento expreso del marido en la utilización de alguna de las técnicas de fecundación asistida, nadie podrá negar la filiación que se tiene por esta paternidad; sin embargo, si el niño nace después de los 300 días de la disolución del matrimonio sin que exista tal consentimiento, podrá promoverse acción en contra de ese parentesco en cualquier tiempo y por la persona a quien le afecte dicha filiación.

Así mismo, la referida disposición normativa adolece de algunas deficiencias legislativas, toda vez que no se menciona como debe manifestarse el consentimiento expreso; por tanto, interpretando tal precepto podemos deducir que se entiende por consentimiento expreso, el que señala el artículo 1803 del citado código que a continuación se transcribe:

ARTÍCULO 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad debe manifestarse expresamente.

Derivado de lo anterior, puede uno de los cónyuges hacer uso de cualquiera de las técnicas de fecundación asistida basándose en la manifestación verbal, escrita o por signos inequívocos que realiza el otro cónyuge en vida, lo que generaría una serie de conflictos legales e inseguridad jurídica, ante la ineficiencia del legislador al no señalar concretamente mediante que forma legal debe extenderse ese consentimiento expreso, siendo la forma más recomendable por escrito, mediante escritura pública que se otorgue ante notario. No siendo aceptado que tal consentimiento sea manifestado ni verbalmente, ni por signos inequívocos y tampoco mediante escritura privada. Al respecto, el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, establece en el artículo 22, que el consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los requisitos que ahí se señalan.

Otra de las deficiencias legislativas en las que incurrió el legislador en este precepto normativo, se da al no señalar el término mediante el cual la cónyuge supérstite puede hacer valer su derecho a la procreación asistida con el material seminal de su marido fallecido, ya que se deja abierta la posibilidad de que lo pueda hacer en cualquier tiempo, lo que significa inseguridad jurídica en materia sucesoria para la sociedad y especialmente para la familia y los menores que nazcan por medio de alguna de las mencionadas técnicas. Al respecto, creo pertinente manifestar que el término prudente para ejercer el derecho a la

procreación asistida del cónyuge sobreviviente después de la muerte del otro cónyuge es de 1 año, esto en virtud de que dicho precepto proporciona mayor inseguridad jurídica que un verdadero derecho a la procreación asistida, al no establecer el término para que se de tal supuesto.

A manera de conclusión, reitero que si bien es cierto que el Derecho Mexicano de tradición moralista, ha procurado que sus instituciones prevalezcan para asegurar que la sociedad no sea transgredida por los vicios del actual adelanto científico y tecnológico, también lo es que no se pueden cerrar las puertas para la aplicación de los avances de la ciencia en beneficio del ser humano, ya que la debida regulación de estos métodos puede asegurar que no se lleve a cabo una mala aplicación de ellos, tal es el caso de la maternidad subrogada, por ello pugno por la promulgación de una legislación específica en el campo de la procreación asistida en donde se le prohíba.

4.4 Código Penal.

El avance científico, tecnológico y médico debe ser regulado por el derecho penal, debido a la posibilidad de que las actividades biomédicas puedan incurrir en delitos que atenten contra los derechos fundamentales del individuo, estableciendo así, la legislación penal, los lineamientos que garanticen la protección de la sociedad; ya que si “el *Derecho* tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria,”⁷ el *Derecho Penal* tiene como objetivo fundamental brindar protección a los bienes jurídicos frente a los ataques intolerables, en donde otros ordenamientos legales no tienen el mismo impacto social al tutelarlos; esto es así, en virtud de que la normativa penal crea determinado efecto social creando conciencia en aquellos que cometen una conducta ilícita debido a la imposición de las penas, por esta razón es necesario

⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, 42ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 17.

crear tipos penales que protejan el desarrollo natural de la especie humana, como lo sería específicamente el delito de maternidad subrogada.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo a Pavón Vasconcelos, decimos que el “Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”⁸

En estas condiciones, le corresponde al derecho penal dar el paso más importante para salvaguardar los derechos que se ven trastocados con la maternidad subrogada, como lo es la vida de todo ser humano, la dignidad de la persona, el derecho de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, entre otros; en virtud de que la procreación asistida requiere, además de un efectivo control de la autoridad sanitaria del país, de una adecuada reglamentación legal que fije sus límites, perteneciendo dicha tarea al ordenamiento penal, ya que nuestro país no ha sido la excepción para la introducción de las modernas técnicas de fecundación artificial.

En efecto, hoy en día ya es común que existan establecimientos que ofrecen el servicio de las técnicas de reproducción asistida, las cuales se encargan de atenuar el padecimiento de esterilidad que actualmente viven muchas parejas, brindándoles la oportunidad de que a través de la aplicación de los modernos procedimientos de concepción artificial, logren procrear al hijo tan anhelado. Con esto nos podemos dar cuenta que todo lo comentado a lo largo de este trabajo viene a concretarse en una clara realidad, toda vez que se permite, por no estar expresamente prohibido en la ley, tener acceso al uso de todas estas nuevas formas de procreación, específicamente al de la maternidad subrogada, sustituta o por encargo, que sin lugar a dudas resuelve los problemas de algunas parejas carentes de hijos, pero que a la vez transgrede las garantías individuales del ser que está por nacer, así como los valores, costumbres y principios con los

⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 17.

que se ha regido durante siglos la sociedad mexicana, además de todos los conflictos que genera, ya analizados en el segundo capítulo de la presente tesis.

Por ello es que “la protección de los bienes jurídicos, como ha quedado establecido, se lleva a cabo por medio de las normas penales; en el sistema jurídico mexicano, estas normas se encuentran contenidas en el Código Penal Federal, en el Código Penal para el Distrito Federal, en los códigos penales de cada entidad federativa y en diversas leyes federales que tipifican conductas delictivas.”⁹

Y en virtud de que numerosas conductas relacionadas con las técnicas de reproducción asistida, pueden lesionar o poner en peligro los derechos fundamentales de los seres humanos, es que se vuelve necesario regularlas y en su caso (tal es el supuesto de la sustitución materna) establecer una sanción penal para no dejar a los individuos y a la sociedad en una situación de indefensión frente al adelanto científico, por ello, como más adelante se vera, la propuesta de tipificar la maternidad subrogada dentro del Código Penal para el Distrito Federal, ya que actualmente solo existen los delitos de inseminación artificial y manipulación genética.

De la situación antes expuesta se percató el legislador, y en el año 2002 puso a debate los temas relativos a la procreación asistida y a la manipulación genética, teniendo como resultado la reforma al Código Penal para el Distrito Federal de Noviembre de dicho año, de donde surge el Título Segundo, denominado “Procreación asistida, Inseminación artificial y Manipulación Genética,” que comprende del artículo 149 al 155. A su vez, el citado título esta dividido en dos capítulos, de los cuales, el Capítulo I contempla los delitos relacionados con la Procreación asistida e inseminación artificial, y en el Capítulo II se incluyen los delitos relacionados con la Manipulación Genética, los cuales analizaremos enseguida.

⁹ OSORIO Y NIETO, César Augusto. *Delitos Federales*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 11.

ARTÍCULO 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

De lo anterior puedo deducir que se permite la donación de óvulos y de esperma, siempre y cuando existan consentimiento y autorización por parte de los donantes de gametos, de lo contrario la o las personas que hagan uso de dicho material genético sin la autorización correspondiente, incurren en un delito. En este caso tanto los óvulos como los espermatozoides solo podrán ser utilizados para el fin que los donantes autorizaron, el cual puede ser desde la investigación de enfermedades (con algunas limitantes debido a que se puede realizar la investigación para fines eugenésicos o para la creación de quimeras o híbridos), hasta la procreación de un hijo, de lo contrario si dichos gametos son empleados con otro objetivo, la persona que realice tal conducta será acreedora a la sanción que el mismo precepto indica. Ahora bien, este tipo penal requiere que la voluntad del agente se materialice a través de un acto para que se realice la conducta típica, por lo que no se podría realizar por medio de una omisión, en virtud de que se prescribe "*A quien disponga...*" es decir, no se puede presentar la ausencia de conducta porque se requiere plena voluntad para realizar el hecho y obtener un resultado que es contrario a lo que la ley dispone.

