

UNIVERSIDAD LATINA S. C.



**Universidad
Latina**

**INCORPORADA A LA UNAM.
FACULTAD DE DERECHO.**

**“PROPUESTA DE ELABORACIÓN DE UN CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO DE ÚTERO”**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO.**

P R E S E N T A:

LAURA GARCÍA MEJÍA

ASESOR:

LIC. MARÍA DEL ROSARIO RAMÍREZ CASTRO.

MÉXICO D. F. 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS A:

DIOS: Por permitirme existir y ser, por darme la oportunidad de vivir y seguir aquí.

PAPÁ Y MAMÁ: Por hacer de mi el ser humano que hoy soy, por darme los principios, el amor y apoyo y sobretodo por comprenderme siempre y amarme sin condiciones.

FERNANDA: A ti que eres el mejor regalo que Dios me dio, por ser el motor de mi vida, por darme la fuerza en los momentos más difíciles para seguir, por ser mi compañera en esta aventura, y mi mejor amiga. GRACIAS TE AMO.

ISABELLA: Mi pedacito de cielo por venir a completar mi vida.

JORGE EL AMOR DE MI VIDA: Por que en ningún momento me has dejado de apoyar, por seguir aquí, por formar parte de todos mis sueños y mis logros y por existir en mi vida.

HERMANA: Por acompañarme en todo momento, por que eres admirable y por que eres la mejor hermana del mundo. TE QUIERO.

NATALIA: Por que eres un gran ejemplo de cómo vivir intensamente. Te quiero hermanita

PROFESORES: Gracias por todos los conocimientos que me transmitieron.

LIC ROSARIO Gracias por su paciencia y por el tiempo que me dedicó para culminar este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DEL MÉTODO DE REPRODUCCIÓN.

1.1 HISTÓRICOS.....	1
1.2 CLÍNICOS.....	2
1.3 LEGALES.....	6

CAPÍTULO II GESTACIÓN ASISTIDA.

2.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN ASISTIDA.....	14
2.2 ANTECEDENTES.....	21
2.2.1 FERTILIZACIÓN IN VITRO.....	22
2.3 CONDICIONES PARA LA GESTACIÓN ASISTIDA.....	28
2.4 MÉTODO.....	34
2.4.1 FECUNDACIÓN VÍA FERTILIZACIÓN IN VITRO.....	35
2.4.2 FECUNDACIÓN VÍA TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.....	36

CAPÍTULO III LEGISLACIÓN.

3.1 LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN MÉXICO.....	37
3.2 LEGISLACIÓN SANITARIA.....	38
3.3 CONSTITUCIÓN.....	43
3.4 CÓDIGO CIVIL (LOCAL Y FEDERAL).....	45
3.5 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....	47
3.6 CÓDIGO PENAL (LOCAL Y FEDERAL).....	48
3.7 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	51

CAPÍTULO IV CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ÚTERO.

4.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	55
4.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	56
4.3 ¿EL LLAMADO ARRENDAMIENTO DE ÚTERO ES UN CONTRATO?	60
4.4 LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS MODALIDADES.	64
4.5 CONVENIENCIA DE SU REGLAMENTACIÓN.	66

CAPÍTULO V DERECHO COMPARADO.

5.1 CONSIDERACIONES GENERALES.	76
5.2 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.	78
5.3 INGLATERRA.	81
5.4 ESPAÑA.	82
5.5 FRANCIA.	82
5.6 ALEMANIA.	84
5.7 SUECIA.	85
5.8 AUSTRALIA.	86
5.9 ARGENTINA.	87

CAPÍTULO VI LA REGULARIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE ÚTERO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

6.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	89
6.2 MOTIVOS BÁSICOS DE LAS ADICIONES Y REFORMAS QUE PROPONE ESTA TESIS.	96
6.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DERIVADA DE LA GESTACIÓN ASISTIDA.	98
6.4 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE MATERNIDAD.	102

6.5 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE PATERNIDAD.....	108
6.6 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE FILIACIÓN.....	110
PROPUESTA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ÚTERO.....	116
CONCLUSIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica evoluciona permanentemente. El orden jurídico es reformado conforme a las circunstancias sociales prevalecientes y mediante los procedimientos y órganos destinados a ello. El conjunto de normas que integran el Derecho se transforman y actualizan en relación con las necesidades.

Con base en este principio de vigencia y positividad del Derecho, me interesé en profundizar sobre las Técnicas de Reproducción Asistida como un tema novedoso y de relevante importancia para médicos, abogados, legisladores, pero sobre todo, para quienes padecen infertilidad.

Sin embargo, el problema planteado en este Trabajo Profesional no es la infertilidad, sino la controversia legal que surge a partir de las alternativas que ofrecen las Técnicas de Reproducción Asistida a quienes padecen infertilidad.

Derivado de una investigación al respecto, el objetivo general de esta TESIS, es definir un marco teórico médico legal para legislar sobre una Técnica de Reproducción Asistida, en concreto: la Maternidad Subrogada o Gestación Asistida.

El objetivo general se justifica porque, tanto en la legislación federal como en las legislaciones locales de las entidades, no existe un régimen jurídico al que deban someterse las personas para utilizar una Técnica de Gestación Asistida.

Los objetivos específicos de esta TESIS, son establecer los fundamentos lógico jurídicos para regular en la legislación sanitaria la práctica de la Gestación Asistida; dirimir sobre las condiciones a que se debe ajustar la Gestación Asistida, en la legislación civil como un acto jurídico; definir el contenido de los derechos y obligaciones que emanen de un contrato de arrendamiento de útero; asentar los lineamientos jurídicos para tipificar en la legislación penal, las conductas delictuosas

que se originen con motivo de prácticas que desvirtúen la Gestación Asistida, en su sentido médico y jurídico.

Los objetivos específicos se justifican porque tienden a crear certeza jurídica a las personas que, previo cumplimiento de requisitos médicos y legales, deciden celebrar un contrato de arrendamiento de útero para recurrir a la gestación asistida, como una Técnica de Reproducción Asistida.

En el Capítulo Primero narro los antecedentes históricos más sobresalientes, desde los pueblos babilónicos y árabes hasta los siglos más recientes. Posteriormente hago una relación de los antecedentes clínicos, entre los que destacan la ignorancia de los factores primordiales para la fecundación y una primitiva fase experimental en humanos. A fines del siglo XIX se da un notorio desarrollo y un ascenso en el comienzo del siglo XX, en los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Suecia y Rusia. Destaca en el siglo XX el descubrimiento del biólogo Jean Rostand y el surgimiento de la “nueva genética”. A fines del siglo XX los nacimientos de los primeros bebés de probeta, agilizan la consolidación de la Gestación Asistida. Y para concretar los antecedentes se mencionan los legales, que están situados en Suecia y España, en 1985 y 1988, respectivamente.

En el Capítulo Segundo planteo las características de la Gestación Asistida y los derechos de las parejas a establecer una familia, las condiciones médicas y psicológicas de las personas y los exámenes que deben aprobar. Describo los elementos básicos que deben coincidir para que concurra la Gestación Asistida. Una misión primordial de la ciencia médica es dedicar gran parte de sus investigaciones al estudio de la esterilidad, por lo que la Gestación Asistida es uno de los descubrimientos médicos más exitosos, en cuanto a reproducción humana se refiere. Explico como después del preámbulo contractual se inicia el método de la Gestación Asistida, iniciando con la extracción de óvulos de la mujer asistente y la obtención de la muestra seminal del hombre para su fecundación, y posteriormente la implantación de los embriones en el útero de la mujer asistente. Distingo entre el procedimiento

de fecundación e implantación vía fertilización in vitro, y el procedimiento de fecundación e implantación vía transferencia intratubaria de gametos.

En el Capítulo Tercero examino el panorama jurídico que prevalece en el país. De la Ley General de Salud se estudian definiciones médico jurídicas, indispensables para el tema de los derechos reproductivos. El artículo 4º Constitucional consagra la garantía que protege la libertad de procreación y es la base de la planeación familiar. La legislación civil señala el derecho a procrear como un fin del matrimonio, y por otro lado, es omisa en cuanto a la infertilidad, y sólo habla de impotencia como impedimento para el matrimonio y causa de divorcio. La legislación penal federal contiene un tipo penal relacionado con el tema, descrito de la siguiente manera: “atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre”. El Código Penal para el Distrito Federal, es más abundante y contiene tipos penales en el Título Segundo de la Parte Especial “Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, y el Título Noveno de la Parte Especial “Delitos contra la Filiación y la Institución del Matrimonio”. En otro punto explico las razones del porqué el preembrión no es susceptible de ser incluido en el concepto de individuo, a que el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce como derecho a la vida. Cuestiono sobre el carácter y fuerza jurídica de la Convención de Ginebra sobre los Derechos de los Niños y las Niñas. Y relacionado con esto último, la legislación local del Distrito Federal reconoce expresamente el derecho de los niños y las niñas, a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético.

En el Capítulo Cuarto cito la definición de Contrato, sus elementos esenciales que son el consentimiento, objeto, cosa y precio, los elementos de validez que son la ausencia de vicios en la voluntad, capacidad, forma y licitud en el objeto, fin o condición, y además cito las características de translativo de uso, principal, bilateral, oneroso, consensual en oposición a real, formal, de tracto sucesivo y conmutativo, propias de la figura del Contrato. Sobre el Contrato de Arrendamiento de Útero, establezco diferencias entre la inseminación artificial y la fecundación artificial, la

participación de la madre genética y de la madre gestante, y los argumentos médicos y legales que sirven de base para la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, como una solución al problema de la infertilidad, y el auténtico reto que representa el tema para la legislación.

En el Capítulo Quinto realizo una revisión del Derecho Comparado en los Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, España, Alemania, Suecia, Australia y Argentina, donde se muestra que la legislación sobre el tema es escasa, con excepciones notables en España y Suecia como países vanguardistas, y posteriormente Gran Bretaña y Alemania. También se puede observar una tendencia general en el ámbito internacional para admitir la inseminación artificial con donante, y la tendencia a la Reproducción Asistida en parejas heterosexuales. Al mismo tiempo, no se admite la maternidad subrogada, no se permite la selección de sexo o de otras cualidades, se pone límite al número de donaciones, se rechaza el carácter lucrativo o mercantil, se opta por el anonimato y no se admite la inseminación artificial post-morte, excepto en España.

En el Capítulo Sexto expongo la hipótesis en que la madre de alquiler es la mujer que aporta el óvulo y además gesta, y la hipótesis en que la madre de alquiler sólo gesta, ya que aceptó la implantación de un embrión creado in vitro, con los gametos de una pareja en la que la mujer puede producir óvulos pero no gestar. Resalto el deber del legislador de incorporar el derecho natural de la procreación al orden jurídico vigente, toda vez que la Técnica de Gestación Asistida no contraviene las características de libre, responsable e informada en la posibilidad de procrear hijos. Sobresale el elemento del aspecto preventivo para evitar la ilegalidad. Además, describo detalladamente las condiciones del Contrato de Arrendamiento de Útero, así como los efectos y consecuencias jurídicas de la maternidad, la paternidad y la filiación, en cuanto a la Patria Potestad, los Alimentos y las Sucesiones.

Después de este estudio pongo a consideración una propuesta de Contrato de Arrendamiento de Útero, que incluye en su contenido el marco teórico médico legal, analizado a lo largo de los Capítulos de esta TESIS.

Finalmente, y congruente con la investigación, preciso mi propuesta de TESIS en diez conclusiones, con las cuales reafirmo la justificación de mi trabajo profesional, y pretendo alcanzar el objetivo general y los objetivos específicos anticipados.

Por lo anterior, presento este trabajo que obedece a los adelantos médico científicos en materia de Reproducción Asistida, ante los cuales el Derecho no debe quedar obsoleto e inoperante. Está motivado por ser un tema de interés público y tener relación directa con el ejercicio profesional de la abogacía. Y se fundamenta en la investigación y el análisis de la doctrina y la legislación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL MÉTODO DE REPRODUCCIÓN.

1.1 HISTÓRICOS.

Las modernas técnicas reproductivas hemos de considerarlas como netamente contemporáneas; sin embargo, sus orígenes se remontan a unos cuantos siglos atrás.¹

Una primera etapa, nos permite emplazar el origen de la inseminación artificial en los pueblos babilónicos y árabes, al practicar la polinización en palmeras.

En 1322, un árabe de Daifure consiguió inseminar a una yegua con espermatozoides de un semental, acto que culminó con el nacimiento de un potro.

Para fines del siglo XVII, hallamos los primeros casos verificables, realizados por Malpighi y Bibbiena, al intentar fecundar huevos de gusano de seda. En el siglo XVIII, Elkhein y Jacobi probaron la realización de esta misma práctica con truchas y pájaros.

En España, parece ser que el primer intento de inseminación con seres humanos tiene lugar en el siglo XV. Marañón recoge de Munzer, en su Itinerarium por España y Portugal (1494-1495), la forma en la que los médicos españoles llevaron a cabo cierta manipulación en la reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV, a la que le aplicaron, aunque sin éxito, espermatozoides de éste. De gran importancia deben ser consideradas las prácticas realizadas por el abate naturalista Spallanzini (1779), pues consiguió inseminar, con éxito, a una perra de raza babets, la cual parió tres crías.

¹ MC ALLEN Paul. *“The Surrogate Mother”* Revista Everest House. E.U.A. Febrero 1981. Traducción Personal. Pág. 30.

1.2 CLÍNICOS.

Este tipo de método de reproducción tuvo un gran atraso, debido a que se ignoraban factores primordiales para la fecundación; no fue sino hasta los últimos 25 años del siglo XIX cuando se estableció que la fertilización consistía en la unión de un espermatozoide con un óvulo; en 1677 establece Johann Ham que la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides en el hombre, ya que anteriormente se tenía la creencia de que cualquier problema de esterilidad correspondía a la mujer.

Esto nos conlleva a la primitiva fase experimental en humanos, la cual inicia en 1785, fecha en la cual Thouret, decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a su estéril mujer con la ayuda de una inyección intravaginal introduciéndole su propio semen. Para 1791, el cirujano inglés Hunter consiguió fecundar a la mujer de un lord.

Posteriormente y hasta 1823, no hubo mayor interés científico hacia este tipo de prácticas, y las nuevas experiencias fueron recogidas por Girault, quien publicó doce observaciones sobre inseminación, relativas a veintisiete casos, en las cuales se consiguieron resultados positivos para ocho de ellos y en uno un embarazo gemelar. Es en este momento, cuando ya podemos hablar del inicio de una etapa en la que la finalidad perseguida era de tipo terapéutico, tal y como hoy lo entendemos. Asimismo, cabe señalar las investigaciones de Mendel (1822-1884), quien con sus trabajos sentó las bases de los modernos estudios genéticos.

A mediados del siglo XIX, en España se realizaron las primeras prácticas de inseminación, por el catedrático en obstetricia de la facultad de medicina de Valencia, Dr. Sancho Martín, quien presentó un aparato, ideado por él, para la realización de inseminaciones. En 1876, Gerard dio a conocer setenta y dos operaciones, de las cuales cuarenta finalizaron con resultados positivos.

Por todo ello,² puede afirmarse que a pesar de los reparos de índole moral y jurídica, propios de la época, a fines del siglo XIX, la inseminación artificial se encontraba en estado de avanzado desarrollo, hecho que favoreció las investigaciones sobre los orígenes de la vida, las cuales evolucionaron progresivamente, de tal modo que en 1860, permitieron a Pasteur demostrar que un material misterioso y latente, convertía la “materia muerta” en “vida” nueva.

Otra importante aportación fue la de Darwin, quien postuló que distintos tejidos y órganos del cuerpo desprendían diminutos gránulos o “gémulas”, que se multiplicaban y formaban minúsculas copias de sus tejidos originales. Asimismo, en 1883, August Weismann señaló que la herencia se transmite mediante una sustancia a la que llamó plasma germinal. A través de este largo proceso de estudios de investigación, nació la llamada era de la “biología molecular” y se llegó al convencimiento de que la continuidad de la vida dependía de un factor químico. Pero fue hasta fines del siglo XIX cuando los científicos determinaron que el núcleo era la sede de la vida heredada, y que los cromosomas contenían tanto proteínas como ácidos nucleicos.

En 1884, el Dr. Pancoast produjo el primer embarazo por inseminación artificial, realizada con semen distinto al del cónyuge. Aunque ésta fue realizada de manera no ortodoxa dentro del campo de la ciencia, ya que podría describirse como una “violación”, puesto que después de examinar en distintas ocasiones a la mujer, el Dr. Pancoast llegó a la conclusión de que la mujer no era estéril sino que el estéril era su marido, una vez más citó a la mujer y la anestesió para inseminarla con el semen de uno de sus alumnos, sin el consentimiento de la paciente. A los nueve meses la mujer tuvo un hijo y sin conocimiento alguno de lo ocurrido.

² G.J. Annas. “*Embryos and Gestacional Mothers*” Revista Hasting Center E.U.A. Febrero 1991. Traducción Personal. Pág. 35.

En el comienzo del siglo XX, la inseminación artificial inicia un considerable ascenso, fundamentalmente en países como Estados Unidos de América, Inglaterra, Suecia y Rusia.

No obstante,³ no fue hasta comienzos de los años veinte cuando se dan las condiciones científicas propicias para el estudio del espermatozoide. Ello permitió la iniciación de investigaciones genéticas y de reproducción humana.

La inseminación artificial recibió poca atención hasta el año de 1930, cuando se demostró que la esterilidad de origen masculino, era la responsable de la infertilidad en un gran porcentaje de parejas. Sofía Kleegman es muy recordada por sus trabajos pioneros en inseminación homóloga y heteróloga, a partir de 1930. Sus publicaciones contribuyeron a la creciente aceptación de la inseminación artificial.

En 1932, Ogino y Knaus determinan que el ciclo menstrual de la mujer tiene diferentes fases, ampliando el espectro de posibilidades en cuanto a la inseminación artificial se refiere.

A partir de los años 40's, se emprende un quehacer científico más complejo en el campo de la genética y de la reproducción, del que hay que destacar los intentos continuos habidos para conseguir experimentos partenogénicos, y las investigaciones de Lardy y Phillips, estudios que permitieron conocer el poder de la yema de huevo como conservador del semen.

El descubrimiento más importante y por el cual se produjo un gran impulso a la inseminación artificial, fue el hecho por Jean Rostand en 1945, cuando el biólogo observó que el semen a bajas temperaturas se podía conservar por largos periodos sin afectar su estado pleno de fecundación, probándolo primero en batracios,

³ CASABONA Romeo. “*Diagnóstico Preconcepcional y Preimplantario en Genética Humana*”. U. Deusto España 1995 Pág. 105.

posteriormente en bovinos a los 5 años, pero fue hasta 1953 cuando se logra un embarazo por semen congelado, logro que lo tienen los doctores Bunge y Sherman.

Este descubrimiento abre nuevos horizontes a la inseminación artificial, ya que de éste se desprende un importante suceso que es: La creación de “bancos” de semen que dependen de “donantes”.

En los años 50's se perfeccionó la técnica de la congelación de esperma, y se sentaron las bases para la posterior consecución de los niños probeta. Por otro lado, a finales de esta década, los científicos ya sabían que el ADN era el material genético que programaba el desarrollo del hombre, y prepararon el campo para un importante y próximo descubrimiento: detallar la estructura del ADN.

En el año de 1953 se publicó el uso de semen criopreservado por primera vez, por Bunge y Sherman. Actualmente su uso es generalizado para la realización de la inseminación heteróloga, según los criterios de American Fertility Society 1990, con el fin de asegurar que el semen se encuentre libre de enfermedades transmisibles. El semen debe permanecer al menos durante 6 meses criopreservado, y tener un examen negativo del donante respecto a enfermedades transmisibles, antes y después de dichos 6 meses.

En los años 70's, surgió una nueva etapa en la genética, a la que se conoce como “la nueva genética” basada en la tecnología de los ácidos nucleicos. Por otro lado, 1978 es un año decisivo, ya que nace en Inglaterra el primer bebé probeta: Louise Brown.

En España, este largo proceso investigador condujo al nacimiento, en 1984, de la primera niña probeta, Victoria Ana Perea y, en octubre de ese mismo año, nacieron los primeros gemelos.

1984 fue un momento importante en el desenvolvimiento de estas técnicas, nació Zoe Leyland, la primera niña probeta tras la aplicación de la técnica de la congelación. En este mismo periodo salen a la luz una serie de casos interesantes, tales como el nacimiento en Francia del primer niño por fecundación post-mortem, el caso de la determinación del destino de unos embriones tras el fallecimiento de sus padres: BABY M. Finalmente, en los años 90's, encontramos las ocurrencias de las madres abuelas, de la maternidad en mujeres de sesenta años, de la maternidad en parejas homosexuales, de la maternidad en mujeres vírgenes, de la selección de sexo y de la maternidad subrogada.

Debemos cuestionarnos⁴ si esta nueva visión de un hombre creador, que “juega a ser Dios”, que busca cambiar la idea del hombre en el cosmos, nos conducirá a un nuevo tipo de sociedad en donde se manipule y sobrevalore la carga biológica en menoscabo de la social, con las consecuentes repercusiones para los sujetos no ajustados al “modelo ideal”.

Así las cosas, las sociedades donde estas técnicas van adquiriendo un lugar significativo, demandan respuestas efectivas ante la posibilidad de nuevos perfiles sociales desconocidos hasta el momento, e insisten en la necesidad de debates públicos y de mecanismos legales que sitúen con precisión los límites de actuación.

1.3 LEGALES.

Una madre soltera por elección. Un soltero que decidió adoptar a un niño. Dos mujeres y su hija biológica, producto de una inseminación artificial anónima. Un hombre y una mujer que sin ser pareja comparten la crianza del hijo de ambos. Un par de divorciados que se casan por tercera vez y viven con los hijos anteriores más un bebé en común. ¿Cuántos tipos de familia puede haber? Tantos como la gente imagine. A medida que la humanidad tiene más oportunidad de manifestar

⁴ CASABONA Romeo. Revista de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto. España Marzo 1995. Pág. 121.

abiertamente su diversidad, se multiplican las formas de convivencia. Cada quién hace los arreglos que mejor le acomodan. Con las nuevas tecnologías, en los próximos cien años los niños vendrán indistintamente de úteros o probetas. Habrá cada vez más embriones congelados y, en caso de ser clonados, quien sabe si tengan hermanos o necesiten padres y madres. Empero el modelo tradicional papá, mamá, hijitos, no camina hacia la extinción sino a la transformación. Es inevitable. Por eso el tema de las nuevas familias es el tema de este siglo. Entre los factores que han contribuido a que la familia tradicional se transforme, están: La revolución sexual y la liberación femenina que llevaron a la elección libre del cónyuge y la lucha por la equidad de género; los movimientos civiles contra la discriminación y por la tolerancia que abrieron el closet a los homosexuales; la incorporación de la mujer al mundo laboral y la persistencia de bajos salarios y extensas jornadas laborales para padres y madres; el control natal, con mejores anticonceptivos y más accesibles a la población; la soltería en ascenso y como elección de vida; el avance de la ciencia, inseminación artificial, reproducción asistida, clonación; el avance tecnológico, cibersexo y relaciones virtuales.⁵

Las interrogantes que plantean los métodos de reproducción asistida al derecho son muchas; por ejemplo, en el caso de los embriones congelados no pueden conservarse mucho tiempo, entonces ¿Es legal que los destruyan?, ¿A quienes se les confían?, ¿Pueden ser estudiados? y ¿Estos embriones son personas para el derecho?

La LIC. ALMA ARÁMBULA REYES en investigación presentada en agosto de 2008 mediante el Centro de documentación, información y análisis, del Servicio de investigación y análisis de la Subdirección de política exterior comenta lo siguiente:

“Las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual

⁵ La Revista #9 editada por El Universal. México, 26 de abril al 02 de mayo de 2004. Pág. 20 y 21.

entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico-genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja.

