



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD  
SUBSTITUTA EN EL DERECHO FAMILIAR”

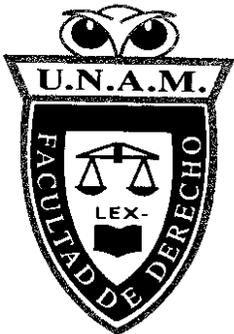
**T E S I S**

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

**P R E S E N T A:**

**YARED AIDEE RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV 36/2010/01  
ASUNTO: Aprobación de Tesis**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,  
P R E S E N T E .**

La alumna , **RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ YARED AIDEE** , elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la Dra. Ma. Leoba Castañeda Rivas, la tesis denominada "**NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN EL DERECHO FAMILIAR** " y que consta de 163 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**  
Cd. Universitaria, D. F. 4 de mayo del 2010.

*X Castañeda R*

**DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS**  
Directora del Seminario

MLCR'aks.

# Agradecimientos



*A Dios, por permitirme llegar a este momento tan importante de mi vida, pero sobretodo, por hacerlo en compañía de mi familia.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México, por creer en mí y por darme la oportunidad de culminar con éxito una Licenciatura.*

*A la Facultad de Derecho, por abrirme sus brazos y motivarme a ser mejor cada día.*

*A mi Asesora, por todo su tiempo y dedicación.*

*A mis Profesores, porque sin su conocimiento y experiencia, no hubiera sido posible mi formación académica.*

# *Dedicatorias*



*A mis abuelos paternos (In Memoriam),  
Herminio Rodríguez Cedillo y Carmen Pérez Apantenco,  
por regalarme tantos días de felicidad y por todas sus enseñanzas.*

*A mis abuelos maternos (In Memoriam),  
Jesús Hernández Ruiz y Fulgencia Cotija Avelar,  
por enseñarme que en la vida, todo se puede lograr con  
esfuerzo y dedicación.*

*A mis padres,  
Rubén Rodríguez Pérez y María Luisa Hernández Cotija,  
a quienes les debo todo en esta vida,  
porque sin su amor, paciencia y sabiduría nada tendría sentido.*

*A mis hermanos,  
Anabel y Luis Rubén, por ser un ejemplo a seguir y  
por todos y cada uno de sus consejos.*

**“NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN EL  
DERECHO FAMILIAR”**

**PRÓLOGO**..... I  
**INTRODUCCIÓN** ..... IV

**CAPÍTULO PRIMERO  
CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

A. Métodos de reproducción humana asistida. .... 1  
B. Maternidad..... 3  
    1. Etimológico. .... 3  
    2. Gramatical..... 4  
    3. Médico. .... 5  
C. Substituta..... 6  
    1. Etimológico. .... 7  
    2. Gramatical..... 8  
D. Maternidad substituta. .... 8  
    1. Etimológico. .... 10  
    2. Gramatical..... 10  
    3. Médico. .... 10  
    4. Jurídico. .... 13  
E. Derecho ..... 18  
    1. Objetivo..... 20  
    2. Subjetivo. .... 21  
    3. Clasificación..... 24  
        a. Público..... 25  
        b. Privado ..... 28  
        c. Familiar ..... 30  
F. Naturaleza jurídica..... 32  
    1. Doctrinal..... 32  
    2. Jurisdiccional. .... 36

G. Orden público.....	37
H. Obligación.....	39
I. Deber jurídico.....	39

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU REGULACIÓN**

A. Principales métodos de reproducción humana asistida.....	41
1. Fecundación In vitro.....	47
2. Inseminación artificial.....	51
a. Homóloga. ....	57
b. Heteróloga. ....	59
3. Maternidad substituta.....	65
B. Regulación de los métodos de reproducción humana asistida en el extranjero .	
.....	69
1. Suecia.....	69
2. Inglaterra.....	70
3. España.....	72
4. México. ....	77

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **PROSPECTIVA SOCIO-JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN MÉXICO**