ARTÍCULO 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

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

En este caso solo se esta tipificando la inseminación artificial no consentida; sin embargo, el legislador cometió un grave error al olvidarse de incluir la transferencia de embriones creados por fecundación in vitro a una mujer sin su

consentimiento, o cualquier otra técnica a través de la cual sea factible conseguir la reproducción humana y que se realice sin el consentimiento de las personas involucradas, es decir, que este precepto solo considera ilícito la inseminación artificial no consentida; así, al cometerse este delito se atenta directamente al derecho de libertad de elección a la procreación, reconocido en el segundo párrafo del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe mencionar que la falta de consentimiento en la inseminación artificial, se puede atribuir a la mujer, al marido y al concubino, solo que la materia penal resuelve el caso de la inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, y es la materia civil la que se encarga de resolver el tema de la inseminación artificial no consentida por el marido o concubino; caso contrario a lo que ocurre en Italia en donde se contempla que la mujer casada que se someta a estas técnicas sin consentimiento del marido se le sancionara con pena privativa de su libertad hasta por tres años, mientras que en México este problema lo resuelve el Derecho Civil. Al igual que en el artículo anterior, aquí la conducta siempre será de acción y no podrá constituirse el delito sin la presencia de esta, por lo que no se presenta la ausencia de conducta; asimismo, se destaca que no necesariamente debe existir fecundación para que se concrete el delito, debido a que el bien jurídico tutelado es la libertad de elección a la procreación y no la procreación en sí, por esta razón no es necesaria la fecundación para que se consuma el delito.

ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Por mi parte, la principal objeción argumentada al contenido de este título se centra en este precepto, porque es aquí donde se encuentra el meollo del asunto con relación al tema de la maternidad subrogada, ya que al parecer el

legislador quiso dejar inmersa la aludida práctica en este artículo, pero tal precepto es demasiado confuso, pues también se aprecia que quiso tipificar la fecundación in vitro no consentida. Es decir, no se sabe realmente que práctica fue la que el legislador tenía la intención de tipificar, porque primero nos menciona que *“Se impondrá... a quien implante en una mujer un óvulo fecundado... sin el consentimiento expreso de la paciente...”*, hasta aquí, dicho supuesto se refiere a la fecundación in vitro no consentida, teniendo en claro que al hablar de un óvulo fecundado, la ley se refiere a que se implante un embrión, pues de acuerdo con la Ley General de Salud, embrión es el producto de la concepción a partir de ésta (art. 314, frac. VIII). Pero continúa diciendo el citado artículo *“... cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno...”*, en esta frase es donde encontramos la disyuntiva de si se encuentra incluida la maternidad subrogada o no. Al hablar de un óvulo ajeno, debemos entender que ese óvulo ya está fecundado para que se pueda implantar en el útero, es decir, que se le va a implantar a una mujer un embrión que no es de ella, pues al ser ajeno se utilizó el óvulo de otra mujer. Con esto concluimos que sí se encuentra inmersa la maternidad subrogada en el Código Penal para el D. F., aunque de una forma muy confusa, por lo que es necesario que se reforme tal precepto; pero lo más delicado del asunto es que se tipifica la conducta de implantar a una mujer un óvulo fecundado ajeno a ella, siempre y cuando sea sin el consentimiento expreso de la paciente, es decir que si la paciente da su consentimiento para que se le implante un embrión ajeno (maternidad subrogada), no existe delito; grave error cometió con esto el legislador, pues como dice aquel principio *“lo que no está prohibido, está permitido,”* por lo que resulta indispensable que los legisladores tomen cartas en el asunto. Por último, el artículo analizado nos menciona que *“Se impondrá... a quien implante en una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello... espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante...”*, lo que aquí se está tipificando es la fecundación de un óvulo con espermatozoides de un donador no autorizado, siempre y cuando sea sin el consentimiento de la mujer, porque si existe tal consentimiento, no se incurre en ilícito penal.

ARTÍCULO 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Aquí se dispone una pena complementaria a las mencionadas en los artículos 149, 150 y 151, cuando exista determinada calidad en el sujeto activo, como es el caso del profesional de la salud o servidor público, los cuales además de la pena especificada en cada precepto legal, se hacen acreedores a la suspensión de la profesión o inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, respectivamente.

ARTÍCULO 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

El artículo prescrito con antelación restringe la persecución de los delitos consagrados en los artículos 149, 150 y 151 a la querrela, cuando entre el sujeto activo y el pasivo exista una relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, es decir, que en este caso la actividad procesal de los órganos jurisdiccionales se efectuara por impulso de la parte ofendida y no de forma obligatoria por parte del órgano jurisdiccional.

ARTÍCULO 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Atendiendo a lo que establece el artículo antepuesto, puedo decir que contiene tres tipos penales relativos a la manipulación genética, así como las

penas aplicables para la comisión de dichos delitos. En la *fracción I*, se aprecia que *a contrario sensu* se permite la manipulación de genes humanos, siempre y cuando se tenga como finalidad la disminución de enfermedades graves o taras, pero si la finalidad es distinta a la anterior se incurre en ilícito penal. A su vez la *fracción II*, protege que la fecundación de óvulos humanos solo tenga como fin la procreación humana. Como podemos observar en esta fracción se encuentra inmersa la permisibilidad de la fecundación fuera del vientre materno, es decir, de la fecundación in vitro, la cual se puede realizar siempre que la finalidad sea la procreación. Y por último en la *fracción III*, se prohíbe la clonación de seres humanos y la ingeniería genética con fines ilícitos, lo que podría traducirse que con fines lícitos si se permiten tales prácticas; sin embargo, se incurrió en otro error al no haberse prohibido la clonación de seres humanos en cualquier circunstancia. Como hemos podido apreciar, los bienes jurídicos tutelados en este precepto son: la protección de la especie humana, la dignidad del ser humano y de manera general la inviolabilidad del patrimonio genético.

ARTÍCULO 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

En este precepto se estima una pena complementaria cuando resulten hijos a consecuencia de la comisión de los delitos previstos en el artículo 154, que además de la privación de la libertad, inhabilitación o suspensión para desempeñar el cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, el sujeto activo se hace acreedor al pago de alimentos para la o las criaturas que nazcan como resultado de estas técnicas y para la madre.

De manera general las prácticas ya estudiadas, previstas en el Título Segundo del Código Penal para el D. F., atentan directamente al derecho a ejercer la libertad de procreación de la persona contra quien se practiquen estas técnicas sin su consentimiento. Asimismo, en dichas prácticas podemos observar dos vertientes: la primera es la que atenta contra la libertad de elección de la mujer

para gestar a un ser humano en su cuerpo sin su consentimiento, y la segunda se refiere a la intervención génica sobre el patrimonio genético de un individuo aunque sea indicada de modo terapéutico, considerando que cuentan con la capacidad de ejercicio para poder otorgar su consentimiento; en cualquiera de estas dos vertientes se atenta al derecho de ejercer la libertad y emitir el consentimiento para someterse a estas técnicas, transgrediendo la dignidad y la calidad moral de la persona.

Por otra parte, con relación al tema de estudio y habiendo analizado los preceptos citados del Código Penal para el D. F., concluyo que existe un vacío legal al no estar prohibida en cualquier circunstancia la maternidad subrogada, es decir, con o sin el consentimiento de la mujer, además de que no se prohíbe la otra modalidad de dicha técnica, la cual se da cuando una pareja contrata a una mujer para que sea inseminada con el esperma del hombre que la contrato y al nacimiento de la criatura la esposa del hombre que apporto sus gametos fungirá como madre del bebé, quedando sin derechos hacia el recién nacido su verdadera madre, por su puesto que todo es a cambio de una suma de dinero, dándose con ello la venta de un hijo; situación que es indispensable regular por todo lo que se ha sustentando a lo largo de este trabajo.