Este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de procreación asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual.

De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.

Aunque la preocupación de sociólogos, filósofos, psicólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos, ha existido desde el mismo inicio de los primeros descubrimientos, sin embargo, es a partir de los años setenta cuando principalmente se llevan a cabo los intentos más firmes de estudiar en profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como las consecuencias.

Cuando en los distintos países se toma conciencia de que no sólo se trata de experimentos sino de una práctica que empieza a ser común y que no siempre encaja en el sistema jurídico vigente, los congresos se suceden, las comisiones multidisciplinares convocadas por los distintos gobiernos o parlamentos o por asociaciones jurídicas o científicas trabajan denodadamente en la tarea de encontrar la solución jurídica más adecuada e incluso se promulgan los primeros textos legales.

Los participantes se dan cuenta de lo delicado de encontrar una buena solución y también de la necesidad de que existan, porque las investigaciones y los tratamientos no se detienen, sino que prosiguen a gran ritmo.

El derecho en general se ve conmovido por los descubrimientos científicos; pero no sólo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, etc.; las instituciones jurídicas del derecho penal entran en crisis, pero también las de derecho civil, pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia, etc. deben ser reconsiderados.

Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas.

Es ya utilizada la subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

Sin embargo, esto puede acarrear una serie de interrogantes, principalmente: ¿Tiene el producto realmente dos madres biológicas?, ¿Cuál tiene la patria potestad?

Problemas realmente agudos lo plantean las nuevas posibilidades que la sociedad actúa en la realidad; por ejemplo si la pareja homosexual tiene el derecho a engendrar, lo que teóricamente ya puede hacerse: en la pareja homosexual femenina por la fusión de dos óvulos implantando el producto en el útero de una de ellas, y en la pareja homosexual masculina fusionando ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, que se transfiere a un útero alquilado, o puede intentarse el

embarazo abdominal masculino implantando el producto en la cavidad peritoneal, con soporte hormonal al inicio y con la natural molestia de una cesárea al final.

Es de recordarse el caso de "Baby M", en el que una persona (Stern), cuya mujer es infértil, hace un contrato con otra mujer (Witehead) para ser inseminada artificialmente y procrear una criatura que sería entregada al padre biológico.

Stern le pagó a Witehead 10,000 dólares y la primera parte del contrato se cumplió, siendo inseminada con semen de Stern y dando a luz a una niña (Baby M, 1986); sin embargo, la madre biológica se quedó con la criatura iniciándose un apasionante juicio.

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey (USA) declaró en última instancia nulo el contrato, señaló a la madre biológica como madre legítima y al padre biológico le concedió la custodia y derecho a visita.

Lo que ha sido definitivamente rechazado es la subrogación de úteros de animales y también el proyecto de utilizar cuerpos de mujeres en estado de coma, es decir en vida vegetativa, para implantarles óvulos fecundados, garantizando así un embarazo sin riesgos.

Las posibilidades reales de tener bancos de óvulos y de semen, o de embriones conservados en crioconservación o congelación (Crionización con nitrógeno líquido) nos traen también una serie de problemas.

¿Hay propiedad sobre el semen o los óvulos donados?, ¿Se puede alegar paternidad posteriormente?, ¿Cuánto tiempo es válido conservarlos?

Las opiniones están diversificadas; en cuanto a los embriones, entre quienes aceptan la crioconservación, el tiempo varía de 14 días a 5 años. Parece haber consenso en cuanto que no debe haber fecundación ni transferencia de embriones post mortem a

fecundación asistida de la mujer separada, viuda o sola se pretende prohibir en la ley francesa, pero en la española está permitida; lo anterior acarrea problemas muy específicos en cuanto al hijo carente de padre.

La clonación puede llevar también a problemas más allá de la imaginación, por ejemplo: un ser creado a través de células introducidas en un óvulo desnuclearizado, ¿cuál es su relación con el que proporcionó las células?, ¿parentesco?, ¿propiedad?

Existen dos situaciones que preocupan:

La primera es la posibilidad de verdaderos desastres ecológicos producidos por la ingeniería genética; hay la sospecha de que enfermedades no conocidas hasta ahora puedan ser resultado de experimentos de manipulación genética.

La segunda, y que no llega muy directamente, es la de que los países del tercer mundo pueden convertirse en "refugios genéticos", es decir lugares en que puede realizarse impunemente todo tipo de experimentación de ingeniería genética, ya que la legislación de los países centrales la están limitando seriamente”.

Por lo tanto, los antecedentes legales que me permito invocar antes de entrar al estudio de nuestro marco jurídico nacional son los siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A III de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 25. 2 dice:

“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”.

Este artículo contempla la maternidad y la infancia. Lo que justifica mi investigación como un tema de interés en el área de los Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado y proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 III de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 24 dice:

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Este artículo habla de los derechos del niño en cuanto a su filiación y su nacionalidad. Cabe resaltar que es un documento internacional y que por lo tanto, se justifica el tema de Gestación Asistida para su estudio y regulación en la legislación nacional.

La Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, que en su artículo 3º.2 dice:

“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”.

En este artículo se justifica la propuesta para legislar sobre la Gestación Asistida ya que la Convención deja a los Estados Partes, el compromiso y la responsabilidad de actualizar sus ordenamientos para asegurar al niño la protección y cuidado que le deben sus padres.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa del 20 al 26 de agosto de 1789 que en su artículo 4º dice:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

En este artículo se define la libertad desde un punto de vista universal, y es punto de partida para cualquier investigación jurídica, ya que no puede existir una propuesta legislativa sin estar justificada en el respeto al ejercicio de los derechos naturales de cada hombre.

Todos los antecedentes señalados sirven de base para construir una propuesta de Contrato de Arrendamiento de útero en la legislación mexicana y particularmente en la legislación del Distrito Federal.

CAPÍTULO II

GESTACIÓN ASISTIDA

2.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN ASISTIDA.

Con frecuencia acontece que en los matrimonios que anhelan tener hijos y no los tienen, los tratamientos médicos a que se someten los cónyuges resultan infructuosos; casos hay, por el contrario, en que esos anhelos son colmados por tales tratamientos, y ello nos lleva de la mano a considerar, ante todo, y aunque sea brevemente, dada la índole de este trabajo, que la Gestación Asistida es una fórmula médica para perpetuar la especie.

La Organización Mundial de la Salud establece que cada pareja tiene derecho a establecer una familia, por lo que es misión primordial de la ciencia médica el dedicar gran parte de sus investigaciones al estudio de la esterilidad, y dar así, solución a esta problemática que cada día aumenta.

El doctor Henri Rozenbaum, dice en su obra que actualmente entre un 10 y un 15 por ciento de las parejas son estériles.

Es importante destacar que la mujer, en un 60% de estos casos es la causante de la esterilidad en la pareja, lo cual representa un grave problema y un gran reto para la medicina, al proporcionar soluciones a estas mujeres que por algún motivo están imposibilitadas para concebir hijos.

La Gestación Asistida, que debe llamarse así, médica y jurídicamente; es en concepto de la sustentante el más apropiado, ya que en otros países como en los Estados Unidos de Norteamérica, también se le llama maternidad subrogada, maternidad gestacional subrogada, gestational surrogacy, arrendamiento de vientre o

de útero, o maternidad sustituta, según lo que expresan los Doctores Lawrence J. Kaplan y Rosemarie Tong método que consiste en:⁶

Una pareja, en la cual la mujer es capaz de producir óvulos maduros, susceptibles de ser fecundados por el esperma del esposo, pero al mismo tiempo esta imposibilitada físicamente para gestar al embrión (óvulo fecundado con el esperma del marido). A consecuencia de lo anterior, solicita de una segunda mujer, para así, y una vez terminado dicho plazo se lo entregue a la pareja; considerando incorrectas las denominaciones arrendamiento de vientre o maternidad subrogada.

Para que concurra la Gestación Asistida deberán coincidir dos elementos fundamentales:⁷

1) Una pareja, en la cual convergen:

A) Un hombre cuyo esperma se encuentre en óptimas condiciones para fecundar.

B) Una mujer (en adelante mujer o madre asistida) portadora de óvulos en perfecto estado para su fertilización, pero incapaz de llevar adelante el embarazo por alguna de las siguientes causas:

a) Que haya nacido sin útero.

b) Que por motivos de salud le haya sido practicada una histerectomía (extirpación del útero).

c) Que presente anormalidades uterinas y hormonales que impidan la implantación del embrión en el útero de la mujer.

d) Que sufra del Síndrome de Asherman (la inhabilidad de desarrollo del endometrio).

e) Que el embarazo ponga gravemente en peligro la salud y la vida de la madre y del niño.

⁶ KAPLAN LAWRENCE. Tong Rosemarie. “Controlando nuestro destino reproductivo”. Estados Unidos de América. 1994. Pág. 279.

⁷ *Ibidem*. Pág. 280.

Existen una serie de elementos psicológicos, necesarios conocer en la pareja problema antes de que se les permita ingresar al método de la Gestational Surrogacy (Gestación Asistida), por lo que se ha resuelto que no todas las parejas que presenten alguno de los trastornos anteriores, son automáticamente consideradas para la Gestación Asistida, ya que de acuerdo al Center for Surrogate Parenting & Egg Donation, Inc. (en adelante CSP) de Beverly Hills, California en los Estados Unidos de Norteamérica, que es un programa reconocido a nivel mundial en esta práctica, para que la Gestación Asistida resulte exitosa, resulta indispensable, en primer término, que un psicólogo calificado lleve a cabo una explotación o entrevista de la pareja, en la cual se les formulará, a cada uno de ellos, una serie de preguntas acerca de su vida, su niñez, su historia como pareja, etcétera, esto con el objeto de determinar su madurez mental ante las situaciones que plantea la vida.

Se estudiará si se agotaron los procedimientos reproductivos existentes antes de optar por la Gestación Asistida, y se determinará si la decisión fue unilateral o de mutuo acuerdo.

La evaluación de la pareja también incluye el establecer sus planes a futuro, como manejar la situación con el nuevo bebé cuando crezca y qué es lo que le dirán a la demás gente acerca de su origen.

Adicional a lo anterior, la exploración puede incluir una evaluación psicológica, en el caso que la entrevista pudiera levantar sospechas de algún trastorno mental en la pareja. Por lo regular, el doctor con la ayuda de un psicólogo calificado, llevara a cabo, en la mujer y el esposo, el examen de personalidad llamado Minnesota (MMPI, Minnesota Multiple Personality Inventory), que determinará la probable existencia, en alguno de ellos, del llamado Síndrome de Personalidad Múltiple, hoy llamado Trastorno de Identidad Disociativo (clave 300.14), que más adelante se explicará.

Si todo resulta favorable, al término de la entrevista el médico practica en la pareja las siguientes pruebas:

A) Prueba de Sangre

a) **VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA**

b) **HEPATITIS**

c) **HEPATITIS C**

d) **SÍFILIS**

e) **HERPES**

f) **RUBEOLA**

B) Prueba de Orina: Para detectar la presencia de algún medicamento prohibido y drogas o enervantes.

Con estos resultados y los de la entrevista, el médico en conjunción con el psicólogo, decidirán si la pareja es o no apta para la Gestación Asistida.

2) Una segunda mujer (en adelante mujer asistente o gestante), quien gestará en su vientre el hijo de la pareja antes referida, para que, una vez nacido, lo entregue sin ninguna reserva a los nuevos padres.

Resulta pertinente aclarar que en el proceso de la gestación, no existe intercambio de material genético de la mujer asistente hacia el embrión, puesto que podría creerse que en el nutrimento del óvulo fecundado, podría anexarse o sustituirse algún factor genético que pudiera predeterminar una supuesta maternidad con la mujer gestante, lo cual es totalmente falso, puesto que toda la huella genética del nuevo ser, ya está dada por los padres genéticos o asistentes al momento de la fecundación.

De acuerdo al CSP,⁸ para que una mujer pueda fungir como mujer asistente en la Gestación Asistida deberá reunir, en primer lugar, tres requisitos:

⁸ *Ibidem* Pág. 282.

- A) Deberá tener entre 21 y 37 años de edad. Una mujer asistente de menos de 21 años, puede no tener la suficiente madurez para entender y manejar todo lo que implica la práctica y el efecto que su decisión pueda tener en sus propios hijos. La edad límite se basa solamente en opiniones médicas, y en la estrecha relación que guarda la misma con los embarazos que ponen en peligro la salud y la vida de la mujer.

- B) Deberá tener por lo menos un hijo. CSP considera que solamente alguien que ya ha pasado por un embarazo, comprenderá perfectamente su papel como mujer asistente dentro de la Gestación Asistida. Sin embargo, más adelante ofrezco mi punto de vista jurídico al respecto.

- C) Deberá tener su situación económica resuelta. Es decir, no tener carencias económicas de ningún tipo, para evitar ser mal interpretada su función dentro de la práctica, puesto que el dinero no resulta un factor que motive a la mujer a convertirse en mujer asistente.

Si la mujer candidata a mujer asistente cumplió con los anteriores requisitos, entonces deberá someterse a las pruebas médicas siguientes:

A) PRUEBA PSICOLÓGICA

1) Minnesota (MMPI, Minnesota Multiple Personality Inventory). Examen utilizado para descartar la existencia del Síndrome de la Múltiple Personalidad o Trastorno de Identidad Disociativo, en la mujer.

El doctor Juan I. López-Ibraliño, explica brevemente en qué consiste este trastorno:⁹

“...La característica esencial de este trastorno es la existencia de dos o más identidades o estados de la personalidad que controlan el comportamiento del individuo de modo recurrente...”

⁹ LÓPEZ IBRALIÑO Juan. “*DSM IV*”. Editorial Masón. España 1994. Pág. 114

“Los individuos con este trastorno presentan frecuentemente lapsos de memoria que afectan a su historia personal, estos lapsos pueden ser de memoria remota o de memoria reciente...Puede existir pérdida de memoria no sólo durante periodos de tiempo recurrentes sino también una pérdida total de memoria correspondiente a gran parte de la infancia...”

“El tiempo que se requiere para pasar de una identidad a otra es normalmente de unos segundos, pero algunas veces esta transición se realiza gradualmente...El número de identidades que se han podido registrar oscila entre dos o más de cien...”

“Las personas con trastorno personal y disociativo, por lo general, refieren haber padecido abusos físicos y sexuales, sobre todo durante la infancia”.

“...La gente con este trastorno puede manifestar síntomas postraumáticos como pesadillas, el flashback y los sobresaltos,...Es posible que haya automutilación y comportamiento autosuicida y agresivo...Algunas identidades manifiestan signos de conversión (pseudo convulsiones) o muestran capacidades poco habituales para soportar el dolor...”

“...Ocasionalmente, una o algunas de las identidades más poderosas pueden planificar el tiempo empezando por las otras...Algunas veces las identidades hostiles o agresivas pueden interrumpir las actividades o colocar las otras en situaciones desagradables...”

“...El Trastorno de Identidad Disociativo se diagnostica de tres a nueve veces más frecuentemente en las mujeres que en los varones”.

Los rasgos característicos del Trastorno de Identidad Disociativo son los siguientes:

a.- “Presencia de dos o más identidades o estados de personalidad (cada uno con patrón propio y relativamente persistente de percepción, interacción y concepción del entorno y sí mismo)”.

b.- “Al menos dos de estas identidades o estados de personalidad controlan de forma recurrente el comportamiento del individuo”.

c.- “Incapacidad para recordar información importante que es demasiado amplia para ser recordada por el olvido ordinario”.

d.- “El trastorno no es debido a los efectos fisiológicos directos de una sustancia...o una enfermedad médica...”

De ahí la importancia de cerciorarse, mediante la prueba psicológica conocida como Minnesota, que ni la mujer gestante ni la pareja asistida presentan algún tipo de trastorno psicológico, ya que de ser así, se pondría en peligro el propósito de la técnica.

2) Psicodiagnóstico de Roschach. Estudio de personalidad proyectiva, a través de una serie de láminas con manchas de tinta negra que la persona interpreta para lograr apreciar su personalidad.

3) Prueba de Apreciación Temática de Murria (TAT, Thematic Apperception Test). Se realiza mediante una serie de láminas con dibujos cuya interpretación determina la personalidad de la mujer.

B) PRUEBA DE SANGRE

a) VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA

b) HEPATITIS C

c) SÍFILIS

d) HERPES

e) RUBEOLA

C) PRUEBA DE ORINA. Para determinar presencia de drogas ilegales.

D) EXAMEN PÉLVICO COMPLETO

Cabe destacar que los padres del niño son la pareja asistida, al ser ellos quienes dieron tanto el óvulo como el espermatozoide para la fertilización. La mujer asistida sólo es el medio que gestará el embrión, producto de la unión del óvulo y espermatozoide de la pareja asistida.

2.2. ANTECEDENTES.

Aunque la aparición de la Gestación Asistida en nuestra realidad moderna nos tome por sorpresa, su descubrimiento y utilización se remonta a tiempos bíblicos. La Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, Libro de Génesis, al relatar la vida de Abraham y Saraí, fundadores de la nación judía, que ante la imposibilidad de concebir y gestar hijos recurren a una segunda mujer llamada Agar, sierva de Saraí, para que engendre un hijo del esposo de ésta última.

“Después de ello vino la palabra de Jehová a Abraham, en visión, diciendo: no temas Abraham, yo soy tu escudo y tu galardón será sobremanera grande” (Génesis 15:1).¹⁰

“Y respondió Abraham: Señor Jehová ¿Qué me darás así que ando sin hijo...” (Génesis 15:2).

“Luego vino a él palabra de Jehová, diciendo no te heredaré éste, sino un hijo tuyo será el que te heredará”(Génesis 15:4).

“Saraí mujer de Abraham no le daba hijos, y ella tenía una sierva egipcia, quien se llamaba Agar” (Génesis 16:1).

¹⁰ La Biblia. Libro Génesis 15:1, 15:2, 15:4, 16:1.

“Dijo entonces Saraí a Abraham: ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te lleves a mi sierva; quizá tendré hijos con ella. Y atendió Abraham al ruego de Saraí” (Génesis 16:3,4).¹¹

“Y Agar dio a luz a un hijo a Abraham. Llamó Abraham el nombre del hijo que le dio Agar, Ismael” (Génesis 16:15).

2.2.1 FERTILIZACIÓN IN VITRO.

La inseminación artificial, o AI, es un procedimiento de fertilización en el que se colocan artificialmente espermatozoides en el cuello del útero (inseminación intracervical) o el útero (inseminación intrauterina) de una mujer. Durante el tratamiento de inseminación artificial, se realiza un control exhaustivo del ciclo menstrual de la mujer con kits de ovulación, ultrasonidos y análisis de sangre. El semen que se implantará es “lavado” en un laboratorio, lo que aumenta las posibilidades de fertilización mientras se eliminan las sustancias químicas innecesarias y potencialmente nocivas.

El semen se introduce en la mujer y, si el procedimiento es exitoso, se produce la concepción. Las tasas de éxito para la inseminación artificial humana varían según el tipo de problema de fertilidad que se trata y la edad de la paciente. La mayoría de las mujeres que eligen la inseminación artificial tienen una probabilidad del 5 al 25 por ciento de quedar embarazadas con cada ciclo menstrual. Estas probabilidades aumentan si junto con el procedimiento toma medicamentos para la fertilidad.

Introducción médica del semen o espermatozoides en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación. Esta vía recibe el nombre de inseminación artificial. Normalmente, con esta técnica, de cada 100 ciclos de inseminación 13 resultan en

¹¹ La Biblia. Libro Génesis 16:3,4, 16:15.

gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. De todos los embarazos conseguidos, un 15-20% son gemelares y otro 15% se malogran. Se distinguen dos situaciones según el origen del semen: Inseminación artificial homóloga o conyugal (IAH): el semen procede de la pareja. Se lleva a cabo la inseminación de manera artificial cuando hay alguna dificultad para que se deposite el espermatozoides en la vagina de la mujer de manera natural (el coito), por ejemplo debido a problemas de eyaculación precoz, vaginismo, impotencia o eyaculación retrógrada. También puede recurrirse al IAH cuando la mujer presente malformaciones uterinas, un moco cervical demasiado espeso, disfunciones ovulatorias, etc... o simplemente cuando la causa de esterilidad en la pareja sea desconocida (15% de los casos).

Inseminación artificial con donante (IAD): el semen proviene de un donante anónimo. Se recurre a un banco de semen cuando el integrante masculino de la pareja presenta azoospermia, una enfermedad genética hereditaria o una enfermedad de transmisión sexual, cuando la paciente es una mujer sin pareja, etc.

La inseminación artificial consta de tres fases:

- A. Estimulación hormonal del ovario, para aumentar el número de ovocitos maduros.
- B. Preparación del semen, seleccionando y concentrando los espermatozoides móviles.
- C. Inseminación de la mujer, que se realiza en una consulta.

In Vitro literalmente significa en vidrio, indicando que la fertilización se realiza en el laboratorio, en una cápsula que antes era de vidrio, y se trata de fertilización extracorpórea (fuera del cuerpo). FIV (Fertilización In Vitro) es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los ovocitos se unen fuera del cuerpo en una cápsula de laboratorio. Si la fertilización ocurre, el embrión resultante es transferido al útero donde se implantará por sí solo. La FIV es una razonable

elección para parejas con varios tipos de infertilidad. En un principio se utilizó para aquellas mujeres cuyas trompas se encontraban bloqueadas, dañadas o ausentes, pero actualmente su aplicación se extiende a esterilidad causada por endometriosis, factor masculino, causas inmunológicas y esterilidad sin causa aparente.

Extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer. Esta vía recibe el nombre de *fecundación in vitro* (FIV, o IVF por sus siglas en inglés). La FIV consta de seis fases:

- A. Estimulación del ovario con hormonas.
- B. Extracción de ovocitos; en el caso de infertilidad femenina, se puede recurrir a la donación de ovocitos.
- C. Inseminación de los mismos, que puede producirse:
 - De forma clásica, poniendo juntos los ovocitos y los espermatozoides previamente seleccionados y tratados.
 - Mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) en el caso de que los gametos masculinos presenten problemas de movilidad.
- D. Cultivo in vitro del embrión; durante el periodo de cultivo el embrión pasa por diferentes estados de desarrollo. Habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocisto (~6 días).
- E. Transferencia embrionaria; se puede realizar bien en el útero o en las trompas y tiene lugar por vía transcervical, sin anestesia. Las tasas de embarazo con FIV e ICSI están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos.
- F. Congelación y descongelación de embriones en su caso; una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones

viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja. Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos, superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto o malformaciones.

En la actualidad la reproducción asistida (*in útero o in vitro*) es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden variar.

De acuerdo a los doctores Lawrence J. Kaplan y Rosemarie Tong, después de que en 1978 se lograra, con éxito, el nacimiento del primer bebé de probeta, Louise Joy Brown, varios médicos investigadores se dieron a la tarea de intentar y comprobar la técnica, introduciendo óvulos fecundados, mediante Fertilización in Vitro, en otra mujer distinta a la donadora de óvulos.

Para 1982, después de una serie de pruebas fallidas, se logró la fertilización de varios embriones de una vaca y la implantación de éstos en el útero de otra para su gestación.

Corroboran lo anterior William Andel, J.D. y Hillary Hanafin quienes exponen que “el dramático aumento de las clínicas y las técnicas de Fertilización in Vitro, ha logrado el incremento en la transferencia de embriones de una pareja infértil a una mujer que llevará a término la gestación de dichos gametos.”¹²

Su informe establece que “el primer nacimiento de la Maternidad Subrogada (Gestación Asistida) se llevó a cabo en 1987”.

¹² ANDEL WILLIAM. Hanafin Hillary. “Tasa de éxito de los embarazos derivados de maternidad gestacional subrogada”. VI Congreso Fertilización In Vitro. Jerusalén Israel. 6 de abril 1989.