1. La sociedad ante los nuevos avances de la medicina. ....	80
2. La maternidad substituta como fenómeno social inminente.....	84
3. Trascendencia de la maternidad substituta en el Derecho Familiar.....	87
4. Preeminencia del orden público en la maternidad substituta como método de reproducción humana asistida. ....	90
5. Derechos y garantías que tienen lugar en la maternidad substituta.....	94
6. Principales ordenamientos jurídicos que aluden a la maternidad substituta en México. ....	95
a. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	96

b. Código Civil para el Distrito Federal.....	99
c. Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.....	105
d. Ley General de Salud. ....	107

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN EL DERECHO FAMILIAR**

A. La maternidad substituta como un acto de necesidad para la reproducción humana.....	113
B. Criterios esgrimidos sobre la maternidad substituta. ....	117
1. A favor. ....	119
2. En contra.....	121
C. La necesidad de determinar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta. ....	123
1. Normas de Derecho Civil. ....	125
2. Normas de Derecho Familiar. ....	129
a. Teoría de Julián Güitrón .....	131
D. Comparación entre el acto jurídico de Derecho Civil y el acto jurídico de Derecho Familiar. ....	133
E. Criterios jurisprudenciales. ....	139
F. Bases para determinar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta. ...	144
G. Supuestos jurídicos bajo los cuales procedería la maternidad substituta en el Derecho Familiar. ....	148
H. Necesidad de crear un Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal a efecto de regular la maternidad substituta.....	150
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>155</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>159</b>

## PRÓLOGO

En las últimas décadas se han venido presenciando grandes cambios, esto a nivel social, jurídico, económico y cultural. Sin embargo, uno de los más alentadores para la medicina ha sido en materia de reproducción asistida y para muestra de ello cabe destacar la implementación de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en sus diversos medios de algunos centros de salud públicos o privados, así como la incorporación de éstos en la legislación de ciertos países. Ante esta situación, se han generado una serie de posturas y argumentos que por un lado, defienden la práctica de los mismos y, por otro, los rechazan rotundamente, aún cuando se presenten grandes ventajas.

Actualmente, concurren una serie de principios y normas, que pugnan por su realización, lo cual no debe llevarnos a pensar que por dicha circunstancia exista una armonización sobre los mismos, ya que ello dependerá del contexto de cada región; por lo que, dichos avances se muestren hoy en día como una realidad y no como una ficción, de ahí que en México se presente como un fenómeno social inminente al cual debemos hacerle frente ya que de lo contrario, estaríamos desprotegiendo uno de los rubros más importantes, la familia, que como ente supremo de la sociedad requiere de amparo, pero sobre todo de protección jurídica que permita mejorar la calidad de vida de cada uno de sus miembros, tanto de aquellos que han sido concebidos de manera natural, así como por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

Cabe señalar que cada uno de estos avances poseen cierto grado de complejidad, ya sea a nivel médico o bien, jurídico. Muestra de ello, es el caso de la maternidad substituta; misma que no va en demérito de los demás, puesto que cada uno es imprescindible y fundamental, de ahí que enfocarnos a ella, sea por su trascendencia, así como por los derechos y obligaciones que convergen al respecto; esto, es entre la pareja que aporta las células madre (óvulo y espermatozoide), y la mujer que interviene en el proceso de gestación a través del arrendamiento de su útero. Es urgente determinar su naturaleza jurídica para que en un futuro no muy lejano, pueda ser correctamente definida en la legislación para el Distrito Federal, ya que al respecto, actualmente se carece de un criterio legislativo de tal manera que sea posible su correcta regulación, siempre y cuando, lo permita la ley. Es decir, que el empleo de la maternidad substituta, como método de reproducción humana asistida, se encuadre en los supuestos señalados por la ley.

Con lo anterior, no sólo se estaría atendiendo a la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, sino que se precisarían los métodos de reproducción asistida que tendrían lugar en nuestra legislación, así como sus alcances, especialmente en torno a los sujetos que emitan su consentimiento y al objeto que se persiga.