Al respecto, Graciela Medina en su libro “Daños en el derecho de familia” nos da su punto de vista con relación a las nuevas técnicas: “Personalmente, estimamos que las nuevas posibilidades tecnológicas que se han abierto en el campo de la biomedicina reclaman la reglamentación por parte del legislador, para evitar que un recurso incontrolado de esas técnicas conduzca a consecuencias imprevisibles para la sociedad civil y para la dignidad humana. Los grandes valores que deben inspirar la intervención del legislador son: el derecho a la vida e integridad psicofísica de todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, como también la prohibición de investigaciones y experimentaciones que afecten la dignidad de la persona humana.”¹⁰

¹⁰ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 366 y 367.

A su vez, “Zannoni, refiriéndose a la fecundación extrauterina efectuada con gametos de la pareja, cuyo embrión hubiese sido implantado en el útero de otra mujer, sostenía que dicho pacto tenía un contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres, por lo que esta hipótesis debía ser recibida en la legislación represiva del futuro.”¹¹ “En el congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, de 1987, el respetado civilista propuso expresamente como delito, tanto ‘la inseminación de una madre portadora, como la implantación de un embrión en otra mujer que se obliga a entregar al niño luego de su nacimiento.’”¹²

Por su parte, Javier Gafo, en su libro sobre las *Nuevas técnicas de reproducción humana artificial*, propone que se eleve a delito la implantación de embriones en mujer distinta de la que solicitó la FIV con sus propios gametos, olvidando el caso más grave de aportación de óvulo y vientre.¹³

En nuestro país todavía no existe un ordenamiento jurídico que legisle en un apartado especial la maternidad subrogada, hemos encontrado muy pocos preceptos en algunos códigos estatales, pero al igual que todas las técnicas de reproducción asistida, no se encuentran aún debidamente reguladas ni en la Ley General de Salud, tampoco en el Código Civil y como ya lo vimos, mucho menos en el Código Penal; ***de tal manera que es el momento que el legislador tome en cuenta que para legislar no deben tenerse presentes solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, algunas necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, se deben tener presentes y sobre todo los ojos fijos en el porvenir.*** Por ello, es que considero indispensable que las legislaturas de nuestro país le den la debida importancia a temas como los ya estudiados, que de seguir sin una regulación específica, y de llevarse a cabo en la práctica, provocarían gravísimas consecuencias.

¹¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p.370.

¹² Ibidem, p. 371.

¹³ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, ob. cit., p.371.

Por otra parte, al hablar del delito de maternidad subrogada, me veo en la necesidad de proporcionar los conceptos de las modalidades más comunes de la aludida práctica, para así estar en posibilidad de formular una propuesta en cuanto a su tipificación.

“Existen tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etcétera.”¹⁴ Pero siguiendo la definición etimológica decimos que “la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”¹⁵

En este sentido, comete el delito de maternidad subrogada la o las personas que contraten o intervenga en la contratación de una mujer, para que le sea implantado un embrión ajeno para su gestación, obligándose esta última a entregar a la criatura a sus padres biológicos después de su nacimiento, a cambio de un pago, ya en efectivo, ya en especie o mediante el ofrecimiento de la obtención de un beneficio inmediato o mediato para la subrogada, o quien lo realice de forma gratuita.

De igual manera comete el delito de maternidad subrogada la o las personas que contraten o intervengan en la contratación de una mujer, para que sea inseminada con material genético de un hombre distinto a su pareja, con la finalidad de que al término del embarazo, la criatura sea entregada a otra pareja, a cambio de un pago, ya en efectivo, ya en especie o mediante el ofrecimiento de la obtención de un beneficio inmediato o mediato para la subrogada, así como quien lo realice de forma gratuita.

Por último, comete el delito de maternidad subrogada el que implante en una mujer un embrión ajeno a través de cualquier método de reproducción artificial

¹⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Derecho Penal*, Editorial Harla, México, 1998, p.43.

¹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, ob. cit., p. 125.

con o sin su consentimiento o utilizando la violencia física, moral o el engaño; así como el que insemine a una mujer con material genético de un hombre distinto a su pareja, con la finalidad de entregar la criatura a persona distinta de quien lo gesto u a otra pareja. Ya al que coopere antes, durante o después de cualquiera de las modalidades antes anotadas. De igual forma, incurren en falta administrativa las instituciones en las que se lleven a cabo dichas prácticas.

“Indudablemente, al acudir a las técnicas de fecundación asistida, se compromete la ‘actuación médica’ desplegada por los profesionales y/o equipo interviniente, como también la gestión de la institución especializada donde se llevan a cabo las mismas.”¹⁶

En nuestro país, de realizarse dichas conductas actualmente nos encontramos en un estado de indefensión e inseguridad jurídica, por ello es urgente que se reforme el Código Penal para el D. F., ya que “de no existir el tipo, aún cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asóciales o antisociales, pero no de delitos.”¹⁷ Por tal motivo debe existir una adecuación de las conductas descritas en los párrafos anteriores y el tipo penal.

De todo lo asentado con anterioridad, se concluye, que el derecho debe avanzar al ritmo que la sociedad le plantea, puesto que es su deber regular todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro potencial en el desarrollo de la humanidad como es el supuesto de la maternidad subrogada.

4.5 Otros Códigos.

¹⁶ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*, ob. cit., p. 380.

¹⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Derecho Penal*, ob. cit., p. 56.

En México, además de los preceptos normativos que se han analizado a lo largo de este capítulo, son escasas, hasta la fecha, las disposiciones legales que regulan de una forma específica la maternidad subrogada, entre ellas, encontramos la legislación civil del Estado de Tabasco y Coahuila, los cuales en sus ordenamientos jurídicos ya incluyeron a tan controvertida técnica, por tal motivo se hace necesario el análisis de los citados códigos en el presente apartado.

Código Civil para el Estado de Tabasco

Con la difusión de las técnicas de procreación asistida, se ha provocado que diversas figuras del derecho tradicional se tornen obsoletas, por ello, diversas legislaturas en nuestro país han comenzado a regular sobre dicha materia; tal es el caso del Estado de Tabasco, que atendiendo a las demandas de la nueva realidad ha incluido novedosos supuestos en materia de filiación dentro de su Código Civil contemplando los métodos de reproducción asistida, entre ellos la maternidad subrogada.

El Código Civil para el Estado de Tabasco prevé en diversos artículos la normativa jurídica del tema en estudio, empezando por el artículo 31, el cual extiende la protección del ser humano desde el momento de su concepción hasta su muerte, aún cuando el embrión se encuentre fuera del vientre materno, a lo que se conoce mejor como fecundación in vitro, es decir, aquel procedimiento a través del cual la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide ocurre en un laboratorio con la ayuda de un especialista. Lo novedoso de este precepto se da en cuanto a que prevé que aunque el embrión se encuentre en un medio de cultivo artificial y no en el vientre de una mujer, ya goza de los derechos que otorga dicho Código. Esta extensión de las prerrogativas representa un avance en materia de filiación y métodos de reproducción asistida en el Estado de Tabasco, lo cual es enteramente válido y aceptado porque el objetivo principal de tales supuestos es

que el ser humano goce de protección desde el momento en que se da la concepción, ya sea que ese embrión se implante inmediatamente en el vientre de la mujer o permanezca en un banco de embriones, como se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 31. La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno.

El artículo 92 del mismo código es de suma importancia para nuestro tema, por ello lo transcribo para comentarlo posteriormente.

ARTÍCULO 92. ...

...

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.