De 1987 a la fecha, se han efectuado por medio de esta técnica más de 200 nacimientos de niños con lo que se demuestra que la Gestación Asistida, es sin duda alguna, uno de los descubrimientos médicos más exitosos del siglo, en cuanto a reproducción humana se refiere.

Los principales problemas asociados a la fecundación in vitro pueden estar derivados de la estimulación ovárica o del embarazo. También se presentan consideraciones bioéticas.

A. RIESGOS DERIVADOS DE LA ESTIMULACIÓN:

- a) SÍNDROME DE HIPERESTIMULACIÓN OVÁRICO. Se da durante la fase lútea del ciclo menstrual y consiste en una respuesta anormalmente alta de los ovarios ante la estimulación hormonal, y que además es persistente en el tiempo. Se trata de una complicación derivada de los tratamientos hormonales de estimulación ovárica en reproducción asistida, principalmente relacionados con la administración de hCG. Los síntomas más destacados de este síndrome son la ascitis, el crecimiento ovárico y el dolor abdominal. La probabilidad de que ocurra una respuesta exagerada (hiperestimulación) con riesgo para una paciente es inferior al 1%, siendo la complicación más grave la torsión de ovarios, que puede desembocar en hemorragias internas.
- b) EMBARAZOS MÚLTIPLES. En ciclos donde se transfieren dos embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 6%. En ciclos donde se transfieren tres embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 12% y de tener un embarazo triple es del 3%. Es importante llevar a cabo controles ecográficos y medir los niveles de estradiol para cancelar el ciclo de reproducción asistida en el caso de que se detecten más de dos o tres folículos ovulatorios. Un embarazo múltiple tiene importantes riesgos de salud tanto para la madre como para los fetos, y normalmente desemboca en un parto prematuro.

B. RIESGOS DERIVADOS DEL EMBARAZO:

- a) ABORTO NATURAL. Se calcula que se produce entre el 20-22% de los casos. La mayoría de los abortos espontáneos ocurren en las primeras semanas de embarazo.
- b) EMBARAZO ECTÓPICO. Entre 2 y 5 mujeres de cada 100 sometidas a fecundación in vitro pueden tener un embarazo ectópico, en los embarazos concebidos de forma natural la probabilidad es de 1%- 1,5%.

La inyección intracitoplasmática de espermatozoides es una fertilización microquirúrgica en la cual el espermatozoide es inyectado dentro del citoplasma del óvulo. Se usa cuando el hombre eyacula poca cantidad de espermatozoides o cuando los mismos tienen dificultad para penetrar al óvulo. También se lo utiliza cuando los espermatozoides son aspirados del deferente, epídimo o testículo. En casos muy severos, en los cuales no se hallan espermatozoides, pueden inyectarse espermátides. Como la prevalencia de trastornos genéticos está aumentada en el factor masculino severo, lo aconsejable antes de acceder al procedimiento es la evaluación genética de la pareja y la posterior vigilancia del embarazo. El porcentaje de embarazo logrado es aproximadamente 30/40%, variando fundamentalmente según la edad de la mujer 30 / 40%. Este es el tratamiento indicado en pacientes que, por diferentes razones no poseen óvulos capaces de dar lugar a un embrión evolutivo y sano. Consiste en realizar una Fecundación in Vitro con óvulos de donante y el esperma de la pareja o semen de banco, transfiriendo los embriones a la mujer receptora. La paciente recibe un tratamiento hormonal sustitutivo con estrógenos y progesterona que prepara el útero para la recepción de los embriones. El mismo día en que se realiza la captación de los ovocitos realizamos la fertilización, y dos o tres días después, transferimos los embriones a la paciente. A las donantes se les realizan los estudios necesarios para conseguir unos óvulos sanos. Se realizan diversos test diagnósticos, y se registran sus características físicas y sanguíneas, para que sean lo más parecidas posibles a las de la pareja receptora.

En esta primera consulta se va a proceder a abrir el historial médico, y normalmente también se va a realizar una ecografía y una bacteriología a la mujer. Al varón se le va a realizar un seminograma y congelación de espermatozoides. Esta congelación se realiza para evitar molestias a los pacientes, ya que de este modo, los pacientes sólo tendrían que acudir de nuevo al centro para realizar la transferencia de embriones.

2.3 CONDICIONES PARA LA GESTACIÓN ASISTIDA.

Salud reproductiva es la capacidad y derecho de los individuos y de las parejas de disfrutar de una vida sexual y reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, con la absoluta libertad de decidir de una manera responsable y bien informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

No hay modo más directo de normalizar una práctica antes mal vista, que buscarle un nuevo nombre tan aséptico como sea posible. Antes se llamaba a esto “madre de alquiler” o “útero de alquiler”, pero es demasiado crudo, evoca el dinero y hasta puede dar argumentos de telenovela latinoamericana. Así que llamémoslo “subrogación gestacional”, que suena tan neutro como “nacidos por cesárea”.

No deja de ser curioso que se intente “normalizar” la maternidad de alquiler en un momento en que la ciencia está comprendiendo mejor que “el embarazo no consiste sólo en llevar a un bebé; es una experiencia fundamental que modela a los dos protagonistas.

Apenas estamos empezando a descubrir la complejidad y la riqueza de la interacción entre la madre y el bebé en el útero. Pero la “subrogación gestacional” sólo atiende a los deseos del que hace el encargo. El proceso de maternidad sustituta (más conocido como “madre de alquiler”) es un procedimiento bastante caro. El alquiler de útero es una de las soluciones más costosas que hay actualmente para revertir problemas de infertilidad, y por ello, es una opción a la cual no todas las parejas podrán acceder ni costear. Por norma general, los padres que contratan a la madre

de alquiler son los que se hacen cargo de todos los gastos que conlleve el proceso de embarazo. Entre estos costes se incluye tanto los métodos de reproducción asistida que se utilicen para provocar el embarazo, como los exámenes médicos, las consultas médicas o los procedimientos que requiera el transcurso del embarazo. Además, normalmente los futuros padres suelen pagar también los gastos de los viajes que la madre de alquiler deberá realizar para someterse a controles prenatales, se encargan de comprarle la ropa de maternidad y, a veces, incluso se hacen cargo de los gastos de alimentación de la madre de alquiler. En determinados casos pueden tener además que pagar una especie de compensación o sueldo tanto a la madre de alquiler que alquila su vientre como a la agencia que les ha puesto en contacto.

Una madre de alquiler es aquella mujer que ofrece su útero para gestar en él al bebé de otra pareja que tiene problemas de fertilidad y no pueden concebir por métodos naturales. Una vez que nace el niño, es entregado a esa pareja que se convierte legalmente en sus padres, mientras que la mujer que lo gestó renuncia a todos sus derechos como madre. A este proceso también se le suele conocer con el nombre de “Maternidad sustituta”. Normalmente recurren a éste método aquellas mujeres que no pueden concebir ya sea porque carecen de útero (cómo ocurre en mujeres que han sufrido cáncer) o bien porque el útero es deforme. Este proceso, aunque efectivo, sólo está legalizado en algunos países, como Gran Bretaña, Estados Unidos o Canadá. En otros, como España, por ejemplo, esta práctica está expresamente prohibida por la ley.

En aquellos países en los que la contratación de madres de alquiler (también conocida como subrogación de vientre o de útero) está permitida, existen agencias especializadas a través de las cuales las parejas que deseen una madre de alquiler se pueden poner en contacto con mujeres que ofrecen este servicio. Es el caso, por ejemplo, de Gran Bretaña, Estados Unidos o Canadá. En estos casos son las propias agencias las que se encargan de llevar a cabo los exámenes médicos y psicológicos

necesarios a las mujeres que ofrecen su vientre en alquiler, antes de acordar aceptarlas como clientes. Además, se encargan también de resolver todos los aspectos legales relacionados con el proceso. En cualquier caso, al tratarse de un complejo proceso legal, siempre conviene contar con un asesor legal propio capaz de resolver todas las dudas y velar por que todo el papeleo esté en orden.

Una de las ventajas más obvias de recurrir a una madre de alquiler es conseguir que una pareja que por alguna razón no pueden tener hijos por sí mismos pueda tener un hijo biológico.

Además, se suele crear un vínculo bastante fuerte entre la madre de alquiler y la pareja. De esta forma la pareja puede participar activamente en todas las etapas del embarazo.

Desafortunadamente, también existen potenciales desventajas e inconvenientes cuando se elige esta clase de opción, muchas de las cuales podrían terminar desengañando o rompiendo los corazones de la pareja de padres potenciales.

Por un lado se pueden dar una serie de problemas legales, en especial si los óvulos son de la madre de alquiler. En este caso puede ocurrir que la madre de alquiler se arrepienta, lo que provocaría complicaciones sobre la custodia del bebé.

Por otra parte, se trata de un proceso complejo y difícil, psicológicamente hablando, que puede provocar un importante nivel de ansiedad. Además de que suele resultar bastante caro.

El alquiler de útero es una de las soluciones más costosas que hay actualmente para revertir problemas de infertilidad, y por ello, es una opción a la cual no todas las parejas podrán acceder ni costear.

La mayoría de parejas que buscan una madre de alquiler suelen recurrir a agencias de subrogación de vientre, en aquellos países en los que esta práctica está permitida. En estos casos, el proceso suele ser muy similar. En primer lugar, la pareja recibe unos folletos o documentos con la información más relevante sobre la maternidad sustituta. Con esta información previa, la pareja que quiere concebir se reúne con los especialistas, entre los que se cuentan un abogado y un psicólogo, y estudian las diferentes opciones con las que cuentan. De esta forma se determina cuál es el método que más conviene en su caso, si la opción tradicional o la gestacional.

En esta reunión inicial, la pareja deberá determinar qué características espera de la madre en alquiler, qué tipo de contacto le gustaría mantener con ella y todo lo concerniente a cuestiones financieras y legales.

Después deben elegir entre las mujeres a aquella que más se ajuste a sus deseos. Las madres de alquiler deben cumplir una serie de requisitos: ser madres preferentemente de por lo menos dos niños y haberlos criado, tener entre 25 y 35 años, someterse a un minucioso examen de salud y evaluación psicológica, tener una situación económica estable, etc.

Después se produce el encuentro entre ambas partes y se debe llegar a un acuerdo sobre todos los aspectos concernientes al embarazo. Debido a la complejidad del tema y a los posibles problemas que pudieran surgir, es recomendable que ambas partes cuenten con un abogado. También es buena idea buscar asesoramiento psicológico, ya que tanto la idea de tener que dar al bebé que has llevado 9 meses en tu vientre como la de que otra mujer gaste a tu hijo puede resultar difícil de aceptar.

Una vez establecidos los términos del contrato, se puede comenzar ya con el proceso puramente biológico.

Podemos hablar de que existen dos tipos de madres de alquiler: la tradicional y la gestacional. La madre de alquiler tradicional es aquella mujer que ha sido inseminada artificialmente con el esperma del hombre que desea ser padre o con un donante anónimo de esperma. La mujer, que en este caso es la madre biológica del bebé, deberá dar el niño en adopción a los futuros padres, un procedimiento que se deberá ajustar a las leyes de cada país. Por otra parte, la madre de alquiler gestacional, es aquella que toma los óvulos de la madre biológica y que ya han sido fecundados in vitro con el esperma de su pareja. Esos embriones se transfieren a la madre gestacional, la cual llevará a término los embriones que se desarrollen dentro de su vientre. En el alquiler gestacional de un vientre los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento del bebé que se realiza en el hospital, lo que significa que queda registrado como hijo de la pareja.

Pero, hablar abiertamente sobre los problemas de infertilidad no siempre es fácil para las parejas que los padecen. Durante este proceso se les debe brindar información accesible, con explicaciones que permitan disipar mitos y falsas impresiones.

Si la pareja no ha sido evaluada antes y no existen enfermedades obvias, el estudio se debe iniciar después de un año de relaciones infructuosas sin protección anticonceptiva. Este consiste en determinar la causa que sugiera el interrogatorio realizado a ambos cónyuges e incorpora la tecnología precisa en cada caso, ya sea endoscopías, ecografías, análisis hormonales, exámenes radiológicos o histológicos, etc. que permiten, en cada caso, recomendar el procedimiento más adecuado.

El profesor Irving J. Sloan, dice que para que se lleve a cabo la Maternidad Subrogada o Surrogate Motherhood (Gestación Asistida), deberán cumplirse las siguientes condiciones:¹³

¹³ SLOAN Irving. *“Ley de adopción y Maternidad Subrogada”*. Oceana. Estados Unidos de América 1988. Pág. 92.

- A) Verificar que el óvulo de la madre asistida y el espermatozoides del esposo, sean susceptibles de fertilizaciones y no exista ningún impedimento en ambos para su fecundación, ni biológico ni genético.
- B) Posteriormente y habiendo cumplido con el punto anterior, se contactará a la mujer asistente, estableciéndose de común acuerdo, las condiciones de fecundación, implantación, gestación y adecuado desarrollo del embrión.
- C) Antes de que las partes firmen cualquier contrato, deberán señalar expresa y claramente sus derechos y obligaciones, antes y después de que el niño nazca, como son: la salud y asistencia médica de la mujer asistente durante el embarazo, los derechos de los padres y gastos, entre otros.
- D) Habiendo cumplido con lo anterior, las partes negociarán los términos del contrato.

Leonor Taboada, nos explica que la pareja está obligada, en algunos casos, a pagar cierta cantidad de dinero a la mujer asistente por llevar adelante el embarazo, además de sufragar los gastos médicos que implique la preñez. A cambio de esto, en el contrato se establecerá la abstención de relaciones sexuales, desde dos semanas antes de la primera implantación hasta la confirmación del embarazo, lo que puede llevar varios ciclos. También prohíben las relaciones promiscuas, así como fumar y beber, regulan la asistencia a todas las citas administrativas, médicas, psicológicas y de asesoramiento o legales, según la conveniencia de los horarios de la clínica. La mujer está obligada a utilizar todos los servicios que incluya el programa y asistir a todos los tratamientos y procedimientos que decida el médico que la trata. Si aborta no cobra, y si no consigue la concepción tampoco, aunque ésta pueda intentarse varias veces.¹⁴

¹⁴ TABOADA Leonor. “*La Maternidad Tecnológica*”. Icaria Editorial. España 1986. Pág. 116.

Después de cumplido lo anterior, el procedimiento de Gestación Asistida está listo para realizarse.

2.4 MÉTODO.

La Gestación Asistida se inicia con la extracción de óvulos (por lo general 2 ó 3) de la mujer asistida, y la obtención de la muestra seminal de su esposo para su fecundación, y posterior implantación de los embriones en el útero de la mujer asistente.

Cabe mencionar que Lawrence J. Kaplan y Rosemarie Tong, dicen que los óvulos deben ser obtenidos cuando estén en la etapa final de la maduración, es decir, justo antes de la ovulación.

Asimismo, de acuerdo a la Clínica de Infertilidad Endoscopia y Embarazo de Alto Riesgo, Unidad de Reproducción Asistida, (Subdivisión de Especialidades de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México), especializada en embarazos de alto riesgo y técnicas reproductivas, señalan que para asegurar el embarazo deseado, se requiere madurar varios óvulos, y si sabemos que toda mujer, en su ciclo ovulatorio mensual, es capaz únicamente de madurar un óvulo, es necesario administrar a la madre asistida, algunos medicamentos para lograr la maduración de varios óvulos. El efecto de los fármacos será controlado por medio de exámenes de laboratorio y la realización de ultrasonidos.

De esta forma la extracción de los óvulos se realiza después de haber efectuado la estimulación con medicamentos, misma que según los doctores Lawrence J. Kaplan Rosemarie Tong, se efectúa mediante dos procedimientos:¹⁵

¹⁵ KAPLAN LAWRENCE. Tong Rosemarie. “Controlando nuestro destino reproductivo”. Estados Unidos de América. 1994. Pág. 285.

- A) LAPAROSCOPIA. Se lleva a cabo mediante un laparoscopio a través de una pequeña incisión en el abdomen, cerca del ombligo que permite al doctor localizar el útero y los ovarios.

- B) CAPTURA TRANSVAGINAL CON GUÍA ULTRASONOGRÁFICA (TUDOR, TRANSVAGINAL ULTRASOUND-DIRECTED OCYTE RETRIEVAL). Los óvulos se unen insertando una aguja a través de la cavidad vaginal, hacia los ovarios, la cual succiona el fluido de su interior para verterlo en un recipiente de vidrio y examinarlo a fin de determinar el número de óvulos presentes. Luego se colocan en otro recipiente con una solución nutritiva para su posterior fecundación.

El mismo día de la captura ovular, el esposo proporcionará una muestra de semen, para colocarse en una centrífuga que separa los espermatozoides del líquido seminal. Esta muestra seminal se concentra en un medio nutritivo de cultivo y se pone en la incubadora durante una hora aproximadamente.

Una vez obtenidos los óvulos de la mujer asistida y el espermatozoide del esposo, las siguientes etapas en el proceso son: fecundación e implantación de los embriones en la mujer asistida.

2.4.1 FECUNDACIÓN VÍA FERTILIZACIÓN IN VITRO.

La fase Fertilización in Vitro que literalmente significa: fertilización en vidrio, es simplemente usado para denotar a todos aquellos procedimientos de fertilización que ocurren fuera del cuerpo humano.¹⁶

Para que se lleve a cabo la Fertilización in Vitro, los óvulos de la mujer asistida deberán permanecer durante un periodo de cuatro a ocho horas en la incubadora, a fin de que se encuentren en óptima madurez para su fecundación. Una vez transcurrido este tiempo, el embriólogo los coloca junto con el espermatozoide del esposo.

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 256.

Al comprobarse que la fertilización ha tenido lugar, los gametos o embriones que crecen con mayor rapidez, son los elegidos para su implantación en el útero de la mujer asistente.

Para comprobar que el embarazo se ha logrado, dos semanas después de la implantación, se realiza una prueba de embarazo en sangre.

2.4.2. FECUNDACIÓN VÍA TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.

La Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT), tiene grandes ventajas sobre, tanto la inseminación artificial como la Fertilización in Vitro, ya que el esperma es situado directamente en las trompas de falopio, sin tener que viajar a través del cuello de la matriz y el útero. Otra ventaja de GIFT sobre la Fertilización in Vitro, es que los óvulos fecundados se desarrollan en su ambiente natural antes de llegar al útero. Aún así, otra ventaja es que todo el proceso ocurre en un día en GIFT los óvulos son obtenidos, mezclados con el esperma, e implantados, todo en un día.¹⁷

Como se puede observar, la Gestación Asistida es una solución a la esterilidad en la pareja; sin embargo, también tiene repercusiones importantes en varios aspectos, y por ello estas técnicas deben ser reguladas por nuestra Legislación Sanitaria y Civil, ante las autoridades de instancia, toda vez que este hecho no está contemplado en dicha ley.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 256.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN

3.1 LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN MÉXICO.

Desde antes del tercer milenio, aparecieron nuevas formas de procreación, debido al desarrollo acelerado de la genética. Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología, nos ponen ante situaciones que se proyectan al campo jurídico.

Los avances técnicos en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina, pusieron a pensar a los juristas en que no siempre se encuentran respuestas específicas en la legislación vigente.

Por ello deben estudiarse la fecundación artificial, la implantación del embrión, la maternidad subrogada y la adopción prenatal, para ver los efectos o consecuencias jurídicas que se pueden producir, y que no se encuentran previstos en nuestra legislación.¹⁸

La fecundación artificial presenta algunos problemas jurídicos referentes a la filiación, y las legislaciones han asumido varias posturas al respecto.

Algunas de las dudas que surgen son: ¿Puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al espermatozoides de un muerto? ¿Valdría una disposición testamentaria, en la que el marido disponga que su semen depositado en un banco para conservar este material genético, pueda ser utilizado por la viuda?, ¿Se puede disponer del semen en un testamento?, ¿El semen es un bien?, ¿El semen está en el comercio? o ¿El útero es materia de contratos?

¹⁸ SÁNCHEZ MÁRQUEZ Ricardo. “*Derecho Civil*”. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 457.

En las legislaciones estatales existen algunas disposiciones, como en el caso del Código Penal de Chihuahua, donde se contempla el delito de inseminación artificial indebida, o el Código Civil de Morelos donde se contempla como causal de divorcio, el hecho de que la mujer se insemine sin consentimiento del marido.¹⁹

En materia federal es conveniente hacer una revisión a la Ley General de Salud, que en su artículo 466 previene que:

“Al que sin consentimiento de la mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial...”

En este artículo se aprecia que la inseminación artificial se debe realizar cumpliendo con determinados requisitos para no actualizar una conducta delictiva.

Y por supuesto que son reconocidos en nuestro país, los documentos de carácter internacional suscritos, y reconocidos por nuestra autoridad como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de Ginebra, sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, siendo de gran interés y trascendencia en el tema de los derechos reproductivos, por lo que el presente capítulo entra en el estudio de la legislación internacional, federal y local al respecto.

3.2 LEGISLACIÓN SANITARIA.

La Ley General de Salud en su artículo 313 fracción I, dice que:

“Compete a la Secretaría de Salud: I. El control sanitario de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios;”

En este artículo se fija la competencia de la Secretaría de Salud y la función que debe cumplir el órgano desconcentrado, a fin de contrarrestar riesgos sanitarios.

¹⁹ *Ibidem* Pág. 462.

En el artículo 314, la Ley General de Salud proporciona una serie de definiciones médico jurídicas, indispensables para el tema de los derechos reproductivos, entre los cuales destacan los siguientes:

“I. Células germinales: células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

III. Componentes: órganos, tejidos, células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos.

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

VI. Donador o disponente, al que tácita o expresamente consiente la disposición en vida o para después de su muerte, de su cuerpo, o de sus órganos, tejidos y células, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

VIII. Embrión: el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

IX. Feto: el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

XII. Receptor: la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos.

XIV. Trasplante: la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo”.

En este artículo resaltan las definiciones que tienen relación con la reproducción asistida, ya que si no se conocen y utilizan los tecnicismos jurídicos apropiados, puede existir error en el momento de suscribir el contrato que propongo en esta Tesis.

Otra disposición importante es la contenida en el artículo 318 de la mencionada Ley que señala:

“Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan”.

En este artículo se reconoce a la Ley General de Salud como el principal ordenamiento en materia de control y disposición del embrión, y se hace mención de la posibilidad de recurrir en su caso a disposiciones complementarias o supletorias.

En el artículo 321 de la Ley General de Salud se dispone que:

“La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen en trasplantes”.

En este artículo se define y permite la donación de células, que es el punto que me interesa. A su vez, se clasifica el consentimiento de esa donación en tácito y expreso. Además, sobresale el hecho de que la donación puede ser durante la vida del donante y para después de su muerte.

Y correlativo con éste, el artículo 323 en su fracción II señala que:

“Se requerirá el consentimiento expreso: **II.** Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas”.

En este artículo se limita la donación de células progenitoras hematopoyéticas a un consentimiento expreso. Sin embargo, me parece una omisión que el artículo no establece si se refiere al consentimiento del donante o del donatario.

En cuanto a la donación expresa, el artículo 322 párrafos primero y cuarto de la Ley General de Salud aclaran que:

“La donación expresa constará por escrito”, y “la donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada

por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte”.

En este artículo se formaliza la donación expresa exigiendo que conste por escrito. Asimismo, impide que se revoque la donación expresa por un tercero, lo cual, es acertado ya que deja a salvo el derecho personalísimo del interesado para que él mismo revoque su donación.

Por su parte, el artículo 326 fracción I de la propia Ley aclara que:

“El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican: I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido”.

En este artículo se protege el derecho de menores de edad o incapaces. Debe entenderse como una protección ya que opera el criterio de salvaguardar la vulnerabilidad o desventaja en que se pueden encontrar estas personas.

Una disposición importante es la contenida en el artículo 327 de la referida Ley que dice:

“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”.

En este artículo queda de manifiesto un elemento indispensable para la propuesta de contrato a que se refiere esta Tesis y que es eliminar el posible ánimo de lucro de la mujer asistente de la reproducción asistida.