Estaríamos llevando al país a un nivel competitivo en materia de Medicina pero sobre todo en el ramo de la ciencia jurídica; lo cual no quiere decir que por su premura, se genere una normatividad deficiente e inoportuna, al contrario, que la

que se proponga, sea en aras de resguardar y convalidar nuestras actuales instituciones de Derecho Familiar, no sólo aportando las bases de una codificación sólida y defendible, sino también, más próspera, puesto que la sociedad así lo ha venido demandando.

No sólo la legislación familiar para el Distrito Federal sino también la Ley General de Salud, tendría que ser partícipe en estos grandes retos, ya que el derecho, implementaría una serie de reglas para llevar a cabo la realización de los métodos de reproducción humana asistida en las instituciones de salud; esto para hacer posible su configuración, de lo contrario existiría disparidad entre uno y otro ordenamiento, de ahí que el sector salud estaría obligado a mejorar y garantizar la prestación de sus servicios.

El presente trabajo no pretende resolver totalmente cada una de las deficiencias jurídicas o dificultades que al respecto se generen; pero sí una parte de ellas, a través de una nueva visión jurídica, la cual se materialice. Tanto en propuestas teóricas como prácticas. Todo esto con el propósito de mejorar nuestro campo de estudio, ya que adolece de un claro robustecimiento y rezago legislativo, pues resulta cada vez menos inoperante e incierto para los ciudadanos.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad los métodos de reproducción humana asistida constituyen una de las nuevas formas para concebir, esto gracias a los avances científicos y tecnológicos que al respecto se han venido gestando. La oportuna y efectiva regulación de los mismos no se ha hecho esperar por algunos países. Sin embargo, aún cuando se muestran prometedores y confiables a nivel científico, éstos no lo suelen ser a nivel jurídico, ya que aquí tienden a ser más complejos; por la sencilla razón de que se ubican dentro del seno familiar, considerado por el Estado como de orden público e interés social, de ahí que su aplicación requiera de mayor cuidado y esmero.

Ante este panorama, resulta indispensable la regulación de dichos métodos, en particular de la maternidad substituta, ya que los fenómenos sociales que se han venido registrando han dado lugar a ésta y a otros más; de ahí que por la trascendencia del tema, considero pertinente determinar ante todo la naturaleza jurídica de la maternidad substituta en el Derecho Familiar así como elaborar el Código Familiar para el Distrito Federal, ya que no sólo constituiría el parte aguas para reglamentar éste y otros métodos en su conjunto, sino que también ayudaría a prevenir numerosos problemas, los cuales a corto y mediano plazo, no pudieren ser resueltos por la falta de interés y cuidado del legislador.

Para lograr lo anterior, dividiré el trabajo en cuatro capítulos: En el primero, relaciono los conceptos fundamentales que tienen coincidencia con temas como,

métodos de reproducción humana asistida, maternidad, maternidad substituta, así como la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, sus puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, finalizando con el orden público, obligación y deber jurídico.

Lo referido a los métodos de reproducción humana asistida y su regulación, son motivo de análisis del capítulo segundo, donde señalo los principales métodos en este rubro, iniciando, con la fecundación *In Vitro*, la inseminación artificial, dividida en homóloga y heteróloga, así como la maternidad substituta, concluyendo con la regulación de los métodos de reproducción humana asistida en el extranjero, donde destaco, Suecia, Inglaterra y España.

En el capítulo tercero, planteo la prospectiva socio-jurídico de la maternidad substituta en México, destacando lo que la sociedad en general, opina respecto a los nuevos avances de la Medicina con relación a la maternidad substituta, su trascendencia en el Derecho Familiar y la preeminencia del orden público en este aspecto. También puntualizo los derechos y garantías que deben prevalecer en este acto, así como los principales ordenamientos jurídicos que aluden a la maternidad substituta en nuestro país, para ver si es o no viable la procedencia de este acto.