Resalto la importancia del precepto anterior, en virtud de que reconoce como madre a la contratante de la subrogación materna, asimismo se establece que en estos casos se estará a lo ordenado para la adopción plena. Por otra parte, se hace una distinción entre madre gestante sustituta y madre subrogada, al mismo tiempo que se proporciona un concepto de madre contratante; pero no estoy de acuerdo en la distinción que hace este código entre madre gestante sustituta y madre subrogada, pues se le atribuye a la madre gestante sustituta únicamente la gestación del embrión ajeno y se dice que la madre subrogada

proporciona el componente genético y la gestación, pero como ya he comentado, para que exista una verdadera subrogación se requiere que haya sustitución y disociación de la persona que va a llevar a cabo la gestación y la dueña del óvulo; ya que si es una misma persona la que aporta el material genético y lleva a cabo la gestación, ella es la verdadera madre del bebé y no la madre subrogada. Por último se estipula en el referido artículo, que cuando la mujer subrogada este casada y viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil asentara como padre del niño que nazca a su esposo; en cambio si se trata del hijo nacido de una madre gestante sustituta, entonces el Oficial del Registro Civil deberá registrar como padre al esposo de la contratante y no al esposo de la mujer que gesta al bebé. Al respecto, el artículo 360 menciona lo siguiente: “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.”

Como hemos podido darnos cuenta, el contenido de los citados artículos es delicado, ya que no es conveniente que se permita en nuestro país la maternidad subrogada en ninguna de sus modalidades por todos los problemas que trae implícitos, pero mucho menos como está estipulado en el Código Civil para el Estado de Tabasco, ya que se prevé la posibilidad de que una mujer aporte tanto el componente para la gestación como el material genético, es decir, que la mujer aporta su propio óvulo para gestar al bebé, y en consecuencia el niño que nacerá es su verdadero hijo, de manera que la subrogada para entregar al bebé a la contratante tiene que darlo en adopción. ¿Pero qué tan valido y posible es convenir una adopción antes del nacimiento de la criatura?, dicho de otra manera, ¿es posible la adopción prenatal?. Además otro problema que encuentro en tal precepto, es que al mencionar que en los casos en que se presente la maternidad subrogada se estará o lo ordenado para la adopción, existe una gran incoherencia al permitir que una mujer geste a un niño que finalmente dará en adopción a una pareja, en lugar de que los legisladores tabasqueños pensarán primero en los

menores que se encuentran en casas hogar, a fin de que ellos tengan prioridad para ser adoptados.

Por otro lado, el artículo 324 reconoce la presunción de la paternidad de la misma forma, cuando los hijos sean concebidos de manera natural o por medio de fecundación asistida, resultando con ello, que la referida norma legal muestra al código en estudio como una de las más novedosas legislaciones de nuestro país en materia de derecho familiar, ya que al reconocer por igual como hijos a aquellos que han sido concebidos dentro o fuera del seno materno y a través de cualquiera de las técnicas de procreación asistida satisface las expectativas de la nueva realidad; sin embargo, el inconveniente que encuentro a la citada norma legal, es que al hablar de “cualquier método de reproducción humana artificial” se da rienda suelta para poder hacer uso de técnicas moralmente inadmisibles.

ARTÍCULO 324. Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

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

Los siguientes artículos nos hablan de los casos en los que el marido no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido a través de cualquier método de reproducción asistida, siempre y cuando haya existido consentimiento de su parte; asimismo, se hace mención a la presunción de paternidad del marido de la mujer que haya tenido un hijo por cualquiera de los citados procedimientos, si se probare que dio su consentimiento para el uso de tales métodos.

ARTÍCULO 327. El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

ARTÍCULO 329. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido

dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquier método de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

De la misma forma que los preceptos anteriores, el artículo 340 otorga la presunción de la paternidad de los hijos que hayan sido concebidos por medio de cualquier técnica de reproducción asistida al concubinario, siempre y cuando éste haya manifestado su consentimiento de una manera indubitable. También se permite la donación de gametos al reconocerse la presunción de dicha paternidad aún cuando no exista un nexo biológico entre los hijos y las personas que serán sus padres legalmente, siempre que haya existido el consentimiento respectivo.

ARTÍCULO 340: 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 siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

El artículo 349 permite reconocer al hijo concebido pero no nacido aún cuando el producto se encuentre fuera del seno materno, es decir, una pareja puede reconocer como hijo suyo a un embrión que no este implantado en el vientre materno, aún cuando hubiere sido concebido con gametos ajenos a la pareja, como se aprecia a continuación:

ARTÍCULO 349. Puede reconocerse al hijo que aun no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que

ha muerto si ha dejado descendientes; 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.

El siguiente precepto legal hace extensible todos los derechos del hijo reconocido por el padre, la madre o ambos, a aquellos que han nacido mediante cualquier técnica de procreación asistida, lo cual evita las distinciones entre unos y otros y contribuye al fortalecimiento de la garantía de igualdad que contempla y ampara la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ARTÍCULO 365. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

- I. A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. A ser alimentado por éste;
- III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondiente si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión intestamentaria; y

IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

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

La regulación que hace el Código Civil de Tabasco de los métodos de reproducción asistida es acertada y novedosa, en virtud de que otorga los mismos derechos a los hijos concebidos ya sea de manera natural o a través de alguno de los procedimientos de procreación artificial, a la vez que se encuentra a la vanguardia al incluir preceptos novedosos como los ya comentados, pero no acepto del todo esta legislación, ya que de la misma manera que resulta ser acertada y novedosa, también resulta ser controvertida y riesgosa por permitir la práctica de la maternidad sustituta como se verá a continuación; es por ello que he decidido dejar al último los comentarios de los artículos 347 y 360 del Código Civil para el Estado de Tabasco por la injerencia que tienen con relación al tema que estamos tratando, ya que es en el Estado de Tabasco donde por primera vez en la Republica Mexicana se legisla sobre tan discutido tema, pero lo más grave del asunto es que lo hace de forma permisiva, es decir, en dicho código se permite legalmente que se realice la maternidad subrogada, como se transcribe en las

líneas subsecuentes:

ARTÍCULO 347. 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 y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

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.

Por primera vez en un Código Civil de la República Mexicana se establece que 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;** es decir, 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 como la madre legal del niño y éste considerado como hijo legítimo de la mujer que contrató. Sin embargo, al otorgarle semejante derecho a la mujer que contrata esta práctica, se está degradando una de las funciones más importantes del ser humano, “la maternidad,” pues es a través de ella que se lleva a cabo la perpetuación de la especie.

Acerca de lo comentado en el párrafo anterior, es preciso señalar que el derecho determina el nacimiento de lazos de filiación, ya sea porque se presente un hecho que lo origine o porque así esté previsto por alguna hipótesis jurídica, tal es el caso de la adopción. Sin embargo, nunca antes en nuestro país se había establecido jurídicamente un lazo de filiación entre una mujer que contrata a una madre sustituta para gestar un embrión con el cual puede o no existir un nexo biológico entre la contratante y el producto de dicha concepción; lo cual me parece aberrante que esté ocurriendo en México, porque hasta este momento solo se permite la maternidad subrogada en un Estado de la República, pero dentro de algunos años puede extenderse tal situación a todo el país, quebrantando con ello los valores de la sociedad mexicana y la institución más importante de la sociedad,

como lo es la familia, además de presentarse con ello todos los problemas éticos, jurídicos, psicológicos y físicos ya comentados, que trae aparejados esta práctica.

La siguiente disposición contempla a la maternidad subrogada, como una excepción, para no imputar la paternidad de un niño, al marido de aquella mujer que funge como madre sustituta, ya que en este caso la criatura pertenece a otra pareja.

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

Si bien es cierto que la legislación civil del Estado de Tabasco es una de las más novedosas en el campo de la reproducción humana asistida, también lo es que debido al reconocimiento legal que le otorga a una madre sustituta, tal legislación representa un grave riesgo en la seguridad jurídica de los mexicanos, pues lo anterior quiere decir que una persona que viva en Coahuila (donde se prohíbe la maternidad subrogada) podrá hacer uso legalmente de esta técnica, trasladándose al Estado de Tabasco para contratar los servicios de una madre sustituta y así poder engendrar un hijo que a su nacimiento será legítimamente de la contratante.