El artículo 341 de la Ley General de Salud expresa que:

“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”.

En este artículo nuevamente se hace referencia a la importancia de las instituciones públicas en el tratamiento y control de células progenitoras.

En cuanto a los delitos reproductivos, la Ley General de Salud tipifica en su artículo 466 que:

”Al que sin consentimiento de una mujer o aún 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”.

En el delito a que se refiere este artículo, el legislador sí limita a las mujeres para tomar la decisión unilateral de ser inseminada y exige a la mujer casada a actuar con la conformidad del cónyuge. Es por esta razón que en el caso de reproducción asistida la mujer asistente necesariamente deberá ser soltera.

En opinión del LICENCIADO JUAN MANUEL RAMIREZ DELGADO, “de la redacción anterior se deduce que la inseminación artificial en seres humanos está permitida, y solamente se prohíbe cuando se realice sin consentimiento de la mujer, o bien, que sea con consentimiento de una persona incapaz de decidir, esta prohibición va más allá, pues incluso la mujer casada requiere la conformidad del cónyuge para otorgar su consentimiento. Es un delito de acción, de daño, doloso; el objeto jurídico tutelado es la integridad física y psíquica de la mujer inseminada, que a su vez se convierte en el objeto pasivo, el activo puede serlo cualquier persona. La única modalidad que presenta este artículo, es la razón del aumento a la sanción en caso de que resulte embarazo. Surgen las siguientes preguntas: ¿Qué pasaría con ese embarazo? ¿Se obligaría a la mujer a sostenerlo, o se permitiría el aborto? o bien, en este caso se podría justificar la conducta, siguiendo la tónica para cuando el embarazo es

consecuencia de una violación, aunque se correría el riesgo de caer en una aplicación analógica prohibida por nuestra Carta Magna. Quizás viendo que existe este riesgo y que la Ley General de Salud se ha adelantado al ordenamiento penal, éste debería de adecuarse y justificar esta conducta”.²⁰

3.3 CONSTITUCIÓN.

Dentro de las garantías individuales reconocidas en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos en el artículo cuarto párrafo segundo la libertad de procreación:

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

La garantía establecida en este artículo es totalmente congruente con la realidad mexicana, ya que deja a salvo la libertad de procreación de todas las personas.

En opinión del DR. IGNACIO BURGOA, “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 lo que los gobernados pueden hacer, sino lo que las autoridades estatales no deben hacer o dejar de hacer en su detrimento. Si se hubiese advertido la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado, el texto del citado 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. Pero, prescindiendo de la redacción del párrafo, éste, en substancia, proclama la libertad de procreación, imponiendo simultáneamente a los órganos del Estado la obligación pasiva de no determinar por ningún acto de autoridad, el número de hijos que desee tener la pareja humana. La disposición comentada es la base constitucional de lo

²⁰ RAMÍREZ DELGADO Juan Manuel. “*El llamado Derecho Penal Especial*”. Universitaria Potosina. México 1997. Págs. 251,252.

que se llama planeación familiar, la cual de ninguna manera entraña el desconocimiento de la aludida libertad, sino una política de persuasión que se debe implantar y desarrollar legislativa y administrativamente por el Estado, tendiente a infundir en el varón y la mujer una conciencia de responsabilidad en cuanto a la procreación de los hijos, con el objeto primordial de controlar el crecimiento demográfico que tan graves problemas sociales, económicos, sanitarios y ecológicos provoca, y cuyo estudio y pretendida solución han originado diversos eventos de carácter internacional en los que nuestro país ha participado”.²¹

En un análisis al artículo cuarto constitucional, realizado por MARCELA MARTÍNEZ ROARO, expresa lo siguiente: “En la redacción del artículo cuarto se evitó usar como sujetos activos de la garantía a los –padres-, al –padre y la madre- o a la –pareja-, porque las garantías son individuales o sociales conforme a la ortodoxia jurídica, no existen garantías constitucionales de pareja. Se usó el término -persona- para dejar claro que se trataba de una garantía individual. Sin embargo, la gran mayoría de la población se reproduce por medio de la cópula pene-vagina, que involucra obligadamente la actividad corporal del hombre y mujer (independientemente de la inseminación artificial, la clonación, la maternidad subrogada, etc.). Así, el artículo cuarto, por cuestión biológica e independientemente del término -persona-, plasmó una garantía que excepcionalmente se ejerce individualmente y sí, en la mayoría de los casos, se ejerce en pareja, lo que en el marco del matrimonio civil abre la posibilidad a serios problemas legales.

El derecho a tomar la decisión de procrear está condicionada a tres supuestos: **Libremente**, es decir, que la decisión sea tomada sin que medie ninguna clase de coacción. **Responsablemente**, o sea, previendo las consecuencias futuras de la decisión y aceptando afrontarlas y responder por ellas. **Informadamente**, la decisión sólo puede tomarse libre y responsablemente, en la medida en la que se tenga la posibilidad de acceso a información seria, veraz y científica.

²¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio. “*Las Garantías Individuales*”. Editorial Porrúa. México 2002. Págs. 274-276.

El derecho a decidir sobre el número de hijos, significa optar por tener uno, más de uno, o ninguno, y el espaciamento alude a una decisión de tiempo, en qué momento tener un hijo”.²²

3.4 CÓDIGO CIVIL (LOCAL Y FEDERAL).

En el Código Civil Federal encontramos las siguientes disposiciones, relacionadas con el derecho a la procreación, como es el caso del artículo 162 párrafo segundo que expresa:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Este artículo es correlativo con la garantía constitucional de libertad de procreación, y en lo que agrega sobre el matrimonio se ajusta a la garantía constitucional de igualdad de género.

Considerando los fines del matrimonio, entre otros, el derecho a procrear, el mismo Código Civil Federal expresa en su artículo 156 fracción VIII como impedimento para celebrar el contrato de matrimonio lo siguiente:

“La impotencia incurable para la cópula, y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias”.

En este artículo me llama la atención que se incluya la impotencia incurable como impedimento para contraer matrimonio, ya que al existir una mejor regulación de la reproducción asistida, estas circunstancias quedarían a la libre valoración de los interesados.

Y además, como causal de divorcio, el Código Civil Federal señala en su artículo 267 fracción VI:

²² MARTÍNEZ ROARO Marcela. “*Derechos y delitos sexuales y reproductivos*”. Editorial Porrúa. México 2000. Págs. 311,312.

”Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio”.

En este artículo también se hace referencia a la impotencia incurable, en este caso como causal de divorcio. Pero, desde luego que no solo se trata del tema reproductivo, sino además de la libertad sexual de los cónyuges. Por lo que sólo considero de esta disposición lo relacionado con la reproducción asistida.

Similar al Código Civil Federal, el Código Civil Para el Distrito Federal, en su artículo 156 fracciones VIII y IX, señala como impedimentos para celebrar el matrimonio:

“La impotencia incurable para la cópula”, y, “padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria”, respectivamente.

Sin embargo, a diferencia del Código Civil Federal, el Código Civil para el Distrito Federal, en el mismo artículo precisa que:

”la fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente”.

“la fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio”.

En este artículo se previene la aceptación y el consentimiento del otro cónyuge para contraer matrimonio aún bajo las circunstancias descritas. Esto robustece el criterio para impulsar técnicas de reproducción asistida, ya que prevalece la regla de que la voluntad de las partes es ley suprema.

3.5 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

Desde el punto de vista de los textos internacionales, también era difícil defender el derecho a la vida del preembrión, pues en ellos, como dice la autora MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ, generalmente el derecho a la vida se reconoce a los seres ya nacidos.²³

En este sentido, podemos citar la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. En dicho texto se recogen 30 artículos, en los cuales en 24 ocasiones se comienza con la expresión “toda persona”, y en el resto se habla de “todo ser humano”, “todo individuo”, “los hombres y las mujeres”, etcétera, dejando claro que los titulares de derechos humanos son los seres ya nacidos. En concreto, en relación con el derecho a la vida, el Art. 3º. señala:

“Todo individuo tiene derecho a la vida”.

Precisamente parece ser un hecho demostrado, que si de algo carece el preembrión es de individualidad, porque sostienen los biólogos que para que un ser pueda calificarse de individuo, además de su naturaleza humana ha de reunir dos características: unidad (ser uno solo) y unicidad o irrepetibilidad (ser único o irrepetible). Pero antes de que se produzca la anidación del preembrión en el útero puede ocurrir lo siguiente:

Que a partir de un preembrión no se llegue a originar ningún ser humano por producirse un aborto natural, tal como ocurre en la fecundación ordinaria, en que entre un 60 y un 80% de todos los óvulos fecundados, éstos se pierden y se expulsan espontáneamente de forma subclínica, sin que la mujer llegue a darse cuenta, en la mayoría de las ocasiones, que ha sufrido un aborto. En tal caso no nos encontraríamos ante un individuo, ni siquiera en potencia.

²³ CARCABA F. María. “*Los Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”. Bosch. España 1995. Pág. 152.

También puede ocurrir que a partir de un preembrión se originen dos o más seres, lo cual podría ocurrir de forma natural, como es el caso de los gemelos monocigóticos, o de forma artificial, ya que en la fase previa a la anidación, es posible provocar la división del huevo fecundado en dos mitades semejantes, que se regenerarán originando embriones completos. De este modo, existiendo en el preembrión esta capacidad de originar varios individuos idénticos (totipotencia), respecto a él no se puede hablar de unidad, porque puede que lleguen a formarse dos o más individuos; ni tampoco señalar unicidad, puesto que tales individuos tendrían idéntico mensaje genético. Únicamente puede garantizarse la irrepitibilidad, una vez que el preembrión ha anidado; parece pues, que sólo a partir de ese momento podremos estar ante seres únicos e irrepitibles.

Finalmente, puede ocurrir que dos óvulos fecundados en momentos próximos se fusionen, dando lugar a las quimeras postcigóticas, que suponen la creación de un solo ser humano a partir de dos preembriones, originándose un ser humano con dos mensajes genéticos diferentes, procedentes incluso de preembriones de sexo diferente. Quebraría así la característica de la unidad, puesto que dos embriones no darían lugar a dos seres humanos, ni tampoco a más si se produjera algún caso de gemelos monocigóticos, sino todo lo contrario, el resultado sería un solo individuo. De todo lo expuesto, podemos deducir que el preembrión no es susceptible de ser incluido en el concepto de individuo, al que el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce derecho a la vida.

3.6 CÓDIGO PENAL (LOCAL Y FEDERAL).

El Código Penal Federal dentro de los delitos contra el estado civil, y en relación con la problemática que puede plantear la maternidad subrogada, en cuanto a la controversia del reclamo de la maternidad, señala en su artículo 277 fracción I:

“Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes: I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre”.

El delito a que se refiere este artículo tiene relación con el tema de esta Tesis en tanto que la paternidad es un punto relevante para la reproducción asistida. Por esta razón, en el contrato que propongo se disipan conflictos de paternidad y se previene sobre la comisión de alguna conducta punible.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal, sí hace mención expresa de delitos estrictamente relacionados con el derecho a la procreación, en los siguientes artículos contenidos en el Título Segundo de la Parte Especial "Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética":

"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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 los artículos 149 al 155 del Código Penal del Distrito Federal se castigan conductas antisociales relacionadas con la procreación asistida, la inseminación artificial y la manipulación genética. Al respecto me parece que la cantidad de conductas descritas, la descripción contenida en cada tipo penal, y la severidad de las sanciones es totalmente aplicable. Lo cual permite afirmar que la legislación penal para el Distrito Federal en el tema que me ocupa es acorde a la necesidad de la sociedad. Por lo que de acuerdo a la información con que cuento no hay nada que agregar a estos numerales.

Por otra parte, el mismo Código Penal Para el Distrito Federal en su Parte Especial, Título Noveno “Delitos contra la Filiación y la Institución del Matrimonio”, Capítulo I “Estado Civil”, es más abundante en el tema que nos ocupa en los siguientes artículos:

“Artículo 203. Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda. V. Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda. El juez podrá prescindir de la sanción si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios, en el caso a que se refiere la fracción I de este artículo.

Artículo 204. El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá los derechos que tenga con respecto al ofendido, incluidos los de carácter sucesorio”.

Acerca de estos artículos debo insistir que el contrato de arrendamiento de útero permitiría acreditar y resolver sobre la paternidad que sea puesta en controversia judicial, ya que el contrato puede ser considerado como instrumento probatorio idóneo.

3.7 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

La Declaración de los Derechos Humanos reconoce que los niños deben de ser objeto de cuidado y atención especiales. Desde entonces, las Naciones Unidas han protegido los derechos del niño, en tratados internacionales de carácter general, tales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y en un instrumento dedicado específicamente a los derechos del niño, que es la Declaración de los derechos del niño de 1959. En su preámbulo esta Declaración señala que

“el niño en razón de su falta de madurez física e intelectual tiene necesidad... de una protección jurídica, tanto antes como después del nacimiento”.

Podría pensarse en incluir al preembrión como objeto de dicha protección jurídica prenatal. Pero dicha Declaración, aunque constituía un sólido marco moral, para los derechos del niño, no contenía obligaciones de carácter jurídico.

La necesidad de dar fuerza de Tratado a los derechos del niño, se hizo evidente durante los preparativos del Año Internacional del niño en 1979, comenzándose ese mismo año a elaborar un Proyecto de Convención, que vio la luz el 20 de noviembre de 1989, cuando la Convención sobre los Derechos del niño fue adoptada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990.

El artículo 6º de la Convención señala que

“todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

El artículo 1º indica que

“se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Desde un punto de vista literal, cabría entender que el preembrión como ser de naturaleza humana y menor de 18 años, encuentra protegido su derecho a la vida en el artículo 6º de la Convención; por ello sería extrapolar su sentido, porque resulta evidente que en la Convención no se da una respuesta clara a la pregunta de cuándo empieza la vida de un ser humano, si en el momento de su concepción, si cuando el embrión se convierte en feto o si al nacer. La fórmula del artículo 1º es ambigua y evasiva, y a pesar de que en el preámbulo se hable del niño “antes y después de su nacimiento”, un análisis del texto completo del Proyecto muestra que en éste se trata solamente de los derechos del niño ya nacido, no incluyéndose en la Convención, la protección legal de los derechos del niño concebido pero no nacido todavía.

Ello es lógico, pues el texto de la Convención está destinado a ser ratificado por numerosos y distintos países, cuyas legislaciones internas adoptan posturas contrarias en cuanto al tema del aborto voluntario; por ese motivo la Convención ha adoptado una fórmula oscura y ambigua que, no indicando expresamente nada sobre su posible extensión, al nasciturus permita su ratificación y respeto por aquellos Estados con legislación abortista.

El concebido y no nacido, en la Convención es tomado en cuenta en el Preámbulo, cuando se habla del niño antes y después de su nacimiento, pero el Preámbulo carece de fuerza jurídica.

También es tomado en cuenta en el artículo 24-2-d, cuando se señala que los Estados partes adoptarán las medidas apropiadas para “asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”. Pero de este modo se está protegiendo al concebido y no nacido de una manera indirecta, a través de la madre, que es la auténtica titular del derecho a la protección del artículo 24^o.²⁴

En cuanto a este punto cabe hacer mención que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, señala en su artículo 5^o de manera enunciativa, más no limitativa, que las niñas y niños, en el Distrito Federal, tienen los siguientes derechos:

“B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

- I. A la identidad, tomando como base el conjunto de atributos y derechos de la personalidad conforme a lo previsto en la legislación civil;
- II. A ser registrados después de su nacimiento, con un nombre y apellidos propios, de conformidad con lo establecido en la legislación civil;
- III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, y

²⁴ CARCABA FERNANDEZ María. *Op. Cit.* Págs. 154, 155.

V. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño”.

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ÚTERO

4.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

El arrendamiento es un contrato mediante el cual una parte denominada arrendador, se obliga a transferir, de modo temporal, el uso o goce de una cosa a otra parte llamada arrendatario, quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce, un precio cierto y determinado.

El arrendamiento tiene las siguientes características:²⁵

TRANSLATIVO DE USO. En virtud de que el objetivo principal es transferir el uso o goce de una cosa, siendo dicha concesión temporal.

PRINCIPAL. Es un contrato principal porque no depende de ningún otro contrato.

BILATERAL. Porque hay derechos y obligaciones recíprocos. Por parte del arrendador la principal obligación es conceder el uso o goce y, por parte del arrendatario, pagar un precio cierto y determinado.

ONEROSO. En virtud de que hay derechos y gravámenes para ambas partes. El provecho que recibe el arrendador, cuando se le paga un precio cierto y determinado, reporta el gravamen de conceder el uso o goce de la cosa arrendada y a la inversa.

²⁵ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. “*Los contratos civiles y sus generalidades*”. Mc Graw Hill. México 1995. Págs. 145-147.

CONSENSUAL EN OPOSICIÓN A REAL. Puesto que es suficiente el solo consentimiento de las partes para la existencia del contrato, no se necesita la entrega de la cosa para su perfeccionamiento.

FORMAL. El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador.

DE TRACTO SUCESIVO. El arrendamiento, por su propia naturaleza, prolonga sus efectos a través del tiempo. No se puede concebir el arrendamiento como un contrato instantáneo.

CONMUTATIVO. Pues las partes conocen la cuantía de las prestaciones desde el momento de su celebración.

Una vez enunciadas las características del arrendamiento, cabe señalar una diferencia entre el arrendamiento civil y el mercantil, siendo el segundo, según la fracción I del artículo 75 del Código de Comercio, el que adquiere ese carácter cuando recae sobre bienes muebles y existe el propósito de especulación mercantil, y el primero, por exclusión, cuando no se trata de un arrendamiento mercantil ni administrativo, refiriéndose éste último cuando recae sobre bienes que pertenecen a la Federación, Estados o Municipios.

4.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico. El contrato es un acto jurídico, definido comúnmente como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y como acto jurídico contiene elementos esenciales y elementos de validez, que por consecuencia deben observarse en el arrendamiento.

1) Los elementos esenciales son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir.

En la Teoría General del Acto Jurídico, se encuentran como elementos esenciales del acto jurídico los siguientes:²⁶

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD. Puede ser expresa cuando se exterioriza por el lenguaje oral, escrito o signos inequívocos, o tácita cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito.

UN OBJETO FÍSICA Y JURÍDICAMENTE POSIBLE. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. El objeto indirecto se refiere a las cosas o los hechos.

EL RECONOCIMIENTO que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto.

Dentro de los elementos esenciales del arrendamiento sobresalen los siguientes:

CONSENTIMIENTO. Por lo que a este elemento se refiere, se siguen aquí las reglas generales de los contratos. En el caso particular del arrendamiento, se da cuando una parte se obliga a conceder el uso o goce de una cosa y la otra parte está conforme con dicha concesión, aceptando pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado.

OBJETO. El objeto está constituido tanto por la cosa cuyo uso o goce se concede, como por el precio cierto y determinado.

²⁶ ROJINA VILLEGAS Rafael. “*Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*”. Editorial Porrúa. México 1993. Págs. 115-149.

LA COSA. En cuanto a la cosa, son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, exceptuando las consumibles, siendo aquellas cuyo arrendamiento se encuentran expresamente prohibido por la ley y los derechos estrictamente personales.

EL PRECIO. La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada.²⁷

2) Los elementos de validez son aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

Los elementos de validez del arrendamiento son los mismos de todo contrato: ausencia de vicios de la voluntad, capacidad, forma y licitud en el objeto, motivo, fin o condición.

LICITUD. Consiste en que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos. Contrariamente puede presentarse el Hecho Ilícito Culposos, cuando se procede con negligencia, descuido, falta de previsión o de cuidado; el Hecho Ilícito Doloso, cuando se procede con la intención de dañar, y el Acto Ilícito, cuando el autor del acto se propone un objeto o fin contrarios a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

FORMALIDAD. Consiste en que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales. Los ACTOS CONSENSUALES son aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad, por tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga verbalmente, por escrito o por señas, o se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad. Los ACTOS FORMALES son aquellos en que es necesario

²⁷ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Op. Cit.* Págs. 147-149.

que la voluntad se exprese por escrito para que tengan validez, por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito.

Los ACTOS SOLEMNES son aquellos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.

CAPACIDAD. Consiste en que la voluntad se otorgue por persona capaz.

AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD. Consiste en que la voluntad se exprese sin vicio alguno, es decir, que sea una voluntad libre y cierta. Los vicios pueden ser el error, el dolo y la violencia.

El ERROR es una creencia contraria a la realidad, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico.

El ERROR DESTRUCTIVO DE LA VOLUNTAD es el que impide la formación del conocimiento o concurso de voluntades, debido a que las partes no se ponen de acuerdo respecto a la naturaleza del contrato o a la identidad del objeto, de tal manera que hacen sus respectivas manifestaciones de voluntad pensando que celebran contratos diferentes, o bien, que se refieren a cosas distintas y esto impide que se forme el consentimiento.

El ERROR QUE VICIA LA VOLUNTAD, se presenta cuando la voluntad sí llega a manifestarse, de tal manera que el acto existe, pero su autor o uno de los contratantes sufre un error respecto al motivo determinante de su voluntad, siendo este error de tal naturaleza que de haber sido conocido no se hubiera celebrado el acto.

El ERROR DE DERECHO se presenta cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa, respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica se celebró el acto.

El DOLO es el conjunto de maquinaciones o artificios que provienen de un contratante o un tercero para inducir a error o mantener en él a la otra parte, siempre y cuando este error sea determinante de la voluntad.

La VIOLENCIA FÍSICA existe cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico.

La VIOLENCIA MORAL existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales.

Puede agregarse aquí la MALA FE, que es la disimulación de error por parte de un contratante, una vez conocido, para que el otro se obligue bajo esa falsa creencia.

4.3 ¿EL LLAMADO ARRENDAMIENTO DE ÚTERO ES UN CONTRATO?

En resumen, los elementos de existencia de los contratos son:

El consentimiento

El objeto

La cosa objeto del contrato debe:

Existir en la naturaleza;

Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;

Estar en el comercio;

Estar dentro del comercio. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular.

Los requisitos de validez de los contratos son:

La voluntad debe exteriorizarse de forma exigida por la ley.

La voluntad debe estar exenta de vicios.

El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos.

Los autores o partes del mismo deben ser capaces.

Se puede concluir el análisis de la validez y existencia del contrato en mención de la forma siguiente: si se interpreta que en el contrato referido el objeto del mismo es la conducta de hacer (gestar y parir) por parte de la “mujer disponente” de forma altruista.

El contrato contará con todos sus elementos de existencia y de validez. Pero, si al interpretar el contrato se considera que se está conviniendo sobre la filiación del recién nacido; no será válido.

En el caso de que se llevara a cabo un contrato con las características del que hemos venido estudiando, si las partes cumplieran con lo convenido (Que la pareja cubra los gastos que se generaron con el embarazo y parto, y que la “mujer disponente” les haga entrega del recién nacido). La pareja registraría al recién nacido ante el Juez del Registro Civil como hijo suyo.

En el caso de que la “mujer disponente” no cumpliera con lo convenido y se rehusara a hacer entrega del recién nacido a la pareja, ésta última tendría dos alternativas:

La primera opción, es acudir ante un Juez de lo Familiar y solicitar el cumplimiento del contrato; lo cual generaría una inmensa controversia ante todos los sectores de la

sociedad, esto influiría en el criterio juzgador, y, por ende, no resolvería la litis a favor de la pareja en tratamiento.

Segunda opción, debido a que generalmente el varón de la pareja aporta sus gametos (espermatozoides) para fertilizar a la “mujer disponente”, se tiene plena certeza de que él es el padre de la criatura, por tal motivo tiene la facultad que le otorga la ley de solicitar ante el Juez de lo familiar la custodia compartida de su hijo.

Es de hacer notar que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, la celebración de un contrato no brindará ninguna seguridad jurídica del cumplimiento del mismo. Por tal motivo es necesario adecuar el Código Civil.