Para evitar que se presente la situación anterior, debe contemplarse como garantía individual el que todos los seres humanos tengamos solo una madre biológica, aunque a veces por diversas circunstancias se cuenta con dos madres, una biológica y una legal, tal es el caso de la adopción; pero nunca tres maternidades diferentes.

Código Penal para el Estado de Tabasco

Como consecuencia de la permisibilidad que existe en el Código Civil de este estado con relación a la maternidad subrogada, el Código Penal para el Estado de Tabasco no la incluye como delito, sino únicamente en el Capítulo III, titulado “Inseminación Artificial,” del Título Cuarto denominado “Delitos contra la Libertad y la Seguridad Sexual y el Normal Desarrollo Psicosexual,” se tipifica como delito a la inseminación artificial en los siguientes términos:

ARTÍCULO 154.- Al que sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o sin o con el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de dos a seis años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años.

ARTÍCULO 155.- Si la inseminación se realiza con violencia, se incrementará la sanción correspondiente en una mitad.

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

En el Código Civil del Estado de Coahuila, se encuentra debidamente regulado el tema de la procreación asistida, dentro del Capítulo Tercero referente a la Filiación, Sección Tercera titulada “De la filiación resultante de la fecundación humana asistida,” que comprende del artículo 482 al 491, los cuales se comentan a continuación:

ARTÍCULO 482. Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas o biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

ARTÍCULO 483. Solo podrán ser destinatarios de 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.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que

por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

De los artículos que preceden se deduce que en el Estado de Coahuila está permitida la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, las cuales integran la asistencia médica para la procreación, pero solo podrán hacer uso de ellas las personas que se encuentren unidas en matrimonio o concubinato y que después de un periodo de 5 años no hayan podido concebir un hijo, sin que sea posible que puedan tener acceso a estos métodos las personas solteras; asimismo, se prevé como posible solución a la esterilidad o infertilidad de la pareja la donación de gametos a través de la inseminación o fecundación heteróloga.

Por su parte, los artículos 484, 485, 486 y 487 señalan los requisitos que se deben cumplir para poder hacer uso de cualquiera de las técnicas de procreación asistida permitidas, entre los que destaca la injerencia que tiene la Secretaría de Salud del Estado en estos procedimientos. Ahora bien, un dato que vale la pena señalar, es el hecho de que se plantea como una posible solución antes de usar cualquiera de los métodos apuntados, la adopción, lo cual me parece muy recomendable que en los estados que se este legislando sobre métodos de reproducción asistida, antes de dar esta solución a aquellas parejas que no son padres, se difunda más la cultura de la adopción como una opción viable para todas las personas que se encuentran en este supuesto. Por otro lado, es importante resaltar que se exige que el consentimiento que se otorgue para la utilización de cualquier método de reproducción asistida deberá ser en escritura pública ante notario, evitando con esto que exista el vacío legal que tiene el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 326 y 329 que no menciona de que forma deberá otorgarse dicho consentimiento. Otro señalamiento especial que hace este código es el apuntado en el artículo 487, el cual menciona que el consentimiento señalado con anterioridad queda revocado con la muerte de quien lo otorgo si antes no se hubiere realizado la fecundación, lo cual quiere decir que si una persona que otorgo su consentimiento para tal hecho muere antes de que haya concluido el proceso de fecundación artificial, dicha técnica ya no podrá ser

utilizada, pues el consentimiento queda revocado con la muerte de quien lo otorgo, prohibiendo con ello la fecundación post mortem.

ARTÍCULO 484. A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:

- I. Las disposiciones legales sobre procreación asistida.
- II. Descripción de las técnicas.
- III. Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

ARTÍCULO 485. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

- I. Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.
- II. Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.
- III. Que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado.
- IV. Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante.
- V. Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

ARTÍCULO 486. Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación esta obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento.

ARTÍCULO 487. El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

El siguiente artículo establece una premisa muy importante al prever una situación que de no estar reglamentada acarrearía diversos problemas en la práctica, nos referimos a todos aquellos casos en los que exista un embrión congelado o un óvulo fecundado in vitro, y que posterior a esto ocurra la disolución del matrimonio ya sea por muerte, divorcio o nulidad. Ante este supuesto el óvulo fecundado o embrión debe ser implantado en la viuda, divorciada o en la mujer cuyo matrimonio se anuló, y si la criatura nace dentro de los 300 días de ocurrido

lo anterior, la paternidad recaerá en quien fuera su marido; situación que evita conflictos posteriores sobre la pertenencia del embrión u óvulo fecundado, ya que se puede presentar el caso en el que después de disuelto un matrimonio, especialmente por divorcio, y existiendo un embrión crioconservado, ambos ex cónyuges pueden alegar tener derecho sobre dicho embrión (tema tratado en el capítulo primero, dentro del apartado 1.3.1.1), lo cual se evita al estar reglamentado en el siguiente precepto:

ARTÍCULO 488. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

El artículo 490, permite que se realice el estudio de A.D.N. cuando se quiera establecer o rechazar un lazo de filiación; asimismo, permite a las personas que hayan nacido a través de cualquier método de reproducción asistida que investiguen su origen biológico, quedando sin efecto el anonimato del donador en los supuestos de fecundaciones heterológicas, aunque en tales fecundaciones no se podrá establecer ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

ARTÍCULO 490. La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio.

También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heterológica no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

El Código Civil del Estado de Coahuila es uno de los códigos más avanzados en lo que se refiere a la filiación resultante de los métodos de fecundación asistida, similar a lo que ocurre en Tabasco, pero con la diferencia de que en dicho estado se permite la maternidad subrogada y en Coahuila ocurre todo lo contrario al prohibirse esta práctica, situación que se encuentra plasmada en los siguientes artículos, los cuales he dejado al final de este estudio, ya que es en ellos donde se encuentra regulada la prohibición a la mencionada técnica, como se vera a continuación:

ARTÍCULO 489. Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente.

ARTÍCULO 491. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

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.

Los anteriores preceptos son un ejemplo digno a seguir por todos los Estados de la República Mexicana, ya que la legislación de Coahuila puso la primera piedra en la lucha contra la maternidad subrogada en territorio mexicano, quizá por la cercanía que existe con Estados Unidos, lugar donde se permite legalmente la subrogación materna y donde el ser humano es tratado como objeto de comercio al pactarse un contrato donde su objeto es la venta de ese ser humano. Sin embargo, al percatarse Coahuila de tan espantosa situación decide no dar cabida a ello en nuestro país, y por eso resuelve declarar inexistente todo convenio que verse sobre maternidad subrogada y como resultado de su inexistencia no produce consecuencias jurídicas, pero en el supuesto de que se llegase a realizar dicha práctica por encima de su prohibición, la maternidad será atribuida a la persona que lleve a cabo la gestación y de a luz a la criatura, dejando sin derecho alguno sobre el bebé a la mujer contratante, aún cuando ella haya aportado el material genético.

Código Penal de Coahuila

Es de aplaudirse el adelanto legislativo que presenta el Estado de Coahuila en materia civil respecto a los métodos de reproducción asistida, específicamente al prohibir la maternidad subrogada, aunque la materia penal no está a la par, en virtud de que no contemplan a la multicitada técnica como delito, pues solo en el artículo 383, del Capítulo Sexto titulado “Violación a la Intimidad Personal o Familiar y a Derechos de la Personalidad,” que se encuentra dentro del Título

Segundo denominado “Delitos contra la Libertad y Seguridad Personal,” se incluyen como delitos, diversos supuestos de manipulación genética y de inseminación artificial, pero no de maternidad subrogada.