La ley de causalidad jurídica establece, no hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho, o en otra forma: toda consecuencia jurídica háyase condicionada por determinados supuestos.

La ley de causalidad jurídica posee el siguiente corolario: si la condición jurídica no varía, las consecuencias de derecho no deben cambiar. Todo cambio en la condición jurídica determina una modificación en las consecuencias.

Atendiendo a lo anterior, en los casos de reproducción humana asistida en los cuales interviene una “mujer disponente” para apoyar el tratamiento de fertilidad de una pareja en tratamiento, la condición jurídica de la certeza de la madre se ve alterada, esto debido a que la mujer que aporta el gameto fecundado no gesta ni da a luz, pero el vínculo biológico con el recién nacido aún se mantiene, sin embargo, la “mujer disponente” aún y cuando gesta y da a luz, no guarda ningún vínculo biológico con éste.

Debido a que la condición jurídica de la certeza de la maternidad cambia (la madre es cierta por el hecho de dar a luz), las consecuencias de derecho deben adecuarse.

En puridad de conceptos, de alquiler de madre únicamente se puede hablar cuando la mujer que no gesta aporta el óvulo, de forma que lo que la madre alquilada hace es únicamente gestar al niño. Pero en la hipótesis en que la madre alquilada aporta ella misma el óvulo, nos encontramos más bien ante una hipótesis de inseminación artificial con donante, si bien con donante conocido. Sin embargo, en ambos casos se habla de contrato de maternidad subrogada.

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.

Veamos si nos encontramos ante un contrato.

Ningún problema plantea el consentimiento o la forma, pero son muchos los que plantean su objeto y su causa.

El contrato es ilícito por su objeto y por su causa, pues el cuerpo humano está fuera de comercio y no puede ser objeto de contrato. La obligación contraída por una mujer, de alquilar 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.

En contra de la licitud de estos contratos se puede alegar los siguientes argumentos:

- 1) Va en contra del orden público, pues ello supone disponer de un ser humano.
- 2) Es contrario a la ley, pues su objeto es defraudar las normas de la filiación natural.

3) Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, pareciéndose a un contrato de prostitución.

4) Muchas veces supone un fraude a las normas de 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.

6) Es remunerado.

4.4. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS MODALIDADES.

La generalmente denominada inseminación artificial, “es aquélla que se produce al margen de la cohabitación sexual; y se pretende con ella conseguir la fecundación sin existencia de relación sexual, o sea, la unión entre el espermatozoide y el óvulo fuera del coito”.²⁸

Vemos pues, que 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.

Por otra parte, también el término artificial es susceptible de críticas, pues la inseminación puede ser natural en el coito físico, o artificial cuando se utiliza un artículo instrumental, pero en los dos casos será seguida de una fecundación natural. Es por ello que la inseminación artificial no tiene de artificial más que la manera en que es realizada, puesto que son unos espermatozoides completamente naturales a

²⁸ CARCABA FERNANDEZ María. *Op. Cit.* Págs. 15-17.

los que la técnica ayuda a fecundar, conforme a la naturaleza de unos óvulos no menos naturales.

La inseminación artificial o fecundación asistida, puede ser llevada a cabo con semen del propio marido o compañero, o con el esperma de un donante, normalmente obtenido de un banco de semen. En el primer caso se habla con frecuencia de inseminación homóloga, y en el segundo de inseminación heteróloga. En realidad, tales denominaciones no son en absoluto correctas, pues en puridad de conceptos, “homóloga” quiere decir de la misma especie, y “heteróloga” quiere decir de especies diferentes. Desde este punto de vista todas las inseminaciones social y éticamente admitidas son homólogas, ya que todas se realizan sobre mujeres y con gametos exclusivamente humanos. Por estas razones resulta más exacto referirse a inseminación artificial con donante y (IAD), o inseminación artificial con semen del cónyuge o compañero (IAC).

La fecundación in vitro (FIV), supone la unión del óvulo y el espermatozoide en un laboratorio; la fecundación se practica en una placa de cultivos 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 implante el embrión.

La FIV da lugar a una nueva técnica que es la transferencia de embriones (FIV-TE). En este caso se trata de la inserción de embriones en el útero de una mujer, a partir de óvulos obtenidos de otra distinta, y fecundados por su marido o por un tercero. En el primer caso se habrá producido una donación de óvulos y en el segundo una donación de embrión.

La posibilidad de la IA y de la FIV, han dado lugar a un nuevo fenómeno de idéntica naturaleza física, pero de muy diferente trascendencia social, las llamadas “madres de alquiler”, “sustitutas”, “subrogadas”, “de acogimiento”, etc., denominaciones todas

ellas incorrectas, y que abarcan realidades tan diferentes como la de una mujer que es inseminada con el espermatozoide de un hombre casado con otra mujer, y la de una mujer que se encarga de gestar y alumbrar el embrión producido in vitro, a partir del óvulo y el espermatozoide de una pareja; amén de otras muchas hipótesis. En todas ellas, la “madre alquilada” se compromete a entregar al niño que alumbró, pero en el primer caso señalado, llamamos madre de alquiler a una auténtica madre, mientras que en el segundo caso, cabe preguntarse quién es la verdadera madre del ser nacido, si la madre genética o si la madre gestante.

4.5 CONVENIENCIA DE SU REGLAMENTACIÓN.

Hoy, aproximadamente 2.3 millones de mexicanos y mexicanas padecen infertilidad, y un porcentaje significativo de ellos requiere algún tipo de tratamiento para lograr la procreación. La gran mayoría de esta población no tendrá hijos, debido a numerosas barreras que impiden su acceso a los servicios médicos especializados, en técnicas de reproducción asistida.

En 1988 nació Andrea, la primera bebé concebida en territorio mexicano, por transferencia intratubaria de gametos. La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron la concepción de Andrea, generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea representó la esperanza renovada de poder ser padres y madres; algunos legisladores manifestaron públicamente su desaprobación, al igual que miembros de la Iglesia Católica; la comunidad médica se polarizó adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien, vislumbrando un nuevo campo para el desarrollo de la medicina en México. En 1991 nació el primer bebé concebido con la asistencia de la fecundación in vitro (FIV); en 1995 nació el primer par de hermanas concebidas al aplicar simultáneamente dos técnicas: aspiración epididimaria de espermatozoides e inyección intracitoplasmática del espermatozoide al óvulo. Al paso de los años se ha mantenido en México la sucesión de innovaciones, éxitos y fracasos, como ocurre en el resto del mundo. Tras el nacimiento de Andrea, quienes en 1988 auguraron el

desarrollo de un nuevo campo para la práctica médica, tuvieron razón. Actualmente operan en México 15 centros que cuentan con la infraestructura tecnológica, y los recursos humanos necesarios para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Durante el año 2000, fueron realizados aproximadamente 2000 ciclos.

En México, al igual que en el resto del mundo, el creciente desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha significado un enorme reto para la legislación. La nueva realidad científica - médica ha superado todo lo que se hubiera podido prever en las leyes. La ciencia jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, a las diferentes filiaciones que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas, a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera la asistencia reproductiva.

Se plantean varias interrogantes, que aunadas a la información estadística del creciente desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, son pauta para justificar la necesidad de reformar la legislación vigente. ¿Debe ser aprobada la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento? ¿Deben tener acceso a la inseminación las mujeres solteras, viudas, divorciadas y las concubinas? ¿Debe mantenerse el anonimato de quienes donan sus gametos? ¿Es legítima la remuneración económica para los donantes? ¿Se justifica éticamente la llamada maternidad substituta? ¿Debe ser legal el pago a las madres subrogadas? ¿Debería renunciar el donante de gametos a la patria potestad a favor de un tercero anónimo? ¿Cuál es la condición ético-antropológica del embrión; puede éste ser objeto de donación, compra-venta o adopción? ¿Puede el embrión ser manipulado para fines de investigación y experimentación? La respuesta expresa en la ley a éstas y otras interrogantes, es conveniente no sólo para la regularización de la práctica segura de técnicas de reproducción asistida, sino también para la eficaz impartición de justicia en los conflictos que se presenten.

Además, resulta conveniente la reglamentación porque tendría como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando

otros tratamientos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces. Las técnicas de Reproducción Asistida, se realizarían solamente cuando se cumplan todas las prescripciones establecidas en la Ley, y cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de los individuos.

El LIC. CARLOS RODRÍGUEZ MARTÍNEZ en Conferencia Magistral sobre Arrendamiento de Úteros dictada el 30 de enero de 2009 en Colima, Colima, formuló las siguientes propuestas de reforma para el Código Civil del Distrito Federal:

En los casos de reproducción humana asistida se tendrá para todos los efectos de esta ley, como padre y madre a la pareja que estuvo en dicho tratamiento sin importar que los gametos utilizados hayan tenido como origen la donación, de igual manera para los casos, en que haya intervenido en el tratamiento una “mujer disponente” para que gestara y pariera el preembrión de la pareja en tratamiento.

Lo anterior se podrá comprobar con constancia expedida por el Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Queda prohibido para ambos cónyuges donar gametos y en especial para la cónyuge intervenir como “mujer disponente” en el tratamiento de reproducción humana asistida de otra pareja. Salvo dispensa a criterio del Juez de lo Familiar.

En caso de que los cónyuges tengan en común uno o varios preembriones en resguardo de los bancos de criopreservación, establecer quién de los dos cónyuges conservará los derechos relativos a éste o éstos, dando preferencia al cónyuge estéril.

En los casos del hijo efecto de reproducción humana asistida, si ésta fuere heteróloga, los vínculos jurídicos filiatorios entre éste y la “mujer disponente” no se tendrán por existentes.

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

El hijo nacido producto de la fecundación de los gametos de los cónyuges, aún cuando haya sido gestado y alumbrado por una “mujer disponente”.

No haber otorgado su consentimiento el varón, para que su cónyuge se sometiera a un tratamiento de reproducción humana asistida heteróloga.

Si el hijo es resultado de la reproducción humana asistida con utilización de los gametos del de Cujus, para todos los efectos se tendrá como hijo de éste último.

En los casos de reproducción humana asistida se tendrá para los efectos del párrafo anterior como padre y madre de la pareja que estuvo en dicho tratamiento, sin importar que haya intervenido en el tratamiento una “mujer disponente”.

En los casos de reproducción humana asistida, se admitirá como prueba de filiación la constancia que expida el Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida, esto con el objeto de comprobar el vínculo entre la pareja que estuvo en tratamiento y el hijo.

El Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida tiene las funciones siguientes: Tener registro de todas las instituciones del país que brinden tratamientos de reproducción humana asistida; coordinar los bancos de semen y auto preservación, y de preembriones congelados; contar con un registro de donadores y receptores de los gametos; presentar las estadísticas anuales de resultados en la materia (técnicas más utilizadas, número de preembriones congelados utilizados, y en existencia en los bancos, tratamientos con resultados favorables, bebés nacidos con algún padecimiento a consecuencia del tratamiento, etc.); llevar un registro de “mujeres disponentes” para evitar que intervengan en más de un tratamiento de reproducción humana asistida; expedir constancias del tratamiento de reproducción humana asistida recibido.

Se entiende reproducción humana asistida la utilización de algún recurso terapéutico, para sanar o suplir los padecimientos y trastornos en el proceso reproductivo normal de los seres humanos.

Los gametos son los elementos indispensables para poder llevar a cabo la reproducción humana, debido a que son las semillas germinales que llevan consigo la información genética de los individuos que las aportan, esta información va a determinar las características fisiológicas internas y externas del nuevo ser, denominadas genotipo y fenotipo.

Se entiende fertilización homóloga al procedimiento de reproducción asistida o artificial, en el cual los gametos utilizados para llevar a cabo la fecundación son aportados por la pareja en tratamiento. Asimismo el cigoto o preembrión se desarrolla en el útero de su madre.

Se entiende por fertilización heteróloga, el procedimiento reproductivo en el cual debido a la esterilidad de algunos de los miembros de la pareja o ambos según sea el caso, es necesario utilizar algún elemento externo de la pareja, pudiendo ser utilizados gametos femeninos o masculinos donados. Asimismo si la mujer no tiene la capacidad de gestar el preembrión, se asiste de una “mujer disponente” para que proporcione su cuerpo y en él se desarrolle el embrión.

Se le denomina “mujer disponente” a aquella, que interviene en el procedimiento de reproducción humana asistida, proporcionando su cuerpo para que en su matriz le sea implantado el preembrión producto de la fecundación de los gametos de la pareja en tratamiento (esto debido a que la mujer en tratamiento tenga alguna alteración física que le impida gestar y parir el producto) para después entregarlo a la pareja.

Asimismo, el LIC. CARLOS RODRÍGUEZ MARTÍNEZ formuló las siguientes propuestas de reforma para la Ley General de Salud:

Se entiende reproducción humana asistida la utilización de algún recurso terapéutico para sanar o enmendar los padecimientos y trastornos en el proceso reproductivo normal de los seres humanos.

Se asumirá por preembrión al producto de la fertilización extracorpórea hasta antes de implantarse en la matriz de la mujer.

Se tendrá por inseminación artificial el procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable, que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad. Es la colocación del semen capacitado dentro de la cavidad uterina de la mujer (Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser: intravaginal, intracervical, intrauterina o intratubaria).

Se asumirá por fertilización in Vitro a la técnica la de reproducción humana asistida, mediante la cual se extraen los gametos de la pareja en tratamiento o en su defecto utilizar gametos donados, para después realizar la fecundación de estos en laboratorio.

Se entiende por fertilización homóloga al procedimiento de reproducción asistida o artificial, en el cual los gametos utilizados para llevar a cabo la fecundación son aportados por la pareja en tratamiento. Asimismo el cigoto o preembrión se desarrolla en el útero de su madre.

Se tendrá por fertilización heteróloga, al procedimiento reproductivo en el cual debido a la esterilidad de alguno de los miembros de la pareja o ambos según sea el caso, es necesario utilizar algún elemento externo a la pareja, pudiendo ser utilizados gametos femeninos o masculinos donados. Asimismo si la mujer no tiene la

capacidad de gestar el preembrión, se asiste de una “mujer disponente” para que proporcione su cuerpo y en él se desarrolle el producto.

Se entenderá por banco de semen al lugar donde se obtiene semen que fue depositado por donadores, el cual se utiliza en procedimientos de inseminación heteróloga.

Se entiende por autopreservación de semen, la posibilidad que tiene el varón de guardar su semen congelado para ser utilizado posteriormente.

Los motivos por que se permitirá a los varones acudir a preservar su semen serán los siguientes: Que el varón vaya a ser sometido a los siguientes tratamientos: vasectomía; cirugía prostática; cirugía testicular; quimioterapia y radioterapia; o que con motivo de sus actividades de trabajo implique un riesgo latente y por lo tanto en caso de fallecer de forma sorpresiva quiera dejar descendencia.

Se asumirá por Criopreservación de embriones en utilizar el frío externo (a través de nitrógeno líquido) para disminuir las funciones vitales de los preembriones y poderlo mantener en condiciones de “vida suspendida” durante un largo tiempo.

Las técnicas de fertilización humana no permitidas:

- A. Manipulación genética para determinar el fenotipo y sexo de los productos.
- B. Extracción por aspirado del preembrión implantado en el útero de la mujer.

Los requisitos que deben cubrir las parejas que desean someterse a estos tratamientos reproductivos son los siguientes:

- A. Examen médico general.
- B. Examen psicológico.
- C. Acta de matrimonio o evidenciar el concubinato.
- D. Acta de defunción del cónyuge varón, acompañada de la utilización de sus gametos (para los casos de fecundación post mortem).

- E. Padecer esterilidad o infertilidad y contar con antecedentes de tratamientos de fertilidad convencionales.
- F. Solicitud de autorización (al Centro de Reproducción Humana Asistida) para llevar a cabo el tratamiento.
- G. Estudios de laboratorio con los que se compruebe el padecimiento.
- H. Autorización por escrito para la aplicación del tratamiento de infertilidad de ambos integrantes de la pareja.
- I. Ser mayor de edad.

En los tratamientos de fertilización humana asistida, el número máximo de preembriones que el médico deberá de implantar en cada fertilización será de dos preembriones.

En los tratamientos en los cuales, se compruebe fehacientemente que la paciente sufre de algún trastorno de salud que le impida, gestar y parir al preembrión podrá recibir el apoyo en el tratamiento de fertilización de una “mujer disponente”.

En los tratamientos de fertilización heteróloga, se tendrá como única fuente de procedencia de los gametos a los bancos de semen y Criopreservación de embriones.

En casos que intervenga una “mujer disponente”, por ningún motivo podrá ser donadora del gameto, para la fecundación del embrión que gestará y parirá.

En los tratamientos de fertilización heteróloga, los gametos y la intervención de una “mujer disponente” siempre deberán ser obtenidos de forma gratuita y con ánimo altruista.

En las instituciones que brinden servicios de reproducción humana asistida tienen las prohibiciones siguientes:

- A. La manipulación genética para determinar y elegir el sexo del futuro bebé.

- B. Someter a tratamiento a pacientes que no cumplan los requisitos exigidos para tal efecto.
- C. Implantar en la paciente de cada fertilización más de dos preembriones.
- D. La manipulación genética para alterar los genes humanos, con motivo de seleccionar las características, ya se trate de las externas (fenotipo) o las internas (genotipo) del futuro bebé.
- E. Una vez que se haya fertilizado alguna paciente, se prohíbe someterla a tratamientos de aspirado o retiro de preembriones de su matriz.
- F. La fecundación de óvulos humanos, para cualquier fin distinto a la procreación humana.
- G. La comercialización de gametos y preembriones.
- H. La fertilización de una "mujer disponente" en más de un tratamiento.
- I. La fertilización de una "mujer disponente" que esté casada o unida en concubinato.
- J. La fecundación de gametos para producir preembriones que no tengan destinado a una pareja en tratamiento en la cual se utilizarán. (Esto con la finalidad de evitar que se fecundan más preembriones de los necesarios).
- K. Realizar fertilizaciones sin solicitar la autorización correspondiente al Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida.
- L. Alterar o falsear información al Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida.
- M. El hecho de mezclar semen de distintos donantes, para inseminar a una mujer o para realizar la fertilización in Vitro con transferencia de embriones o transferencia de gametos, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una fertilización in Vitro con transferencia de embriones o la transferencia de gametos.

El Centro Nacional de Reproducción Humana Asistida, será el encargado de coordinar las intervenciones de las instituciones que brinden tratamientos de reproducción humana asistida, asimismo, tendrá las funciones siguientes:

- A. Tener registro de todas las instituciones del país que brinden tratamientos de reproducción humana asistida.

- B. Coordinar los bancos de semen y autopreservación y de Criopreservación de preembriones.
- C. Contar con un registro de donadores y receptores de los gametos, así como de “mujeres contratantes”.
- D. Presentar las estadísticas anuales de resultados en la materia. (Técnicas más utilizadas, número de preembriones congelados utilizados, y en existencia en los bancos, tratamientos con resultados favorables, bebés nacidos con algún padecimiento a consecuencia del tratamiento, etc.)
- E. Resolución de problemas sobre reproducción humana asistida.
- F. Después de analizar las solicitudes de cada pareja en tratamiento, otorgar las autorizaciones a las instituciones de salud para llevar a cabo los tratamientos de reproducción humana asistida.

Consentimientos que deben otorgarse, relacionados con la reproducción humana asistida.

- A. El consentimiento de la paciente de las técnicas de reproducción humana asistida.
- B. El consentimiento del marido o concubino.
- C. El consentimiento del marido para que sus gametos puedan ser utilizados, posteriormente a su fallecimiento para fecundar a su mujer.
- D. El consentimiento del donante de gametos o preembriones.
- E. El consentimiento de la “mujer disponente”.
- F. Autorización del Centro de Reproducción Humana Asistida.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

5.1 CONSIDERACIONES GENERALES.

En varios países se ha tomado conciencia de que debía procederse a la regulación jurídica. El tema fue motivo de diferentes comisiones de estudios y de ordenamientos jurídicos. Una revisión del Derecho Comparado nos muestra que la legislación es escasa al respecto. El procedimiento que se utilizó fue el de crear comisiones multidisciplinares de expertos médicos, biólogos, abogados, religiosos, etc., que pudiesen recomendar al poder legislativo.

En España el proceso fue muy rápido; en 1986 se crea una Comisión Parlamentaria y se hace público el Informe Palacio en 1988, y el Parlamento Español aprueba su ley. Suecia, en 1984 aprobó una ley pero sólo regula la Inseminación Artificial.

Posteriormente legislaron sobre estos temas: Gran Bretaña, Noruega y Alemania. Todas estas documentaciones tenían una finalidad jurídica, pero en todas se remarca una serie de valores éticos implicados en el desarrollo de estas técnicas.

Respecto a las técnicas, la tendencia general en la Legislación Comparada es la siguiente: se admite la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON DONANTE. Respecto de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON DONANTE post-morte, la tendencia general no la admite. La legislación española la admite en los primeros seis meses, siempre que el varón haya expresado su voluntad por escritura pública o testamento. También se admite la F.I.V. y la T.I.G.

Se admite la congelación y ulterior uso de espermatozoides y se pone reparo a la de los óvulos. No se admite la maternidad subrogada.

La tendencia general considera que puede acoger estas técnicas las parejas heterosexuales, tanto si están jurídicamente casadas como las que viven en una situación similar al matrimonio; se excluye la mujer sola (soltera, viuda, divorciada o separada), ya que se considera mejor para el niño que nazca en una familia con padre y madre.

No se permite la selección de sexo o de otras cualidades, pero si se escogen a personas cuyos rasgos sean equiparables a los futuros padres legales (raza, grupo sanguíneo, rasgos físicos, etc.).

También se pone límite al número de donaciones para evitar que surjan muchos seres humanos procedentes de un mismo donante, y se dé, posteriormente, desconocidas uniones sanguíneas.

Se rechaza todo carácter lucrativo o mercantil, por eso se habla de donaciones, aunque se admite una cierta compensación al donante, justificada por los gastos de desplazamiento o la pérdida de tiempo.

El tema del anonimato es importante, la tendencia general, incluso la española opta por esto. Tanto los futuros padres legales como el niño, podrán conocer rasgos generales de los donantes, pero no saber concretamente quienes han sido. La Ley sueca se aparta de esto, ya que considera que el concebido tendrá derecho al llegar a su mayoría de edad, a conocer en concreto quienes son sus padres biológicos, y lo hacen para evitar discriminaciones entre los niños así concebidos, respecto de los concebidos de manera natural.

Con respecto a los derechos y obligaciones que implica la paternidad, recaen sobre los que van a ser padres legales del niño y no sobre el donante.

En cuanto a la maternidad subrogada,²⁹ ya en 1979 se había creado en Luisville, Kentucky, la primera sociedad de préstamo de úteros, que se denominó Surrogate Parenting Associates. A través de esta agencia se formalizaban contratos, en los que se elegía a una madre portadora que se comprometía a ser inseminada y gestar, para luego abandonar al niño, quien era recogido por el padre y adoptado por la esposa de éste.

En Inglaterra se creó la Miracle Program Incorporation, fundada en Londres en abril de 1983 por Mrs. Harriet Blanksiel, agencia especializada en la búsqueda de madres de sustitución, realizando contratos de carácter formal y oneroso, y caracterizándose porque la madre sustituta, en ningún momento se encontraba con aquellos que iban a recibir al niño.

En Francia surgieron varias asociaciones de este tipo, entre otras la Association Nationales Pour l' Insemination Artificielle Par Substitution, creada en julio de 1983.

5.2 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975, en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad, publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente se constituyeron diversas organizaciones profesionales, tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Uno de los casos más sonados fue el denominado "Baby M", ocurrido en 1985, cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de

²⁹ *Ibidem* Págs. 165,166.

un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10.000 (Diez mil dólares).

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora y dueña del óvulo, se negó a entregarla al matrimonio Whitehead, y procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato, no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas, que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora, y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, aunque mantuvo la tenencia a favor de los Stern, alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En este caso de "Baby M", ocurrido en 1988, el Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infrigente de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, por que la misma -que concluye con los derechos maternofiliales-, se halla instaurada dentro de los cánones del interés público, y sólo

puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.

Mención aparte merece el tratamiento de la llamada “maternidad póstuma”. Como es el caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron, pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la Sra. Velloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes, la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo, la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria.

Algunos de los diversos estados que componen la unión, han manifestado la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes, a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan, en el caso "Doe versus Kelly", negó el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante, en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa, y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

5.3 INGLATERRA.

En 1948, el Arzobispo de Canterbury nombró una comisión para preguntarles sobre el desarrollo de la inseminación artificial.³⁰ La conclusión fue extremadamente crítica, exigía que la IAD fuera considerada como un acto criminal.

En 1960, recogiendo la orden del Arzobispo de Canterbury, se reunió el Comité Fevershan, que aunque no consideró un crimen la práctica de estas técnicas tampoco las propició.

En 1970 se nombró una Comisión de estudios de la British Medical Association, presidida por Sir John Peel, que en 1973 publicó un informe que se revelaba más favorable a la IAD. En 1979 el Real Colegio de Obstetricia y Ginecología se pronunció claramente a favor de la IAD; si bien aconsejaba a las parejas destinatarias de la misma, que tuvieran relaciones sexuales a continuación de la inseminación artificial, con la finalidad de que no se pudiera tener la certeza absoluta de que el niño concebido no era del marido.

En julio de 1984 se publicó un Informe emitido por un Comité Investigador, creado por el Gobierno en 1982, para examinar los avances realizados en el campo de la fertilización y embriología humanas, y para formular recomendaciones sobre la futura actitud oficial.

Entre sus conclusiones más importantes, figuró la de que algunos tipos especiales de tratamiento de la infertilidad y de las investigaciones sobre embriones humanos, eran aceptables en términos generales, pero que la práctica de la maternidad delegada debía prohibirse.

Asimismo, estableció la necesidad de crear un organismo legal e independiente para controlar los servicios dedicados al tratamiento de la infertilidad, y para autorizar y

³⁰ *Ibidem* Págs. 48, 49.

vigilar las investigaciones que se realizasen. Este informe, llamado generalmente “INFORME WARNOCK”, tuvo como consecuencia una ley de 1985, prohibiendo la gestación de alquiler: la “SURROGACY ARRANGEMENTS ACT”.

5.4 ESPAÑA.

En España³¹ fue creada la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988 de 22 de noviembre), que no es una ley de carácter exclusivamente civil, pues si bien tiene una serie de normas puramente civiles como son las que se refieren a la filiación, contiene también numerosas normas de carácter administrativo y sancionador.

Además, en esta ley se señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución, será determinada por el parto. Esta ley considera que es madre la mujer que alumbra. En cuanto a la paternidad, establece que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

No se distingue la IAC y la IAD; en esta ley se contiene una presunción de paternidad sobre la base del matrimonio, pero no es suficiente por sí sola, porque además del matrimonio se exige el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público referido a la inseminación.

5.5 FRANCIA.

Hace más de 30 años que los franceses pensaron en legislar sobre la inseminación artificial; en concreto, en el Anteproyecto del Código Civil Francés de 1953 se disponía en su artículo 490 que:

“la impugnación, no obstante, no es admitida si se establece por cualquier medio de prueba que el niño ha sido concebido por vía de inseminación artificial, sea

³¹ *Ibidem*. Págs. 35-36, 60, 171-172.

por obra del marido sea por obra de un tercero con el consentimiento escrito del marido”.

Sin embargo, la realidad es que en 1987 aún no existía una ley especial sobre el tema que pudiera servirnos de modelo, aunque se habían presentado varios proyectos; entre ellos una Proposición presentada por M. Ferretti como reacción ante una sentencia de un Tribunal de Niza, en la que se había procedido a impugnar la paternidad de un hijo concebido por IAD. La citada Proposición consistía en un solo texto a insertar en el Código Civil, y que en su artículo 312-1 diría:

“En el caso de un niño nacido de inseminación artificial, la presunción de paternidad no podrá ser destruida si queda establecido que el marido ha consentido la inseminación artificial de su esposa”.

El 18 de mayo de 1984, fue depositada en la Asamblea Nacional una nueva Proposición de Ley relativa al estatuto del niño concebido, y a las experimentaciones e investigaciones concernientes a la creación de la vida humana. En su artículo 2 se autorizaba la inseminación artificial sólo entre esposos, y cuando tuviera por fin remediar la esterilidad; en él se decía que el niño concebido tiene especialmente derecho a la protección de su patrimonio genético, y prohibía la conservación de los embriones o de los fetos por congelación o por cualquier otro medio, salvo que hubiera autorización del Comité de Ética, por razones médicas en interés del niño o de la madre, y se prohibía la experimentación con los embriones y fetos, a no ser después de su fallecimiento y con el consentimiento de la mujer de la que provinieran.

Para ayudar a resolver los problemas planteados por la investigación biológica y las nuevas técnicas de procreación, el Decreto n. 83.132 del 23 de febrero de 1983, creó el “Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud”, con una doble misión: emitir opiniones sobre los problemas morales planteados por la investigación en los campos de la biología, de la medicina y de la salud, y organizar cada año una Conferencia en el curso de la cual fueron abordados públicamente cuestiones éticas importantes, en el campo de las ciencias de la vida y

de la salud. Las opiniones del Comité no tienen valor imperativo, pero se ponen en conocimiento de los Ministerios de Investigación y Sanidad, y son ampliamente difundidas al público.

Tres han sido las opiniones de trascendencia que el Comité ha emitido: Opinión Sobre las Nuevas Técnicas de Reproducción Artificial (23 de octubre de 1984), Opinión Sobre la Utilización con Fines Terapéuticos, Diagnósticos y Científicos de Tejidos y Embriones Humanos Muertos (22 de mayo de 1984), y Opinión Sobre las Investigaciones Sobre el Embrión Humano In Vitro (diciembre de 1986).

5.6 ALEMANIA.

Las cuestiones éticas y jurídicas que lleva consigo la fecundación in vitro, el análisis de los genomas y la terapéutica genética, parecieron a los poderes públicos de la antigua Alemania Federal, suficientemente graves como para necesitar una reflexión global y profunda. Así, los Ministros de Justicia e Investigación, se reunieron en mayo de 1984 para crear una Comisión de expertos, encargada de redactar un trabajo general de estudios y proposiciones. Se estimó necesario que esta Comisión reuniera representantes de todas las disciplinas afectadas: de las dos grandes Iglesias, de filósofos, y de juristas, entre otros.

En noviembre de 1985, la Comisión remitió un Informe para que sirviera de base a los trabajos del legislador federal, y de elemento de reflexión en el debate sobre el tema.

La Comisión adoptaba las resoluciones siguientes: admitía la fecundación in vitro, pero se mostraba reticente, cuando esas fecundaciones in vitro eran realizadas con la ayuda de una donación de semen o de óvulos. Mayor era la reticencia sobre la donación de embriones, y se aconsejaba prohibir la maternidad de sustitución.

5.7 SUECIA.

La Ley Sueca³² del 20 de diciembre de 1984, entró en vigor el 1 de marzo de 1985, y regula únicamente la inseminación artificial.

En esta Ley se contemplan tanto aspectos de Derecho Público como de Derecho Privado. En ella se exigen una serie de condiciones para proceder a la inseminación como las siguientes:

Admite tanto la IAC como la IAD, pero los destinatarios deben de ser una pareja casada o una unión estable.

El esposo o compañero debe consentir la inseminación, consentimiento que puede ser revocable, y que es la base de la asunción por el esposo o compañero de los derechos y obligaciones propios de la paternidad.

Tratándose de IAD, ésta debe de hacerse en un hospital público, bajo la vigilancia de un médico ginecólogo. La IAD exige un examen previo de las circunstancias sociales, médicas, etc., que permitan al niño desarrollarse óptimamente. Tal examen lo realiza el médico, lo que plantea dudas sobre si tal competencia es adecuada o no, pues cabe preguntarse hasta qué punto está capacitado el médico para juzgar razones sociales. El problema se minimiza, pues si el médico niega la práctica de la inseminación artificial, se puede acudir a la Dirección General de Asuntos Sociales, que es la que adopta las decisiones finales con carácter inapelable.

Se regula la elección del donante, que es competencia del médico y exige que se cuide no mezclar razas; pensemos que en Suecia existen minorías étnicas, que el Estado considera no deben de ser mezcladas con la raza blanca por este medio. Para estas hipótesis de minorías étnicas se permite la importación de semen.

³² *Ibidem*. Págs. 46-48.

La donación es gratuita, y la utilización del semen de un mismo donante se limita para evitar riesgos de consanguinidad.

No se fija la edad ni de los donantes ni de los destinatarios, pero se estima que no es donante idóneo el menor de 20 años, y que la edad idónea de la pareja receptora oscila entre los 25 y los 45 años.

Con anterioridad a esta Ley había un anonimato total respecto a los donantes, pero el legislador ha pensado que cada persona tiene derecho a conocer su origen genético, y exige que los datos del donante sean registrados en un diario especial que será conservado por lo menos durante 70 años, para que el niño, una vez alcanzada la madurez suficiente, pueda tener acceso a tales datos, aunque no se produzcan efectos en orden a la filiación.

5.8 AUSTRALIA.

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

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

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

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

5.9 ARGENTINA.

El proyecto de “Ley de Reproducción Humana Asistida”³³, tiene por objeto regular el uso de los métodos y técnicas de reproducción humana asistida, que se aplicarán al solo efecto de posibilitar la maternidad y paternidad, a parejas que padezcan de esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente, los que sólo podrán llevarse a cabo por médicos o centros médicos especializados, que deberán contar con una autorización especial de organismo competente.

Sólo podrán ser destinatarios de estas técnicas las parejas integradas por un varón y una mujer, ambos mayores de edad y clínicamente aptos para someterse a las técnicas.

Según el proyecto no podrá impugnarse la maternidad determinada por el parto, alegando contrato alguno que obligase a entregar el hijo a terceras personas.

Se prevé el caso de gestación en mujer en la que se pruebe la implantación de un óvulo fecundado de otra mujer, sea ello lícito o ilícito: la maternidad corresponde a la gestante, norma que tiene el propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibido en este proyecto.

³³ *Ibidem*. Págs. 265, 266.

La maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido, determinando en forma expresa que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado.

CAPÍTULO VI

LA REGULARIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE ÚTERO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

6.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La maternidad subrogada implica el uso de varias técnicas reproductivas donde interviene la ciencia y la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, el cual deberá entregar a la pareja solicitante después del nacimiento, lo que genera un desenlace incierto para todas las partes que intervienen y para el hijo.

Desde la década de los 70's se publicaron investigaciones para solucionar problemas de infertilidad y esterilidad, denominadas "Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Dentro de éstas, se localiza la llamada maternidad subrogada.

Las técnicas de reproducción humana asistida se refieren:

- A. Inseminación artificial;
- B. Fecundación In Vitro;
- C. Implantación de embrión en el útero, y
- D. Manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o seleccionar el sexo del nuevo ser.

La esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.

La infertilidad consiste en la capacidad para concebir pero no para tener hijos viables.

La inseminación artificial es el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer sin efectuar un contacto sexual. Puede ser intrauterina,

intracervical, vaginal, intra peritoneal e intra folicular. Se puede realizar con semen fresco o congelado; también se puede dar de forma homóloga si el semen proviene del esposo o pareja de la mujer, o heteróloga si proviene de un donador.

La fertilización in vitro o fecundación artificial o Bebé Probeta, se da de forma exterior al órgano reproductivo femenino.

La maternidad subrogada es la gestación de sustitución o alquiler de útero al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso oneroso o gratuito, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

Puede darse en las siguientes hipótesis:

La gestadora sea al mismo tiempo madre genética inseminada con semen proveniente del marido de la contratante.

Fecundación In Vitro donde óvulo y espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es implantado a la gestadora.

Asimismo la subrogación puede tener las siguientes modalidades:

TOTAL. La mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos y después de la gestación y el parto, entregue el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos de maternidad. En esta hipótesis propiamente no existe sustitución de vientre, apareciendo más bien maternidad compartida;

PARCIAL. Aparece cuando la gestadora porta en su vientre embrión fecundado In Vitro y el espermatozoide y óvulo sean de la pareja contratante;

COMERCIAL. Se trata de un servicio que implica pago de cantidad cierta y determinada, incluidos gastos de gestación;

ALTRUISTA. Igual que el anterior sólo que de manera gratuita, dándose comúnmente por un lazo de amor, amistad o parentesco.

La maternidad por cuenta ajena se da cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpación del mismo o útero infantil.

En caso de incumplimiento, el pacto desde el punto de vista jurídico ¿Puede determinarse contrato y a su vez acudir ante un Tribunal para exigir su cumplimiento?.

Algunos estudiosos le califican como un acto patrimonial que existe por voluntad de los que intervienen.

El objeto de la maternidad por cuenta ajena consiste en que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o se le implante un embrión para su gestación; así el objeto del supuesto contrato también podría ser considerado como el útero de esa mujer.

Debe en todo caso permitirse la maternidad sustituta parcial y altruista, es decir, la mujer miembro de la pareja comitente deberá ser la madre biológica del bebé.

En tratándose de homosexuales varones debe prohibirse la maternidad subrogada según algunos autores, cuestión que puede chocar con la Ley que prohíbe la discriminación.

Por último, debe considerarse el interés del bebé por encima de los intereses de los demás involucrados.

Estamos en un sistema cerrado de la filiación que descansa en el hecho del parto. A soluciones distintas pueden llevar legislaciones que privilegian el vínculo genético,

que permiten la impugnación de la paternidad y la maternidad con base en el hecho de que quienes los ejercitan no son progenitores del hijo que pasa por suyo, que aceptan la libre investigación de aquella y que admiten en las acciones de filiación todo tipo de pruebas, incluyendo a las biológicas.

¿Qué sucede entonces con los comitentes que no aportaron material genético para la maternidad subrogada? Ninguno de los dos sistemas a que hemos aludido los protege, pues no se benefician de la presunción surgida del parto, ni del ligamen genético. Tal situación ha propiciado que se abra paso a una corriente de postula como factor relevante para determinar la filiación a la voluntad procreacional. Debe considerarse padres a aquellos que desean asumir el vínculo paterno filial y que para ello acudieron a la maternidad subrogada.

En términos muy generales entendemos por contrato de arrendamiento de útero a aquél acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada arrendadora, que es quien prestará el servicio y otra parte llamada arrendataria, que es quien encarga el servicio de gestación, obligándose ésta a pagar una determinada cantidad de dinero que ha sido pactada, a la parte arrendadora quien a su vez contrae la obligación de entregar al niño una vez que nazca.

Una pareja de profesionales universitarios (William y Elizabeth Stern), de buena situación económica y que no podían procrear deciden recurrir a la maternidad subrogada (ante la imposibilidad de concretar su objetivo por otros medios como la adopción debido a circunstancias adversas), para ello se contactan con otro matrimonio, de precaria situación económica y bajo nivel cultural (Whitehead).

En consecuencia, se celebra el Contrato de Subrogación que establece entre otras cosas la modalidad y cantidad del pago por la prestación de los servicios, las obligaciones a las que estaría sujeta la madre sustituta en cuanto a la entrega del niño, como hijo de quien aparecería el niño en el parte de nacimiento, la forma de llegar al embarazo, etc.

Una vez nacida la niña la madre portadora del embrión comenzó a sentirse mal por la pérdida de la criatura e intentó quedarse con ella pese a los requerimientos de los padres genéticos del bebé, además en el parte de nacimiento aparecía como padre de la niña el marido de la portadora y no el padre genético como se había estipulado.

Tras todo lo anteriormente mencionado, los padres genéticos decidieron recurrir a los Tribunales de Justicia para conseguir recuperar a su hija; éstos se pronunciaron a favor del matrimonio arrendador de los servicios para mantener la custodia de la niña, sin embargo estableció como inoperante la posibilidad de que a la criatura se la adoptara por estos medios.

Entre los fundamentos que el Tribunal acoge están principalmente dirigidos al bienestar de la niña más que los intereses de las partes en virtud del Contrato, sin embargo se deja claro en la Sentencia que se reconoce la obligatoriedad del Contrato de Subrogación por el hecho de ser tal, reconociéndose además el derecho de la madre sustituta de dar por terminado el contrato antes de la concepción, sin perjuicio de indemnizar por los daños monetarios que se le probaran, pero no se permite la retractación una vez nacida la criatura.

Por otra parte, el fallo hace mención del Derecho Constitucional de la mujer a abortar, en el sentido de considerar que sólo ella tiene derecho a tomar la decisión excluyendo para tal evento al donante de semen o padre biológico (todo ello aún estipulación en contrario).

Por último, se reconoce a la madre sustituta la legalidad de su carácter, estableciéndose para el caso un régimen de visitas a la niña, manteniéndose la custodia en manos de aquel que mejor aptitud representa para ello, esto es el padre biológico o arrendador.

En otro caso, una mujer y un varón, ambos de nacionalidad española y residentes en Madrid, desean tener un hijo, pero ciertas dificultades físicas de la mujer se lo

impiden. Acuden entonces a una clínica que practica la técnica de la inseminación artificial. Allí les informan de que el único modo para tener el deseado hijo es recurrir a la inseminación artificial del óvulo de la mujer con el esperma del varón, para que, posteriormente, el óvulo ya fecundado sea implantado en el útero de otra mujer, esa otra mujer gestaría el niño hasta su alumbramiento. Se trata, por tanto, de un “contrato de arrendamiento de útero”.

Sin embargo, la Ley Española 35/1988 de 11 de noviembre, sobre “Técnicas de reproducción asistida”, indica que estos contratos son nulos de pleno derecho. Según el artículo 10.2 de la citada Ley 35/88, si dicho contrato se lleva a cabo, el niño nacido será considerado hijo de la “madre gestante” o “madre de sustitución”, y no hijo de la madre que aportó el material genético.

Ante esta situación, el varón y la mujer son informados de que en el Estado de California se permiten estos contratos de arrendamiento de útero, ya sean onerosos o gratuitos, siendo una práctica normal en dicho Estado. Según la Ley de California, el niño nacido en virtud de esta práctica se considera hijo de la madre genética, esto es, de la que aporta el óvulo. Así las cosas, se trasladan a Los Ángeles, donde contratan a una “madre sustituta” Californiana por un precio cierto en dólares Americanos.

La madre sustituta gesta al niño y da a luz a un varón en Los Ángeles. La pareja española vuelve a California y se hace cargo del recién nacido. Obtienen del Hospital de Los Ángeles, donde éste nació, un certificado que expresa que el niño es hijo de la mujer española.

La pareja española inscribe al niño, como hijo suyo, en el Registro Civil español consular de Los Ángeles, y vuelven a Madrid.

Pero pasados tres meses, la madre californiana gestante, decide recuperar al nacido, al que considera su hijo. Para ello, se desplaza a España y ejercita ante los

tribunales españoles una acción para que sea declarada su filiación materna respecto del niño nacido en los Ángeles. ¿Son competentes los Tribunales españoles para pronunciarse sobre la cuestión? ¿Es válido el contrato de arrendamiento de útero celebrado en Los Ángeles? ¿De qué mujer es hijo el niño nacido en los Ángeles?

Básicamente las hipótesis de gestación asistida³⁴ se reducen a dos:

La primera consiste en que una mujer acepte ser inseminada artificialmente con el esperma de un hombre, cuya esposa o compañera es estéril, o bien que acepte someterse a una FIV en las mismas condiciones.

Aunque en ambos casos el óvulo procede de la madre gestante, es fácil pensar que el procedimiento normal será el de la inseminación artificial, pues si ha de acudir a la fecundación in vitro, seguramente se preferirá buscar a otra madre gestante con la que sea suficiente una técnica de inseminación artificial, al menos cuando entre la madre gestante y la pareja que acude a sus servicios, no existe ningún lazo especial de amistad o parentesco.

En esta hipótesis, siendo la madre de alquiler la que aporta el óvulo y además gesta y alumbrará al nacido, en realidad no cabe duda que nos encontramos con la auténtica madre. Lo que ocurre es que previamente se ha celebrado un contrato por el cual esa madre se compromete a renunciar a su hijo, que será reconocido por su verdadero padre y después adoptado por la esposa de éste.

La segunda hipótesis consiste en que una mujer acepte la implantación de un embrión creado in vitro, con los gametos de una pareja en la que la mujer puede producir óvulos pero no gestar.

³⁴ *Ibidem*. Págs. 166-168.

En esta hipótesis sí nos encontramos con que la madre de alquiler alumbra, pero hay otra mujer a la que se llama madre genética.

Un ejemplo sencillo³⁵ de las situaciones que pueden presentarse es el siguiente: Una mujer “A” presta o “alquila” su aparato reproductor, para ser portadora del producto de la concepción con el semen del esposo o compañero “B” de una mujer “C”, quienes asumirán el papel del padre y madre. El óvulo fecundado puede ser de la mujer “A” de la “C” o de otra “D”, y el semen puede ser del hombre “B” o de un tercero “E”. Así, el producto de la concepción podrá encontrarse con un padre biológico, una o dos madres biológicas y un padre y una “madre por encargo”. En caso de controversia ¿Quién o quienes son los sujetos activos del derecho a la procreación?, ¿Quiénes responden por la protección de los derechos del hijo concebido?

Los problemas que se pueden plantear, de una forma concreta, son los siguientes: Que la mujer gestante desee quedarse con el niño. Que ni la mujer gestante ni quien solicitó el inicio del proceso quieran quedarse con el niño. Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, negándose la gestante. Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo. Que como consecuencia del parto la gestante muera.

6.2 MOTIVOS BÁSICOS DE LAS ADICIONES Y REFORMAS QUE PROPONE ESTA TESIS.

La procreación debe ser regulada expresamente, por ser un hecho de la vida perteneciente a un orden intrínsecamente justo que vale por sí mismo, y que por tanto es un punto importante dentro del Derecho Natural. Es deber del legislador incorporar ese derecho natural al orden jurídico vigente, al conjunto de normas imperativo-atributivas que la autoridad política declara obligatorias, y es compromiso

³⁵ MARTÍNEZ ROARO Marcela. *Op. Cit.* Pág. 313.

de las autoridades ejecutivas y judiciales, la correcta observancia de los preceptos de derecho vigente por parte de la población.

En este sentido, la maternidad subrogada puede presentarse con las siguientes características: Existe la información sobre salud reproductiva por parte de instituciones de salud pública, mismas que interesadas abiertamente en la educación sexual, pueden difundir información científica, fidedigna y confiable a los particulares interesados y al público en general. La libertad para acceder a la maternidad subrogada será una potestad personalísima, consistente en la manifestación de voluntad realizada por los contratantes, quienes tomarán una decisión responsable, vigilada y certificada por un fedatario público, mediante un documento celebrado entre particulares, posteriormente ratificado ante un Consejo de Médicos Especializados en Técnicas de Reproducción Asistida, que como autoridades médicas de orden público estarán facultados por Ley, para autorizar de la forma más estricta la maternidad subrogada.

Otro motivo básico es, que la regulación de la maternidad subrogada es una necesidad de orden jurídico, atendiendo a las situaciones legales probables, puesto que el paso acelerado de la ciencia médica no se detiene, y la imperiosa necesidad de dar respuestas inmediatas a las cuestiones de orden social, que repercuten directamente en determinados particulares, como la imposibilidad física de gestar, pueden llevarlos en casos desesperados a elegir una alternativa que solucione su problema al margen de la legalidad.

La omisión o la indiferencia del legislador hacia la creación de una figura jurídica de contrato de arrendamiento de útero, eliminan en los particulares la posibilidad de conducirse apegados a la legalidad, y por el contrario, sin ser justificación, los orilla a ser víctimas o partícipes de conductas ilícitas.