Finalmente hago mención a la necesidad imperante que existe de incluir tanto en el Código Civil como en el Penal para el Distrito Federal la maternidad subrogada, pues siendo el Distrito Federal la capital de los Estados Unidos Mexicanos y sede de los Poderes de la Unión, además de ser la capital más grande de la Republica Mexicana, debe contar con legislaciones que estén a la vanguardia y atiendan las necesidades de la realidad científica y tecnológica que vivimos actualmente.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Actualmente, ya no es indispensable la relación sexual entre un hombre y una mujer para procrear un hijo, solo es necesario, la unión de un óvulo y un espermatozoide en un laboratorio para que la procreación, en la mayoría de los casos, pueda ser posible; sin embargo, aunque si bien es cierto que la fecundación in vitro es una técnica de vanguardia que ofrece grandes posibilidades para subsanar los problemas de esterilidad, también es una técnica muy controvertida y riesgosa por todo lo que implica, pues es una realidad que en un laboratorio se puede manipular la herencia humana, influir en ella y modificarla, lo que bien encauzado podría ser un avance para la humanidad, también se puede tornar en la mejor herramienta para cercenar y transformar al propio hombre.

SEGUNDA. No bastó con la creación del ser humano en un laboratorio, sino que el adelanto científico y tecnológico iría más allá, pues surge una práctica a través de la cual ya no es necesario que un niño sea concebido en el vientre de su madre, ni que la mujer de quien procede genéticamente sea necesariamente la que le traiga al mundo, sino que puede ser parido por otra mujer a la que se llama madre subrogada, substituta o de encargo; es decir, mujeres que llevan a cabo la gestación de un embrión ajeno, en sustitución de otras imposibilitadas para hacerlo, ya sea por falta de útero, por existencia de contraindicaciones graves al embarazo o por simple capricho, comprometiéndose dicha mujer a entregar a la criatura después de su nacimiento y renunciar a todos sus derechos materno filiales, todo esto a cambio de una determinada cantidad de dinero.

TERCERA. Se ha tratado de equiparar a la maternidad subrogada otra práctica que implica un grave riesgo para la sociedad, pues lo que realmente ocurre, es que la madre, literalmente vende a su propio hijo, ya que la mujer contratada acepta ser inseminada con el esperma del hombre de la pareja que la contrato, siendo la misma mujer que gesta el embrión la que aporta el óvulo, y al término del embarazo ésta entrega a su hijo biológico a la pareja contratante, por supuesto, a cambio de una cierta retribución económica; sin embargo, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no aporta el material genético, por lo tanto, lo que aquí tenemos no es una subrogación, sino la venta de un menor.

CUARTA. En este momento ya no es aplicable a la realidad que estamos viviendo, aquella frase que por siglos fue acuñada en todas partes del mundo: *“Madre solo hay una.”* Hoy en día, ya es posible la división de la maternidad biológica en gestante y genética, a diferencia de la paternidad biológica que siempre será una. Si bien, ambas maternidades pueden coincidir en la misma persona, no es el caso de la maternidad subrogada, porque como ha quedado apuntado, se requiere esa disociación en la maternidad biológica para que podamos hablar de subrogación materna. Pero además de las dos anteriores puede existir una tercera maternidad, nos referimos a la legal, que le pertenece a la mujer que ajena a las dos anteriores va hacerse cargo del bebé después de su nacimiento. Y por si esto fuera poco, los esquemas familiares pueden complicarse en demasía, si la mujer que funge como madre subrogada es familiar de algún miembro de la pareja, en tal supuesto los problemas éticos, y psicológicos que se presentan son serios, ya que en los casos que se conocen al respecto se han suscitado problemas éticos y de identidad de papeles que hacen que tenga un argumento más para la prohibición de esta técnica.

QUINTA. Son muchas las causas por las que se puede recurrir a este tipo de maternidad, pero el riesgo que se corre es que no sólo se realice en los casos de infertilidad o en los prescritos medicamente, sino que este tipo de maniobras abre la posibilidad a que el encargo de niños por medio de este método se extienda al hombre o a la mujer solos, a parejas de lesbianas o de varones homosexuales, sin olvidar lo grave que sería que una persona recurriera a esta técnica solo por los inconvenientes que le pudiera ocasionar el embarazo, por tratarse de atletas, bailarinas, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos un contratiempo inoportuno; y tratándose de una función tan importante como lo es la maternidad, no se debe permitir que sea delegada.

SEXTA. La velocidad con que se está trabajando en los laboratorios de todo el mundo, intentando mejorar las técnicas de reproducción asistida, obliga a toda la sociedad a ponernos alerta ante tales avances, ya que lamentablemente esta rápida evolución de la ciencia reproductiva no va acompañada de la misma progresión legislativa, social, cultural y religiosa, por ello, se hace necesario que el derecho impida que el avance de la ciencia y la tecnología quede únicamente en manos de los científicos; por tal motivo, se debe pugnar para que en México y en todo el mundo existan las normas jurídicas adecuadas a estos avances, y más aún se debe luchar por conseguir una legislación universal respecto a las técnicas de procreación artificial que incluya la prohibición de la maternidad subrogada, ya que de no hacerlo así se corre el riesgo de que se lleven a cabo actos que quebranten los derechos fundamentales de todo ser humano, además de que dicha legislación serviría para evitar que la disparidad de prohibiciones entre unos y otros países creen “paraísos genéticos” al estilo de los denominados paraísos fiscales; Por ello la necesidad de proponer un instrumento internacional de observancia general para todas las naciones, sobre la base de la protección de la dignidad del ser humano desde su concepción y hasta su muerte, además de que vaya a la vanguardia con los cambios que la ciencia y la tecnología van presentando.

SÉPTIMA. Sustento mi rechazo a la permisibilidad de la maternidad subrogada para evitar que se suscite algún problema ético, legal, psicológico y/o físico con alguna de las personas inmiscuidas en estos procedimientos, en especial, con el niño que es considerado como un objeto de comercio, y bajo ninguna circunstancia el ser humano puede ser objeto de comercialización, al mismo tiempo que no podemos predecir el destino psíquico de los niños nacidos por este método, lo cual puede ser devastador. Asimismo, se debe rechazar este tipo de maternidad porque constituye una nueva forma de explotación del cuerpo femenino, pues por más de que se trate de enmascarar esta práctica, la realidad es que existe una utilización de los más débiles a favor de los más poderosos y en una sociedad democrática esto debe ser inadmisibles. Por otro lado, está prohibida la mezcla de aportaciones genéticas, aspecto que aquí no se respeta, pues es indudable la influencia que ejerce la mujer gestante con el embrión ajeno que lleva dentro de su ser; a más de que entre los principales objetivos de la gran industria que se ha creado alrededor de la maternidad subrogada, se encuentran los grandes beneficios económicos que reditúa esta práctica, lo cual es a costa de comercializar con los seres humanos; y finalmente, debe ser rechazada la maternidad subrogada por las variaciones que de ella puedan surgir, como lo es la posibilidad de utilizar mujeres clínicamente muertas para este fin, la ectogénesis, la gestación en el varón, así como la gestación inter especies.

OCTAVA. Para impedir que se susciten acontecimientos indeseables en nuestro país, se deberá reformar el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adicionar un párrafo en el que se garantice a todo ser humano el tener solo una madre biológica, sin dar cabida a su división en genética y gestacional, porque si bien es cierto que las mujeres tenemos el derecho a ser madres y hacer todo lo posible y permitido por la ley para

conseguirlo, no debemos confundir la libertad de procreación con el afán posesivo como un derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento a toda costa y por encima de todos los problemas que genera la maternidad subrogada. Y lo más importante, no debemos olvidar que el derecho de un hombre concluye donde inicia el de otro, garantía que aquí no se respeta, ya que al ejercer la mujer su derecho de libertad a realizar la gestación de un embrión ajeno, transgrede los derechos del niño concebido por dicho método.

NOVENA. Tomando en cuenta que el derecho es una ciencia que debe evolucionar a la velocidad de los cambios sociales, es indispensable plantear la posibilidad de que la Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, regulen de manera extensa y precisa las nuevas técnicas de reproducción asistida, y en particular la maternidad subrogada; ya que actualmente ninguno de los citados ordenamientos cuentan con un título o capítulo concreto donde reglamenten dichos métodos, tan solo existen de manera aislada algunos preceptos donde se les regula.