Sin ánimo de equiparar, considero que en un país donde se promueve abiertamente y de manera oficial, la donación de órganos para darle vida a otras vidas, resulta

aceptable la maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción Asistida, que tiene como único fin generar una nueva vida.

6.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DERIVADA DE LA GESTACIÓN ASISTIDA.

Los elementos del contrato son los requisitos o condiciones que en éste deben concurrir para su existencia.³⁶

En el caso del arrendamiento de útero debe estar precedido por una serie de tratos o conversaciones previas, que tienen como punto inicial la oferta de un matrimonio de gestar el producto de su concepción, y como consecuencia de esta oferta, la aceptación por aquella mujer a quien se ha hecho.

Las partes contratantes son: por un lado, la parte oferente, que debe ser un matrimonio que acredite un problema de imposibilidad física de la mujer para gestar; y por otro lado, la parte aceptante, que debe ser una mujer sin parentesco con la parte oferente, soltera y con capacidad jurídica para contratar.

En el caso de la capacidad para ser parte en el contrato de arrendamiento de útero, además de las excepciones señaladas en Ley, deben considerarse la autorización clínica por médicos especializados, que determine las condiciones físicas y mentales propicias para aplicar la gestación asistida en la madre de alquiler.

El consentimiento debe ser expreso, por escrito, solemne con la intervención de un notario público que dé validez al instrumento jurídico, en el que además aparezca la firma de testigos idóneos. El contrato debe ser ratificado por los contratantes, ante un Consejo de Médicos Especializados en Técnicas de Reproducción Asistida para su más estricta autorización.

³⁶ DE PINA Rafael. “*Derecho Civil Mexicano*”. Editorial Porrúa. México 1989. Págs. 277-306.

La autonomía contractual significa que las partes son libres de estipular los contratos, que quieran en la forma y con el contenido que les parezcan convenientes. Como excepción a esta regla general de derecho, se argumenta que el cuerpo humano está fuera del comercio y no puede ser objeto de contrato; sin embargo, en el arrendamiento de útero partimos de una premisa consistente en un fin terapéutico, que es una alternativa médico-científica a una imposibilidad física en la mujer unida en matrimonio para gestar.

El objeto del contrato de arrendamiento de útero, es gestar un bebé para entregarlo a los padres genéticos, inmediatamente después del parto. Aquí se presenta el problema de que la madre de alquiler aporte o no el óvulo, pues si lo aporta será madre genética y gestante, a lo cual me inclinó como primer paso en esta nueva legislación que debe evolucionar paulatinamente, por aceptar únicamente el caso de que la mujer unida en matrimonio aporte el óvulo, y la madre de alquiler sea la encargada de la gestación como la auténtica maternidad subrogada.

En cuanto a los caracteres de esta prestación contractual, el mayor problema es que el cuerpo humano no se encuentra en el comercio, y que será ilícito un contrato de esta naturaleza, además de atentar contra la moral y las buenas costumbres. Pero en realidad no se trata de un acto de comercio, puesto que la esencia de éste es una ganancia pecuniaria o especulación económica, que si se aplica al arrendamiento en general, por contener en su definición el elemento precio cierto y determinado, a diferencia del arrendamiento de útero que tiene como esencia un acto humanitario, con un fin terapéutico para coadyuvar con un matrimonio en su derecho a la procreación, y que no implica como tal el elemento precio cierto y determinado, sino los gastos originados por la gestación donde se incluyan todos los gastos de alimentación, salud, habitación, vestido y todos los egresos propios de una mujer embarazada, así como los gastos por las consecuencias de la gestación para la mujer, entendido como un seguro médico. Además, para evitar la especulación económica, las madres de alquiler únicamente podrán prestar ese servicio una vez,

siempre y cuando alcancen el fin deseado, que es dar a luz un bebé con posibilidad de vivir.

Para la licitud sólo basta que el legislador encuadre razonadamente una descripción del contrato de arrendamiento de útero, congruente con nuestras leyes sanitarias, civiles y penales vigentes, ignorando supuestos atentados contra la moral y las buenas costumbres, pues no hay que olvidar que los contratos están contenidos dentro del Derecho Privado, una relación entre particulares, en la que de ellos depende la discreción del asunto, para no dañar la moral o las buenas costumbres, de quien pueda sentirse perturbado porque un matrimonio acuda a Técnicas de Reproducción Asistida para traer a la vida un hijo.

El contrato de arrendamiento de útero seguiría las mismas características del arrendamiento en general, de ser principal translativo de uso y de tracto sucesivo, pero tendría también las siguientes características particulares:

El contrato de arrendamiento de útero sería bilateral porque las partes se obligarían recíprocamente. El principio fundamental es que cada uno de los contratantes se obligaría a su prestación, únicamente bajo la condición de que la otra se obligue a la contraprestación. Para la existencia de un contrato bilateral, no es necesario que las prestaciones recíprocas sean equivalentes de acuerdo con un criterio objetivo, pues basta con que cada parte vea en la prestación una compensación suficiente de su propia prestación. Para que un contrato merezca la calificación de bilateral, basta que exista reciprocidad de prestaciones. No hay que olvidar que un desequilibrio importante entre ellas, conduce a resultados inicuos, dando origen a vicios que afecten la validez del contrato.

Al hablar de bilateralidad se habla de las obligaciones que del contrato se derivan y no a las declaraciones de voluntad, pues en ese sentido todo contrato es bilateral, dado que exige el concurso de por lo menos dos voluntades.

Del contrato de arrendamiento de útero se derivan, por parte de la madre de alquiler, la obligación de gestar y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto, y por parte del matrimonio, la obligación de cubrir los gastos originados por la gestación.

Un punto importante es distinguir entre el contrato oneroso y el gratuito, siendo el primero aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y el segundo aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. El arrendamiento, en general, es oneroso, pero en el caso del arrendamiento de útero hablaríamos de un contrato gratuito, en que el matrimonio tiene el provecho del uso del útero arrendado, y la madre de alquiler tiene el gravamen del uso de su útero. Esto en razón de que el matrimonio no paga un precio cierto y determinado, sino que cubre los gastos originados por la gestación y las posibles consecuencias de ésta para la madre de alquiler.

El arrendamiento, en general, es un contrato consensual. La denominación de consensuales aplicada a ciertos contratos, no debe entenderse en el sentido de que su característica sea la exigencia del consentimiento, que es común a todos los contratos, sino en el de que su característica consiste en que por el mero consentimiento quedan perfeccionados, cosa que no ocurre con los reales, que son aquellos contratos que para el perfeccionamiento precisan además del consentimiento, la entrega de la cosa, sin cuyo requisito no queda constituida la obligación propia de cada uno de ellos.

El arrendamiento de útero no podría quedarse con la característica de consensual, ya que además del consentimiento, el contrato se perfeccionaría hasta el momento que la madre de alquiler se somete a la Técnica de Reproducción Asistida, puesto que hasta antes de ese momento podría desistirse, con las reservas de carácter civil que puedan imponerse, pero una vez sometida a la Técnica, su conducta de desistimiento propiciaría acciones civiles y penales en su contra, por la inversión

económica en la Técnica y por poner en riesgo la vida o salud del producto de la concepción.

El arrendamiento, en general, es formal porque debe otorgarse por escrito. El arrendamiento de útero para su formalidad, debido a la trascendencia del acto, requerirá además la intervención de un notario público, quien como fedatario público asesora, interpreta, redacta, lee, explica, autoriza, conserva y reproduce el instrumento notarial, dando con esto solemnidad al contrato.

El arrendamiento, en general, es conmutativo, porque las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato. El arrendamiento de útero sería podría considerarse aleatorio, en virtud de que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto, que es el alumbramiento, aunque en realidad la gestación es la verdadera prestación y el éxito del alumbramiento ya no depende de la madre de alquiler. Por tanto sería conveniente que si la prestación es la gestación y el alumbramiento de un ser humano, con posibilidad de vivir, es el fin último del contrato, se considere aleatorio, pero sobre todo que esa incertidumbre abra la posibilidad de que la Ley permita el uso de la Técnica varias veces en una mujer, hasta lograr el fin deseado.

6.4 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE MATERNIDAD.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y perfectamente conocido.

La maternidad supone dos elementos: uno, el hecho del parto, y el otro, la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo.³⁷

³⁷ ROJINA VILLEGAS Rafael. *Op. Cit.* Pág. 454.

Para los efectos jurídicos, trátase de la filiación legítima o de la natural, el hecho de la maternidad resulta por consiguiente de la prueba de que una mujer dio a luz un determinado hijo y, que éste después se identifica como aquél que pretende el carácter de tal, para deducir algún derecho o ejercitar alguna acción, en materia de alimentos, de herencia, o simplemente para defender su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal.

Ante la prueba de parto, por testigos o por el acta de nacimiento, si consta el nombre de la madre, ya el hijo sólo tiene que demostrar su identidad. Es decir, tendrá que comprobar que aquél sujeto al cual se refiere el acta de nacimiento o al que aludan los testigos, es el mismo que está pretendiendo su calidad de hijo para los efectos legales consiguientes.

En el caso del contrato de arrendamiento de útero, previniendo a quien corresponde la maternidad, la prueba del parto sólo surtirá sus efectos para probar el alumbramiento; sin embargo, la maternidad corresponde a la mujer unida en matrimonio que aportó su óvulo, y que actúo con todas las formalidades inherentes al contrato perfectamente documentadas.

La LIC. ALMA ARÁMBULA REYES en su investigación presentada en agosto de 2008 mediante el Centro de documentación, información y análisis, del Servicio de investigación y análisis, de la Subdirección de política exterior comenta lo siguiente:

“Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad. Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé.

Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre." Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc..."

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso?

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- A. *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- B. *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- C. *Maternidad gestativa*: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- D. *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que

hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.

Como consecuencia de ello, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la maternidad, la segunda interrogante que surge de forma casi inmediata, es si las demás mujeres que participaron en la procreación del hijo, deben ser excluidas de manera terminante de la vida del nacido, o si les puede reconocer algunos derechos en virtud de su especial colaboración.

La experiencia de los últimos años parece admitir una respuesta positiva. En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida, o si cabe el término, el de una madre de segundo grado.

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente.

De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida.

La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre,

provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción).

Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana *mater semper certa est*, se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo o hija, mientras que la paternidad se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esta certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del matrimonio.

Así el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa. El primero es el parto de la madre y el segundo, es la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o la hija es realmente el que la mujer dio a luz, probar estos hechos dentro del matrimonio no representa un problema, pues por regla general ambos aspectos son del conocimiento público y el nacimiento del descendiente lejos de intentarse ocultar constituye un motivo de alegría. Cuestión contraria puede ocurrir, cuando la madre no se encuentra unida conyugalmente, porque en este caso pudiera actualizarse la ocultación del parto de la mujer soltera y la identidad del descendiente.

En los supuestos de maternidad subrogada propiamente dichos, en los que una mujer presta su aporte genético y lleva adelante la gestación, es indudable que madre es esta mujer, solución que es aceptada de manera unánime por la doctrina.

En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación.

De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.

Un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

A su vez, una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante.

De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer.

De acuerdo con una posición ecléctica, las soluciones anteriormente propuestas resultan indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso

judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación.

Ambos planos, que en algunos casos pueden resultar contrapuestos, se armonizan en razón a un criterio común: el de la protección de los intereses del menor, principio base de los actuales regímenes de filiación. Por este motivo, independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo de aquél.

Por tanto, si el hijo puede tener interés en mantener el vínculo establecido con la madre uterina, es posible que también pueda tenerlo en recuperar la relación con la madre genética cuando la gestante haya rechazado o esté incapacitada para asumir la maternidad”.

6.5 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE PATERNIDAD.

La paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quién es el padre, es necesario conocer quién es la madre. En principio, si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como podemos llegar con ciertos elementos, con ciertas presunciones hasta el padre.³⁸

Demostrada la filiación materna legítima, el derecho presume la filiación paterna. Se tiene que partir para esta presunción que admite prueba en contrario, de la honestidad y fidelidad de toda esposa.

³⁸ *Ibidem*. Pág.454.

En cuanto a la prueba de la filiación natural, se presentan gravísimos problemas, en virtud de que respecto a la paternidad no podemos nunca partir de esa presunción, que en el matrimonio atribuye el hijo de la mujer casada al marido.

Como la paternidad es un hecho que no puede comprobarse objetivamente como la maternidad (mediante el parto y la identidad del hijo), tendrá que presumirse en el matrimonio, ante una situación normal de la vida humana. Es lógico inferir que los hijos de la mujer casada sean hijo de su marido, y aún cuando se admita la posibilidad del adulterio y, por lo tanto, de que el marido impugne la legitimidad, tendrá éste que rendir pruebas convincentes que destruyan la presunción legal.³⁹

En el caso del arrendamiento de útero, la paternidad al igual que la maternidad estarán determinadas y respaldadas por documentación médica y legal, que son exigibles desde el momento en que se celebra el contrato, como se dijo antes; la maternidad quedará determinada a favor de la mujer unida en matrimonio que aporta su óvulo para la concepción de un ser, y la paternidad, en este caso, no se presumirá, quedará determinada a favor del hombre unido en matrimonio que aporta el espermatozoide para la concepción del mismo ser. La madre de alquiler únicamente actuará como gestante, pero después de un alumbramiento exitoso quedará sin acción legal para el reclamo de la maternidad o la filiación. El hijo, en su caso, podrá investigar la maternidad y la paternidad con fundamento en la Ley de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Federal, que señala en su artículo 5º inciso B) Fracciones III y IV;

“De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos: B) A la identidad, certeza jurídica y familia: III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético”, IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño”.

³⁹ *Ibidem*. Pág.. 494.

En este artículo se determina la universalidad jurídica del menor que debe ser considerada en las disposiciones legales correlativas, para que todo lo referente a la reproducción asistida se acuerde y regule desde el punto de vista de protección a los derechos del menor.

6.6 CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN MATERIA DE FILIACIÓN.

El término filiación tiene dos connotaciones: Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado. Otra estricta, siendo la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

La filiación implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo, y que generalmente constituyen un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

La filiación legítima es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres⁴⁰.

La filiación constituye un estado jurídico; en cambio, la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos.

El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones, que se están renovando

⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 451.

continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias⁴¹.

En el hecho jurídico de la procreación, el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de este hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad.

Los hechos jurídicos aislados de la concepción del ser, la gestación y el nacimiento, producen sus consecuencias de derecho, porque en la concepción del ser y en la gestación, siempre tendremos un hecho jurídico perfectamente cierto y conocido para originar consecuencias entre el ser simplemente conocido y la madre. De ahí que el derecho atribuya personalidad jurídica al ser concebido y no necesite del nacimiento para darle esa personalidad, sino que en rigor la tendrá sujeta a la condición resolutoria negativa, consistente en que nazca muerto o no nazca viable, casos en los que se destruye la personalidad que se había otorgado desde el momento de la concepción. Estas consecuencias que se producen simplemente por el hecho jurídico de la concepción, o a través de la gestación para proteger al embrión humano o al feto, y para sancionar el aborto penalmente, difieren radicalmente del estado jurídico que se iniciará hasta el nacimiento. Antes de éste, no puede nunca plantearse un problema de filiación para los efectos de atribuir ese estado de derecho, porque puede el feto nacer muerto o no ser viable. Como desde el momento de la concepción puede existir el derecho a heredar, a recibir donaciones o legados de cualquier persona extraña, para estos efectos jurídicos concretos,

⁴¹ *Ibidem*. Pág. 455.

evidentemente se toma en cuenta el hecho jurídico de la procreación, siempre y cuando no se destruya la personalidad, porque ocurra la condición resolutoria negativa de que el ser nazca muerto o no sea viable.

En cambio, el estado jurídico de la filiación podrá iniciarse a partir sólo del nacimiento y siempre respecto de los seres viables, pero si este hecho inicia el estado jurídico de la filiación, no necesariamente lo constituye, porque si no se combina con los otros hechos jurídicos que vendrán a implicar el trato, la fama y el uso del apellido paterno o materno, sólo estaremos ante un fenómeno biológico del que no necesariamente tendrán que desprenderse las distintas consecuencias, que sólo a través del tiempo y por otros hechos complementarios vendrán a integrar el estado jurídico de la filiación.⁴²

Las consecuencias de la gestación asistida en materia de filiación, abarcan la Patria Potestad, los Alimentos y las Sucesiones, para las cuales los derechos y obligaciones estarán sólo en función de acreditar el vínculo de parentesco entre padres e hijos, consistente en la documentación exigida para realizar una Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada, y que son la copia certificada y notariada del acta de matrimonio de los padres, el dictamen médico que prueba la imposibilidad física de gestar un bebé de la mujer de ese matrimonio, el contrato de arrendamiento de útero protocolizado ante notario público y ratificado ante el Consejo de Médicos Especializados en Técnicas de Reproducción Asistida, el documento médico en que conste que la mujer y el hombre unidos en matrimonio aportaron el óvulo y el espermatozoide, respectivamente, para la concepción del ser, y los documentos presentados ante la autoridad judicial, en que consten las consignaciones económicas realizadas a favor de la madre de alquiler por los gastos originados por la gestación, así como por los riesgos y consecuencias que implica la misma. Por lo que se refiere a los demás puntos de derechos sustantivos, son exactamente iguales a una filiación tradicional como se muestra en los siguientes párrafos.

⁴² *Ibidem*. Pág. 456.

PATRIA POTESTAD. Los que ejercen la Patria Potestad se encuentran dotados de ciertos poderes o facultades, que colocan a los que la ejercen, en la posibilidad de cumplir los deberes que tienen respecto del descendiente o menor. Los poderes o facultades se concretizan en la posibilidad de corregirlos y castigarlos mesuradamente, de educarle convenientemente, de otorgar permisos para dejar la casa o para abandonar el país, de representarlo en juicio, de contraer obligaciones por él, de administrar sus bienes, etcétera.

Paralelamente a los poderes o facultades que la Ley concede a los que ejercen la Patria Potestad, existe la obligación o deber de éstos, y que principalmente se manifiestan en la obligación de educarle convenientemente, de observar una conducta que sirva de buen ejemplo, rendir cuentas de la administración de los bienes de los descendientes, etcétera.⁴³

La procreación de un hijo dentro de una relación matrimonial, hace adquirir el derecho de los padres para compartir el ejercicio de la Patria Potestad; igual derecho corresponde a los abuelos paternos y maternos, cuando faltan los padres.

La Patria Potestad es un cargo de interés público e irrenunciable. Es un derecho personalísimo e intransferible que se confiere a los padres y a falta de éstos, a los abuelos. De manera excepcional se permite la transmisión de este derecho en el caso de la adopción. La Patria Potestad es imprescriptible, no se adquiere ni se pierde por el simple transcurso del tiempo. La función protectora en que se encuentra inspirada la Patria Potestad, concluye cuando el sujeto a ella se ha emancipado, o a los 18 años.

ALIMENTOS. El parentesco consanguíneo es aquél vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras, o que reconocen un antecesor común.

⁴³ SÁNCHEZ MÁRQUEZ Ricardo. “*Derecho Civil*”. Editorial Porrúa. México 1998. Págs. 503-505.

Los Alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y abarcan la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprende además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión, honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.⁴⁴

La obligación alimentaria es recíproca, personalísima, intransferible, inembargable, imprescriptible, proporcional, divisible, crea un derecho preferente y no es compensable ni renunciable.

Los Alimentos, vistos como una facultad jurídica, desde el punto de vista del acreedor alimentario, es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del Parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.

SUCESIONES. El reconocimiento de los derechos hereditarios sigue un trámite distinto, según exista o no testamento, es decir, según se trate de un juicio sucesorio testamentario o intestamentario.

El que promueve el juicio testamentario debe presentar el testamento del de cujus. El juez ordenará que se giren los oficios a la autoridad correspondiente para que informe si no existe otro testamento.

Si el testamento no es impugnado, ni se objeta la capacidad de los interesados, en la junta de herederos, el Juez reconocerá como herederos a los que estén nombrados en las porciones que les corresponda. La impugnación de la validez del testamento o la capacidad legal de algún heredero, se sustanciará en el Juicio ordinario correspondiente con el albacea o el heredero, respectivamente, sin suspender el juicio sucesorio sino hasta la adjudicación de los bienes en la partición.

⁴⁴ *Ibidem*. Págs. 265, 266 Y 277.

Al promover un Juicio Sucesorio Intestamentario, el denunciante debe probar el parentesco o lazo que lo haya unido con el autor de la herencia, e indicar los nombres y domicilios de los parientes en línea recta y del supérstite, o a falta de ellos, los de los parientes colaterales dentro del grado que marque la Ley. El Juez girará oficio a la autoridad correspondiente, tendrá por radicada la Sucesión y la notificará a las personas señaladas en la denuncia del intestado, haciéndoles saber el nombre del finado, así como la fecha y lugar del fallecimiento para que justifiquen sus derechos a la herencia y nombren Albacea.

Los descendientes y ascendientes, así como el cónyuge supérstite, pueden obtener el reconocimiento de sus derechos, probando, con las partidas del registro civil o con el medio que sea legalmente posible su parentesco, y con información testimonial, que son los únicos herederos. Esta información se debe practicar con citación del Ministerio Público, quien actúa como Representante de los herederos ausentes, menores o incapacitados sin representante legítimo, y de la Beneficencia Pública mientras no se haga la Declaración de Herederos.⁴⁵

⁴⁵ OVALLE FAVELA José. “*Derecho Procesal Civil*”. Editorial Harla. México 1995. Págs. 360-362.

PROPUESTA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ÚTERO

REGULADO POR LOS ARTS. _____ DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, ARTS. _____ DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ARTS. _____ DE LA LEY GENERAL DE SALUD, Y DEMÁS LEYES COMPLEMENTARIAS.

QUE CELEBRAN EN LA CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL A LOS ____ DÍAS DEL MES DE _____ DE 20 ____ ANTE LA FÉ DEL NOTARIO PÚBLICO No. ____ CON EJERCICIO EN ESTA CIUDAD POR UNA PARTE LA C. _____ DE ____ AÑOS DE EDAD, NACIONALIDAD MEXICANA, ESTADO CIVIL SOLTERA, OCUPACIÓN _____, DOMICILIO _____, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ ARRENDADORA, Y POR LA OTRA PARTE LOS C.C. _____ Y _____ UNIDOS EN MATRIMONIO COMO SE ACREDITA CON LA COPIA CERTIFICADA DE MATRIMONIO DE FECHA _____ EXPEDIDA POR EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL No. ____ CON EJERCICIO EN ESTA CIUDAD LA CUAL SE ANEXA AL PRESENTE, DE ____ Y ____ AÑOS DE EDAD RESPECTIVAMENTE, OCUPACIÓN _____ Y _____ RESPECTIVAMENTE, AMBOS CON DOMICILIO EN _____ QUIENES EN LO SUCESIVO SE LES DENOMINARÁ ARRENDATARIOS EN EL CURSO DEL PRESENTE CONTRATO, Y BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD MANIFIESTAN ESTAR EN PLENO USO Y EJERCICIO DE SUS DERECHOS CIVILES, CUMPLIR CON TODOS LOS REQUISITOS PREVIOS INDISPENSABLES EXIGIDOS POR LA LEY PARA LOS CONTRATOS DE ESTA NATURALEZA Y CELEBRARLO LIBREMENTE, SIN ERROR, DOLO NI VIOLENCIA, SUJETÁNDOSE DE CONFORMIDAD CON LAS SIGUIENTES CLÁUSULAS:

PRIMERA.-LA ARRENDADORA PRESTARÁ SU ÚTERO PARA QUE EN EL MISMO SE LLEVE A CABO LA GESTACIÓN DEL ÓVULO FECUNDADO POR LOS ARRENDATARIOS, MEDIANTE UN TRATAMIENTO DE GESTACIÓN ASISTIDA QUE SERÁ REALIZADO EN LA INSTITUCIÓN MÉDICA_____CON _____DOMICILIO EN_____EXCLUSIVAMENTE BAJO LA DIRECCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL DR._____CON CÉDULA PROFESIONAL_____A QUIEN AMBAS PARTES RECONOCEN DESDE ESTE MOMENTO COMO EL MÉDICO ESPECIALIZADO EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA FACULTADO PARA DIRIGIR Y CONTROLAR ESTE TRATAMIENTO. LA ARRENDADORA SE OBLIGA A ENTREGAR AL RECIÉN NACIDO, FÍSICA Y JURÍDICAMENTE, A LOS ARRENDATARIOS INMEDIATAMENTE DESPUÉS DEL PARTO Y NO RESERVÁNDOSE NINGUNA ACCIÓN LEGAL SOBRE LA UNIVERSALIDAD JURÍDICA DEL RECIÉN NACIDO. LOS ARRENDATARIOS SE OBLIGAN A CUMPLIR CON TODAS LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE SE DESCRIBIRÁN EN LAS CLÁUSULAS SUBSECUENTES DEL PRESENTE CONTRATO.

SEGUNDA.-LAS PARTES SE COMPROMETEN A NO REALIZAR ACTOS O ACUERDOS QUE CONTRAVENGAN EL PRESENTE CONTRATO Y A REALIZAR TODAS LAS DILIGENCIAS RELACIONADAS CON ESTE CONTRATO POR ESCRITO ESTAMPANDO EN TODAS ELLAS FIRMA DE SU PUÑO Y LETRA, SIENDO NECESARIO PARA LOS ARRENDATARIOS LA FIRMA DE AMBOS CÓNYUGES EN TODAS LAS DILIGENCIAS. LAS PARTES RENUNCIAN A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE CUALQUIER ACUERDO O CONVENIO VERBAL ENTRE ELLOS.

TERCERA.-LAS PARTES SE COMPROMETEN A PERMANECER EN LOS DOMICILIOS SEÑALADOS ANTERIORMENTE HASTA LA CONCLUSIÓN DEL

PRESENTE CONTRATO, CAMBIANDO LOS MISMOS ÚNICAMENTE CON LA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DE LA OTRA PARTE. DEL MISMO MODO SE COMPROMETEN A NO SALIR DEL PAÍS HASTA LA CONCLUSIÓN DEL PRESENTE CONTRATO. LAS PARTES SE PERMITEN AUSENTARSE DE SU LUGAR DE RESIDENCIA DENTRO DEL TERRITORIO MEXICANO HASTA POR ____DÍAS, ÚNICAMENTE CON AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DE LA OTRA PARTE, SIENDO NECESARIO PARA LA PARTE ARRENDADORA ADEMÁS LA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL DIRECTOR Y RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE GESTACIÓN ASISTIDA MOTIVO DE ESTE CONTRATO.

CUARTA.-LOS ARRENDATARIOS PAGARÁN A LA ARRENDADORA VÍA DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA MENSUALMENTE DURANTE EL TIEMPO QUE DURE LA GESTACIÓN LA CANTIDAD DE _____POR CONCEPTO DE GASTOS PERSONALES QUE COMPRENDEN ALIMENTOS, VESTIDO, HABITACIÓN, UTILITARIOS Y RECREACIÓN. ASIMISMO, LOS ARRENDATARIOS PAGARÁN A LA ARRENDADORA VÍA DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA MENSUALMENTE DURANTE EL TIEMPO QUE DURE LA GESTACIÓN LA CANTIDAD DE _____POR CONCEPTO DE INGRESOS FIJOS ORDINARIOS QUE DEJE DE PERCIBIR A CAUSA DE LA GESTACIÓN ASISTIDA, ACREDITADOS EN ESTE MOMENTO MEDIANTE LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS _____QUE SE ANEXAN AL PRESENTE. LOS GASTOS PERSONALES E INGRESOS FIJOS ORDINARIOS NO ESTÁN SUJETOS A MODIFICACIÓN. LA ARRENDADORA RENUNCIA A EXIGIR DE LOS ARRENDATARIOS EL PAGO DE INGRESOS EXTRAORDINARIOS SUPERVINIENTES QUE DEJE DE PERCIBIR A CAUSA DE LA GESTACIÓN ASISTIDA MOTIVO DE ESTE CONTRATO.

QUINTA.-LAS CANTIDADES POR CONCEPTO DE GASTOS PERSONALES E INGRESOS FIJOS ORDINARIOS QUE LOS ARRENDATARIOS PAGARÁN A LA ARRENDADORA SERÁN CONSIGNADAS VÍA DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN

VOLUNTARIA A MÁS TARDAR LOS DÍAS____DE CADA MES, EN CASO CONTRARIO DICHAS CANTIDADES CAUSARÁN EL ____POR CIENTO MENSUAL POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS. EL DERECHO AL COBRO MENSUAL DE ESTAS CANTIDADES SERÁ EN RAZÓN DE CADA MES DE EMBARAZO TOMANDO COMO REFERENCIA LA FECHA DE LA IMPLANTACIÓN EN EL ÚTERO DE LA ARRENDADORA DEL ÓVULO FECUNDADO POR LOS ARRENDATARIOS.

SEXTA.-LOS ARRENDATARIOS PAGARÁN TOTALMENTE EL TRATAMIENTO DE GESTACIÓN ASISTIDA MOTIVO DE ESTE CONTRATO, ASÍ COMO LOS MEDICAMENTOS, APARATOS, SUPLEMENTOS Y ACCESORIOS MÉDICOS RECOMENDADOS POR EL DR._____RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE GESTACIÓN ASISTIDA.

SÉPTIMA.-EL TÉRMINO DEL ARRENDAMIENTO SERÁ TENTATIVAMENTE DE NUEVE MESES, CONCLUYENDO EN SU CASO, AL MOMENTO DEL PARTO, INDEPENDIENTEMENTE DE SU ÉXITO, O BIEN, CONCLUIRÁ CON LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN.

OCTAVA.-EL CONTRATO SERÁ FORZOSO PARA AMBAS PARTES A PARTIR DE LA FECHA DE LA IMPLANTACIÓN EN EL ÚTERO DE LA ARRENDADORA DEL ÓVULO FECUNDADO POR LOS ARRENDATARIOS, Y SÓLO EN ESTE CASO EL PRESENTE CONTRATO COMENZARÁ A SURTIR SUS EFECTOS, DEJANDO A SALVO EL DERECHO DE LA ARRENDADORA PARA DESISTIRSE DEL CONTRATO ÚNICAMENTE HASTA ANTES DE SOMETERSE A LA IMPLANTACIÓN EN SU ÚTERO DEL ÓVULO FECUNDADO POR LOS ARRENDATARIOS.

NOVENA.-LOS ARRENDATARIOS SE OBLIGAN A PAGAR A LA ARRENDADORA LA CANTIDAD DE_____VÍA DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A MÁS TARDAR___ DÍAS POSTERIORES A LA FECHA DE LA IMPLANTACIÓN EN EL ÚTERO DE LA ARRENDADORA DEL ÓVULO FECUNDADO POR LOS ARRENDATARIOS POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN FINAL POR ASISTIR LA GESTACIÓN DE LOS ARRENDATARIOS, CASO CONTRARIO DICHA CANTIDAD CAUSARÁ EL___POR CIENTO MENSUAL POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS.

DÉCIMA.-LOS ARRENDATARIOS PAGARÁN TODOS LOS GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS POR CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN ASISTIDA EN LA SALUD DE LA ARRENDADORA QUE SE MANIFIESTEN DENTRO DE UN TÉRMINO DE___DÍAS POSTERIORES A LA CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO.

DÉCIMA PRIMERA.-EN CASO DEL FALLECIMIENTO DE LA ARRENDADORA A CAUSA DE LA GESTACIÓN ASISTIDA, LOS ARRENDATARIOS SE OBLIGAN A PAGAR AL C._____, DE___AÑOS DE EDAD, ESTADO CIVIL_____, NACIONALIDAD_____, OCUPACIÓN_____ DOMICILIO_____, VÍA DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA LA CANTIDAD DE_____POR CONCEPTO DE SEGURO DE VIDA POR ASISTIR LA GESTACIÓN DE LOS ARRENDATARIOS, A MÁS TARDAR___DÍAS POSTERIORES AL FALLECIMIENTO DE LA ARRENDADORA, EN CASO CONTRARIO DICHAS CANTIDADES CAUSARÁN EL___POR CIENTO MENSUAL POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS. LA ARRENDADORA CEDE AL C._____ EL PAGO DE LA CANTIDAD MENCIONADA EN LA CLÁUSULA NOVENA SIEMPRE

QUE NO HUBIESE SIDO COBRADA CON ANTERIORIDAD POR LA ARRENDADORA.

DÉCIMA SEGUNDA.-LA ARRENDADORA SE OBLIGA A RESPETAR Y CUMPLIR Estrictamente EL TRATAMIENTO DE GESTACIÓN ASISTIDA SIN COMPROMETER CON ACTOS IMPRUDENTES O DOLOSOS SU PROPIA SALUD Y/O LA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. LA PÈRDIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN POR LA COMISIÓN DE ACTOS IMPRUDENTES DE LA ARRENDADORA NO OBLIGA A LOS ARRENDATARIOS A LO DISPUESTO EN LAS CLÁUSULAS NOVENA, DÉCIMA Y DÉCIMA PRIMERA. LA PÉRDIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN POR LA COMISIÓN DE ACTOS DOLOSOS ADEMÁS DE NO OBLIGAR A LOS ARRENDATARIOS A LO DISPUESTO EN LAS CLÁUSULAS NOVENA, DÉCIMA Y DÉCIMA PRIMERA, DEJA A SALVO SUS ACCIONES LEGALES QUE PUEDAN EJERCER EN CONTRA DE LA ARRENDADORA.

ARRENDADORA

ARRENDATARIOS

TESTIGO

TESTIGO

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La historia contemporánea internacional y el momento actual del país, demuestran una creciente preocupación sobre los problemas de salud reproductiva entre médicos especialistas en la materia y los particulares involucrados.

Esta preocupación despertó el interés del mundo científico por encontrar soluciones médicas, dando origen a las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, entre las cuales se encuentra la Maternidad Subrogada, un tema que no debe ser ignorado por la investigación jurídica.

SEGUNDA.- Para efectos de esta tesis, la auténtica Maternidad Subrogada consiste en el hecho de que una mujer se encargue de la gestación del producto, de la concepción del óvulo y el espermatozoide de una mujer y un hombre unidos en matrimonio.

TERCERA.- Los ordenamientos de otros países adelantados en esta materia, son pauta para diseñar un proyecto legislativo en nuestro país, con la reserva de que la legislación atiende a las necesidades propias de su sociedad.

Nuestra legislación nacional vigente sí incluye disposiciones relativas a la reproducción humana, salud reproductiva y derechos reproductivos; sin embargo, resulta insuficiente sobre Técnicas de Reproducción Asistida; además, las normas existentes no contemplan la Maternidad Subrogada.

CUARTA.- Lo ideal sería una Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, donde se incluya la regulación de la Maternidad Subrogada, pero en su detrimento, la Ley General de Salud es la indicada para contener disposiciones sobre la definición en términos médico-legales de la Maternidad Subrogada, las Autoridades facultadas para intervenir en esta Técnica, y la enumeración de las Medidas y Condiciones en que se puede efectuar.

QUINTA.- El Contrato de Maternidad Subrogada debe ser regulado por los Códigos Civiles Estatales, de una forma congruente con las medidas establecidas por la legislación sanitaria federal, redactando el Arrendamiento de Útero como un Contrato mediante el cual una parte, mujer asistente, se obliga a facilitar el uso de su útero para gestar un ser producto de la fecundación de un matrimonio, quien a su vez se obliga a pagar los gastos originados por ese uso, y los riesgos y consecuencias que implica.

Las características y requisitos esenciales que debe reunir la mujer asistente para contratar son los siguientes:

1. La mayoría de edad, que respalde su capacidad jurídica.
2. El documento médico que respalde la capacidad física y mental para gestar.
3. El estado civil de soltera, para evitar conflictos de paternidad.
4. Carecer de parentesco con el matrimonio contratante, para evitar problemas de parentesco y enfermedades congénitas.
5. No haber contratado anteriormente Arrendamiento de Útero con otro matrimonio, para evitar el comercio de Maternidad Subrogada.

Las características y requisitos esenciales que debe reunir el matrimonio para contratar son los siguientes:

1. Ser un matrimonio, por tratarse de la Institución Jurídica que se le ha conferido como fin social, la procreación de la prole y la perpetuación de la especie.
2. Ser un matrimonio que acredite con un dictamen expedido por Médico Especialista en Técnicas de Reproducción Asistida, con la calidad de Perito inscrito en el Registro de Peritos correspondiente, la imposibilidad física de la esposa para gestar.
3. No tener hijos reconocidos por ambos cónyuges, en razón de que la Gestación Asistida es un método terapéutico recurrido por absoluta necesidad, y no un recurso para satisfacer caprichos o vanidades.

4. El matrimonio debe tener la suficiente solvencia económica, para depositar ante Autoridad Judicial por la vía de Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Garantía Económica, a favor de la mujer asistente por los gastos originados por la gestación y los riesgos y consecuencias que implica, así como una Consignación de Pensión mensual que cubra las necesidades de alimentos, salud, habitación, vestido, y los egresos propios de una mujer embarazada, durante el embarazo y hasta en tanto la mujer asistente sea dada de alta por los Médicos encargados de la Técnica de Gestación Asistida.

SEXTA.- Las formalidades principales del Contrato de Arrendamiento de Útero deben comprender:

1. La intervención de un notario público que de fe del acuerdo de voluntades de quienes desean recurrir a la Gestación Asistida, respaldados por un instrumento jurídico en el cual también firman testigos idóneos.
2. La ratificación del Contrato por las partes contratantes y por sus testigos, ante el Consejo de Médicos Especializados en Técnicas de Reproducción Asistida, quienes serán facultados por Ley como Autoridad Oficial para permitir, vigilar y sancionar el Tratamiento.

SÉPTIMA.- Las obligaciones principales para la mujer asistente son:

1. Apegarse por completo al Tratamiento de Gestación Asistida, en los términos preventivos señalados por los Médicos.
2. Entregar al bebé inmediatamente después del parto.

Las obligaciones principales para el matrimonio son:

1. Depositar Garantía Económica previamente a la gestación, que sirva como indemnización para la mujer asistente que alumbré exitosamente, y continúe con vida por los gastos originados por la gestación, y los riesgos y consecuencias que

implica, como es la indemnización por el mismo concepto, en caso de que sin responsabilidad de la mujer asistente se pierda el producto, y como seguro de vida, en caso de que sin ser su responsabilidad la mujer asistente muera, independientemente del destino del producto, y cobrable por quien designe la mujer asistente en el contrato.

2. Depositar una Pensión mensual durante el transcurso del embarazo, que cubra los gastos originados por la gestación y los egresos propios de una mujer embarazada.
3. El pago íntegro del Tratamiento de la Técnica de Gestación Asistida.

OCTAVA.- Los derechos principales para la mujer asistente son:

1. El aseguramiento de una Garantía Económica como indemnización o seguro de vida, según corresponda.
2. El aseguramiento de una pensión mensual durante el embarazo.
3. Recibir atención médica y asistencia médica en especie, por cualquier complicación en la salud durante el embarazo motivada o no por la gestación.

Los derechos principales para el matrimonio son:

1. Vigilar el embarazo y la salud de la mujer asistente.
2. Recibir información conjuntamente con la mujer asistente, sobre el avance de la Gestación Asistida hasta el momento del parto.
3. Tomar la responsabilidad por completo del bebé inmediatamente después del parto.

NOVENA.- La Maternidad, la Paternidad y la Filiación del recién nacido, con sus efectos y consecuencias jurídicas, quedarían a favor del matrimonio con la acreditación documental siguiente:

1. La prueba médica de que ellos aportaron el material genético.

2. La existencia de un Contrato de Arrendamiento de Útero, celebrado ante notario público y ratificado ante el Consejo de Médicos Especializados en Técnicas de Reproducción Asistida.
3. Copia certificada y notariada del acta de matrimonio.
4. Las consignaciones económicas ante la Autoridad Judicial a favor de la mujer asistente.

DÉCIMA.- Las autoridades médicas actuarán de oficio y tendrán acción legal de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La mujer asistente se obliga a gestar en cualquier circunstancia, a excepción de que se encuentre en peligro su salud, su vida o las del producto de la concepción.
2. El matrimonio queda impedido para iniciar la disolución del vínculo matrimonial, y obligado a registrar como hijo suyo al futuro bebé.
3. Los casos en que la mujer asistente puede reclamar la maternidad y la filiación, es por muerte de ambos cónyuges, durante la gestación y hasta antes del parto; y el caso en que la gestante sea la única que se niegue al aborto terapéutico, y asume la responsabilidad completa sobre el producto de la concepción.
4. El derecho a heredar y ser heredado del recién nacido, siempre será en relación con el matrimonio progenitor, en los términos de la sucesión testamentaria o intestamentaria.
5. Queda a salvo para el matrimonio cualquier acción penal por una conducta dolosa de la mujer asistente, que importe peligro para la vida o la salud del producto de la concepción durante la gestación.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

BAILÓN VALDOVINOS ROSALÍO. Nuevo Formulario de Nulidades y Recursos Penales: Legislación y Jurisprudencia. O.G.S. Editores. México 2002.

BESTARD CAMPS JOAN. Parentesco y Reproducción Asistida. Editor Universidad de Barcelona. España 2003.

BRECCIA UMBERTO. Derecho Civil. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia 1992

BRENA SESMA INGRID. Código de Leyes Sobre Genética. Editores: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación BBV. Universidad de Deusto. México 2006.

BURGOA ORIHUELA IGNACIO. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 2002.

CARBONELL MIGUEL. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México 2002.

CARCABA FERNÁNDEZ MARÍA. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. Bosch Editor. España 1995.

CASABONA C. ROMEO. Diagnóstico Preconcepcional y Preimplantario en Genética Humana. Editorial Universidad de Deusto. España 1995.

CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA FEDERICO. Teoría de la Continuidad de los Derechos Penal y Civil. Bosch Editor. España 2001.

DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano: Contratos en Particular. Editorial Porrúa. México 1992.

DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa. México 1989.

GOIKOETXEA MARÍA DE JESÚS. Introducción a la Bioética. Editorial Universidad de Deusto. España 1998.

GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Introducción al Derecho Penal. Editorial IURE. México 2003.

KAPLAN LAWRENCE. TONG ROSEMARIE. Controlando nuestro destino reproductivo. Estados Unidos de América. 1994.

LÓPEZ BASSOLS HERMILO. Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos. Editorial Porrúa. México 2003.

LÓPEZ IBRALIÑO JUAN. DSM IV. Editorial Masón. España 1994.

MADRAZO CARLOS A. Estudios Jurídicos. Editor Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 1985.

MARTÍNEZ ROARO MARCELA. Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos. Editorial Porrúa. México 2000.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Introducción al Derecho Penal. EUROS Editores. Argentina 2001.

ORIZABA MONROY SALVADOR. Contratos Civiles: con formularios. Editorial PAC. México 2000.

OVALLE FAVELA JOSÉ. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México 1995.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General. Editorial Porrúa. México 2002.

PENICHE LÓPEZ EDGARDO. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1972.

PEREZ PEÑA EFRAÍN. Atención Integral de la Infertilidad. Editorial Mc Graw Hill. México 2007.

RAMÍREZ DELGADO JUAN MANUEL. El Llamado Derecho Penal Especial o Delitos Especiales en el Ámbito Federal. Editorial Universitaria Potosina. México 1997.

RECASÉNS SICHES LUIS. Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica Razonable. Editor UNAM. México 1971.

REMOHÍ JOSÉ. Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana. Editorial Mc Graw Hill. España 2008.

RODRÍGUEZ RAMOS ANTONIO MANUEL. La Ceguera del Legislador a la Luz de la Genética. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia 2000.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia. Editorial Porrúa. México 1993.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ RICARDO. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1998.

SLOAN IRVING. Ley de adopción y Maternidad Subrogada. Editorial Oceana. Estados Unidos de América 1988.

TABOADA LEONOR. La Maternidad Tecnológica. Icaria Editorial. España 1986.

TREVIÑO GARCÍA RICARDO. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. Editorial Mc Graw Hill. México 1995.

LA BIBLIA.

TESIS PROFESIONALES:

BRAVO PALOMINO CLAUDIA MARÍA. Aspectos Legales de las Técnicas de Reproducción Asistida. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1997.

CABALLERO RODRÍGUEZ JOSÉ LUIS. Aspectos Legales de la Reproducción Asistida. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1994.

CERDA VESSI MA. DE JESÚS LUCERO. El Conocimiento de la Ley Penal, para su correcta aplicación. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1983.

CÉSPEDES SILVA GLORIA LORETTZ. Estudio y Análisis de los Conflictos Socio Jurídicos de la Reproducción Asistida. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 2003.

GALVÁN CAMACHO MAGDALENA. Los Hijos Extramatrimoniales en el Derecho Civil Mexicano. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1984.

GARCÍA GUTIÉRREZ MIGUEL ÁNGEL. La Necesidad de Modificar el Delito de Aborto. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1982.

GARZA DE LIRA RIGOBERTO. Necesidad de Capacitación de las Autoridades Encargadas de la Impartición de la Justicia Penal en el Estado. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1981.

GUAJARDO LÓPEZ JUAN RODOLFO. Incidentes Dentro del Procedimiento Penal. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1982.

HERNÁNDEZ MARÍA DE JESÚS. Consideraciones jurídico-sociales del delito de aborto. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1983

MARTÍNEZ CASTILLO FELIPE DE J. Irresponsabilidad Paterna y sus Efectos Jurídico-Social. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1981.

TORRES LEÓN JOSÉ PEDRO. La Esterilidad Como Posible Causal de Divorcio.
Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México 1982.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

LEYES FEDERALES:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México 2008. Artículo 4º.

Código Civil Federal. Publicado en Diario Oficial de la Federación. México. Última reforma 28 de enero de 2010.

Código Penal Federal. Publicado en Diario Oficial de la Federación. México. Última reforma 20 de agosto de 2009.

Ley General de Salud. Publicada en Diario Oficial de la Federación. México. Última reforma 30 de diciembre de 2009.

LEYES LOCALES:

Código Civil Para el Distrito Federal. Publicado en Diario Oficial de la Federación. México. Última reforma 22 de enero de 2010.

Código Penal Para el Distrito Federal. Publicado en Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, el 16 de julio de 2002 y última reforma 19 de enero de 2010.

Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. Publicada en Gaceta Oficial del Distrito Federal. México. 31 de enero de 2010.

CONVENCIONES Y DOCUMENTOS:

Conferencia Magistral. Lic. Carlos Rodríguez Martínez. Colima, México, 30 de enero de 2009.

Congreso Fertilización In Vitro VI. Jerusalén Israel. 6 de abril 1989. Tasa de éxito de los embarazos derivados de maternidad gestacional subrogada, sustentado por Andel William y Hanafin Hillary

Convención de los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa del 20 al 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A III de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 III de 10 de diciembre de 1948.

Investigación Lic. Alma Arámbula Reyes. Centro de documentación, información y análisis. Servicio de investigación y análisis. Subdirección de política exterior. México, Agosto de 2008.

OTRAS FUENTES

REVISTAS:

Casabona Romeo. Revista de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto. España, Marzo 1995.

G.J. Annas. Embryos and Gestacional Mothers. (Embriología y madres gestacionales). Revista Hasting Center. Estados Unidos de América, Febrero 1991. Traducción Personal.

Mc Allen Paul. The Surrogate Mother (La maternidad subrogada). Revista Everest House. Estados Unidos de América, Febrero 1981. Traducción Personal.

La Revista #9, editada por El Universal. México, 26 de abril al 02 de mayo de 2004.