DECIMA. Se debe adicionar en el Código Civil para el Distrito Federal, la norma que prohíba expresamente la maternidad subrogada en cualquier circunstancia, no solo cuando conlleve un móvil de lucro, sino también en sus formas más generosas, ya que la generosidad que se da con una mujer es a costa del bienestar y la dignidad del niño, y por evitar el trauma de dicha mujer al no poder ser madre, se somete a la criatura a nuevos y mayores traumas. Además de que la citada práctica constituye un atentado a la dignidad de la mujer y al cuerpo femenino al ocuparse como incubadora para la gestación a cambio de una cantidad de dinero.

DECIMO PRIMERA. No debe ser aceptada la regulación del Código Civil del Estado de Tabasco respecto a la maternidad subrogada, ya que lo hace de forma permisiva, al mismo tiempo que establece que cuando en un proceso reproductivo participe una segunda mujer, se debe reconocer como madre legal a la mujer que contrata, ya sea que aporte o no el óvulo; situación que rechazo rotundamente porque hasta este momento solo se permite este tipo de maternidad en un Estado de la República, pero dentro de algunos años se puede extender tal situación a todo el país de no establecerse límites.

DECIMO SEGUNDA. El Código Civil del Estado de Coahuila, es un ejemplo digno a seguir por todos los estados de este país, pues ha sido el primero en luchar contra la realización de la maternidad subrogada en territorio mexicano al declarar inexistente todo contrato que verse sobre esta clase de maternidad, y como resultado de su inexistencia no produce consecuencias jurídicas, pero en el supuesto de que se llegase a realizar dicha práctica por encima de su prohibición, la maternidad será atribuida a la persona que lleve a cabo la gestación y dé a luz a la criatura, dejando sin derecho alguno sobre el bebé a la mujer contratante, aún cuando ella haya aportado el material genético.

DECIMO TERCERA. Especial atención en el ámbito del derecho penal merece la maternidad subrogada, técnica de reproducción asistida que implica un nuevo papel de la mujer y en consecuencia una nueva definición de la maternidad y de la familia; además de que propone regresar a modelos esclavistas pretendiendo que ciertas mujeres trabajen de incubadoras humanas para gestar hijos para otras que no puedan o no quieran hacerlo, razón de sobra para que toda esta clase de experimentos peligrosos para la humanidad, sean castigados, sin ninguna duda, por el ordenamiento penal tipificándolos como delitos, toda vez que no podemos esperar a que el resultado se produzca para aplicar entonces las

sanciones correspondientes al homicidio, a las lesiones, etc., ya que en estos casos el efecto preventivo de la amenaza penal debe operar antes de que la conducta se realice. Por lo tanto, le corresponde al derecho penal establecer los lineamientos que garanticen la protección de la sociedad y de los bienes jurídicos más significativos frente a los ataques intolerables, en donde otros ordenamientos legales no tienen el mismo impacto social al tutelarlos; esto es así, en virtud de que la normativa penal crea determinado efecto social estableciendo conciencia en aquellos que cometen una conducta ilícita debido a la imposición de las penas, por esta razón es necesario crear tipos penales que protejan el desarrollo natural de la especie humana, como lo sería específicamente el delito de maternidad subrogada en todas sus formas, por ello, la propuesta de reformar el Código Penal para el Distrito Federal e incluirla de manera precisa.

DECIMO CUARTA. Por mi parte la principal objeción al contenido del Título Segundo, del Libro Segundo, del Código Penal para el D.F., se centra en el artículo 151, porque analizado a fondo, concluyo que el ánimo del legislador fue dejar tipificada a la maternidad subrogada en tal precepto, aunque de forma poco clara; pero lo delicado de este artículo es que establece que para cometer el delito, dicha conducta se debe realizar sin el consentimiento expreso de la paciente, es decir que si la paciente da su consentimiento para que se le implante un embrión ajeno (maternidad subrogada), no se integra el delito, de tal manera que, se debe reformar el artículo 151 del Código Penal para el D.F., para que no exista confusión en dicha norma jurídica y quede tipificado de una manera clara y precisa el delito de maternidad subrogada, así como aquella práctica que se le equipara en donde la mujer es inseminada con el esperma del hombre que la contrato y al final del embarazo la mujer vende a su propio hijo.

DECIMO QUINTA. Luego de revisadas las tendencias que existen en el Derecho Mexicano respecto a la maternidad subrogada, es de necesidad imperante, reflexionar sobre la protección jurídica que tiene el ser humano en nuestro país

actualmente. Para ello tomemos en consideración que el Derecho debe asegurar la dignidad de las personas, instrumentando todas las medidas necesarias a fin que el ser humano no sea reducido por las biotecnologías a la categoría de una cosa; asimismo, debe proteger la integridad de la familia antes que los fines de la ciencia, pues la familia biológica constituye un verdadero bien jurídico que debe resguardarse, *de manera que es el momento de tomar en cuenta que para legislar no deben tenerse presentes solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, algunas necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, se deben tener presentes y sobre todo prohibirse.*

PROPUESTA.

El progreso de la ciencia en el campo de la fecundación y de las nuevas formas de procreación en el género humano, ha planteado una nueva realidad social a la que hoy tenemos que hacer frente, pues el derecho debe avanzar al ritmo que la sociedad le plantea, ya que es su deber regular todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro potencial en el desarrollo de la humanidad, pues por lo general los avances científicos van un paso adelante del derecho, el cual se retrasa en su actualización a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse, de tal manera que no se deje a los individuos y a la sociedad en situaciones determinadas de indefensión; tal es el caso de la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida “la maternidad subrogada.” Práctica por medio de la cual una mujer se obliga a gestar el embrión de otra pareja, y a entregarlo después de su nacimiento, renunciando a todos sus derechos materno-filiales a cambio de una retribución económica. Pero lo más delicado de esta nueva tendencia en la maternidad, es que se ha tratado de equiparar a la subrogación materna, otra modalidad en la que la mujer contratada acepta ser inseminada con el espermatozoides del hombre de la pareja que la contrato, siendo la misma mujer que gesta el embrión la que aporta el óvulo, y al término del embarazo ésta entrega a su hijo biológico a la pareja contratante a cambio de una cierta retribución económica; por lo tanto, lo que aquí tenemos no es una subrogación, sino la venta de un menor.

En tal virtud, las nuevas técnicas de reproducción asistida, han sido generadoras de grandes vacíos legales, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativo, civil y penal; generando problemas en el mismo ámbito jurídico, ético, psicológico y físico, que deben ser tratados con suma prudencia, ya que está en juego la vida de un ser indefenso al que el derecho está obligado a proteger por encima de las pretensiones y caprichos de las mujeres o parejas que no han podido ser padres biológicos a través de las técnicas de reproducción asistida éticamente aceptadas, y que pretenden serlo a través de métodos no admisibles éticamente, pero mientras no exista una prohibición rotunda a estos procedimientos, se corre el riesgo de traer al mundo seres humanos inocentes a los que se les condena a una vida indigna desde antes de su nacimiento.

Por lo asentado a lo largo del presente trabajo, y por las líneas que preceden, parecería que estoy en contra del adelanto científico, médico y tecnológico, pero ocurre lo contrario, estoy a favor del avance en todos los sentidos cuando se trate de mejorar la calidad de vida del ser humano, siempre y cuando dicho avance no vaya en contra de la propia naturaleza humana, porque la ciencia y la tecnología deben estar para servir a la humanidad y no para satisfacer caprichos que puedan cercenar la vida del propio hombre, y sobre todo, no se puede ir en contra de esa naturaleza de la que somos poseedores, pues lo que no se nos dio de manera natural, no se puede forzar a que ocurra porque tarde o temprano tendremos que pagar la factura correspondiente.

El gran problema en México, es que en materia de reproducción asistida no existe todavía una ley específica, lo cual obliga a los estudiosos del derecho y especialmente a los legisladores, a generar las normas jurídicas que por un lado propicien la investigación científica en apoyo al desarrollo de tecnologías biológicas que contribuyan a elevar los niveles de calidad de vida y salud, pero siempre garantizando el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales, la dignidad humana y protegiendo la salud pública, sin dejar pasar

de largo que en este campo se establezcan métodos que permitan valorar las posibles consecuencias que deriven de las aplicaciones del conocimiento científico. Para ello deberá prohibirse la maternidad subrogada en cualquier circunstancia, y deberán ser objeto de sanción penal las personas que participen en un contrato de este tipo, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y los equipos médicos que la realicen, de igual forma deberán ser objeto de sanción administrativa las clínicas u hospitales en los que se realice esta práctica.

Actualmente el Código Penal para el Distrito Federal, prevé en el artículo 151 la maternidad subrogada, de la siguiente forma:

ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

De acuerdo con la descripción anterior, se tipifica la maternidad subrogada cuando se realice sin consentimiento de la paciente, es decir, que si la mujer da su consentimiento para tal hecho, este se puede realizar legalmente; con lo que estoy en desacuerdo por las repercusiones que genera en todos los aspectos de la vida de las personas inmiscuidas en esta práctica, principalmente de la criatura que esta por nacer. En tal virtud, existe un grave riesgo para la sociedad al no estar prohibida en cualquier circunstancia la subrogación materna, además de que no se prohíbe la otra modalidad que se equipara a dicha técnica, la cual se da cuando existe la venta del propio hijo, situaciones que es indispensable prohibir para salvaguardar los bienes jurídicos de mayor preeminencia.

El interés de la suscrita por adecuar la legislación a la conducta, parte de la necesidad de prever los posibles resultados de la llamada maternidad subrogada,

así como sus efectos, por lo que es necesario que se reforme el artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal, para otorgar seguridad jurídica a toda la sociedad y que el ser humano no se encuentre en desventaja e indefensión frente a los adelantos de la ciencia, por tal motivo la reforma propuesta deberá hacerse bajo los siguientes principios y recomendaciones:

Principios:

- Evitar que la familia biológica se vulva artificial.
- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social-
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño.
- Evaluar los riesgos y poner límites.
- Proteger la dignidad del cuerpo femenino y del ser humano en general, frente a cualquier ataque intolerable de la ciencia.

Recomendaciones:

- ✓ Deberá prohibirse la maternidad subrogada en cualquier circunstancia.
- ✓ Deberán ser objeto de sanción penal las personas que participen directamente o como intermediarias en una práctica de maternidad subrogada, así como el equipo médico que la realice.
- ✓ Deberán ser objeto de sanción administrativa los hospitales, clínicas o lugares en los que se llegase a realizar la subrogación materna.

En este sentido, atendiendo al principio de legalidad en el ámbito penal para brindar seguridad jurídica, en cuanto a que “no hay delito sin ley” es que la propuesta versa sobre la reforma citada para otorgar dicha seguridad jurídica al ciudadano, ya que por muy perversa que sea una conducta no hay más delitos que los que consagra la ley, y los Tribunales no pueden considerar como delito hechos distintos a los consignados en las normas jurídicas, quedando absolutamente excluida la aplicación análoga de las leyes que fundamentan los

delitos y las penas, por tal motivo el artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal deberá quedar como sigue:

ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién o quienes implanten a una mujer **en cualquier circunstancia** un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

El proyecto al que se deberá aspirar es ambicioso y de momento poco realista, ya que debe abarcar la regulación de las técnicas de reproducción asistida principalmente en una ley específica "*Ley mexicana de reproducción asistida*," así como la adición de los preceptos correspondientes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley General de Salud y los reglamentos relativos a ella, al Código Penal y al Código Civil para el Distrito Federal y por último a todas y cada una de leyes y códigos estatales que sirvan de base para que no se realice la aludida técnica. Por tal motivo, es que de momento mi propuesta se basa únicamente en la reforma al artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

BIBLIOGRÁFICAS

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Compendio de Derecho Administrativo. Parte General**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 594.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho Administrativo Especial**, Vol. I, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 902.
3. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. **Derecho Penal**, Ed. Harla, México, 1998, p. 418.
4. BARBERO SANTOS, Marino. **Ingeniería genética y reproducción asistida**, Ed. Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989, p. 320.
5. BURGOA O., Ignacio. **Las Garantías Individuales**, 37ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004, p. 814.
6. CARCABA FERNÁNDEZ, María. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 190.
7. CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)**, 42ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 363.
8. CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. **Garantías del Gobernado**, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2005, p. 749.

9. CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. **Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes**, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2000, p. 72.
10. GAFO, Javier. **Dilemas éticos de la medicina actual-11. Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales**, Ed. Sal Térrea, Madrid, 1998, p. 232.
11. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. **La fecundación in vitro y la filiación**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p 291.
12. LEMA AÑÓN, Carlos. **Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida**, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 429.
13. LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. **Procreación humana artificial: Un desafío bioético**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 528.
14. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La nueva inseminación artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre 1988)**, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, p. 601.
15. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge Benegiu. **La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español**, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 166.
16. MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulación genética y derecho penal**, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 265.
17. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. **Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal**, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 187.
18. MEDINA, Graciela. **Daños en el derecho de familia**, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 611.
19. NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 321.

20. OSORIO Y NIETO, César Augusto. ***Delitos Federales***, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 835.
21. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. ***Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General***, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 605.
22. PERIS RIERA, Jaime Miguel. ***La regulación penal de la manipulación genética en España. Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías***, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 236.
23. SÁNCHEZ MORALES, Ma. Rosario. ***La manipulación genética humana a debate***, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998, p. 261.
24. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. ***Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho***, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 573.
25. TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. ***Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México***, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999, p. 540.
26. TURBET, Silvia. ***Figuras de la madre***, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996, p. 322.
27. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. ***Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida***, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 283.
28. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. ***Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español***, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 229.
29. ZARRALUQUI, Luis. ***Procreación asistida y derechos fundamentales***, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 189.

HEMEROGRÁFICAS

1. HUERTA MENDOZA, Leonardo. **Tratamientos contra la infertilidad**, "Revista del consumidor," mayo 2004, Número 327, México, p. 55.

2. FERNÁNDEZ, Flor Angélica. **Guía completa para adoptar a un niño en México**, en revista "Padres e Hijos," Enero 2007, Año XXVIII, No. 01, México, p. 88.

LEGISLATIVAS

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 16va. ed., Ed. Sista, México, 2008.

2. LEY GENERAL DE SALUD. 8va. ed., Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008.

3. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 5ta. ed., Ed. Sista, México, 2008.

4. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 16va. ed., Ed. Sista, México, 2008.

5. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO. <http://www.cddhcu.gob.mx>.

6. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO. <http://www.cddhcu.gob.mx>.

7. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA. <http://www.cddhcu.gob.mx>.

8. CÓDIGO PENAL DE COAHUILA. <http://www.cddhcu.gob.mx>.

9. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD. 8va. ed., Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008.

10. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE

CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS. 8va. ed., Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008.

SITIOS DE INTERNET

<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/MaternidadSubrogada.htm1>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>

http://publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA_05_jul-sep_1998/7

<http://www.clarin.com/diario/2005/07/20/sociedad/s-03701.htm>

http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_cont5.htm

<http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm>

<http://www.monografias.com/trabajos6/etic/etic.shtml>

http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras16/notas2/sec_1.html

http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=seminario_internacional&file=principios

<http://www.revistavertigo.com/historico/13-3-2004/reportaje8.html>

<http://comunidad.vlex.com/dergenetico/LibDerGenC7.html>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>

<http://www.margen.org/ninos/derech4a.html>.

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpZyVEyVVFxMqBXfrW.php>

<http://www.aabioetica.org/Import.htm>

<http://www.aebioetica.org/rtf/doc.rtf>

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/377/51>

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/301/42>

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/39/47>