Finalmente, en el capítulo cuarto desentraño, desde mi punto de vista, la naturaleza jurídica de la maternidad substituta en el Derecho Familiar, puntualizando a ésta como un acto necesario para la reproducción humana, para igualar, aquellas personas que pueden con las que no, pueden concebir o

procrear, esgrimo también algunos criterios a favor y en contra sobre este tópico, pero sobre todo, señalo la necesidad de determinar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, apoyándome en las normas de Derecho Civil, las de Derecho Familiar, así como en la teoría que sostiene el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, en la comparación entre el acto jurídico de Derecho Civil y el acto de Derecho Familiar. Asimismo, destaco los criterios jurisprudenciales nacionales y extranjeros, vertidos al respecto, analizando además, las bases que deben tomarse en cuenta para determinar la naturaleza jurídica de esta institución, los supuestos bajo los cuales procedería la maternidad substituta en el Derecho Familiar, concluyendo con la creación de un Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal, donde se regule la maternidad substituta, atendiendo a los principios de aquél, el interés superior del menor y de la familia.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

Como sabemos cada rama del derecho, tiene conceptos o definiciones que la distinguen de otras para su pronta ubicación y comprensión. Por ello, que en el presente capítulo, enunciaré aquellos que tendrán estrecha relación con el trabajo, para así, facilitar su lectura y exposición.

#### **A. Métodos de reproducción humana asistida.**

Dentro de los métodos de reproducción humana asistida, se encuentra la inseminación y la fecundación artificial y, a su vez, éstas pueden ser por medio de la inseminación homóloga, heteróloga o a través de un arrendamiento de útero, que puede hacerse por cualquiera de los métodos señalados o por maternidad subrogada.

“Los autores plantean si se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial. Ambos términos son usados; también aparecen en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Se habla de la fecundación artificial, aún cuando no se descarta que también puede usarse como terminología adecuada la inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en cambio, en el segundo concepto, se está expresando la introducción de espermatozoides en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. ¿El Derecho a la Vida y a la Muerte? Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000. p. 19.

Casi la totalidad de los autores, consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta gestación en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos, se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

Por lo tanto, se emplearán los dos términos respondiendo cada uno a una situación determinada. Inseminación será el término para indicar la introducción del espermatozoide en la mujer sin asegurar la fecundación; fecundación, la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo. Sin embargo, cuando se refiera a las dos situaciones emplearé el término concepción, pues es lo que se pretende.

“En las legislaciones actualmente se califica como de producción humana asistida (española), o bien fertilización asistida (mexicana).”<sup>2</sup>

Podemos señalar que la fecundación “desde el punto de vista de la fisiología, es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (espermatozoide).”<sup>3</sup>

La concepción supone en forma asociada el coito y la inseminación; se consideraron inseparables. Hoy se han separado y puede producirse la segunda

---

<sup>2</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XII. 10ª ed., Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina. 1998. p. 73.

<sup>3</sup> Idem.

sin unión sexual. La inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer, esté o no casada, hubiere o no convivido con un hombre. En el aspecto médico se comprende: la recogida del semen, la inseminación y la concepción.

## **B. Maternidad.**

Respecto a la maternidad, esta la podemos definir de manera general como la cualidad de ser madre o de dar a luz a un hijo. También puede hacerse atendiendo a su significado etimológico, gramatical y médico.

### **1. Etimológico.**

Desde este punto de vista, la palabra “madre” proviene del latín “*mater/matris*, la cual a su vez, deriva del griego *máter/matrós*, cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de *mater* fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes.”<sup>4</sup>

Dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

Posteriormente, en Roma “se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferirle el mismo *status* dentro del

---

<sup>4</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2005. p. 276.

núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos del civil un tutor”.<sup>5</sup>

La religión de la mujer no provenía de su nacimiento, sino de su matrimonio. Aprendía de su marido la oración que recitaba, no representaba a los antepasados al no descender de ellos, y ni siquiera se convertía en antepasado de su familia, ya que depositada en la tumba no recibía un culto especial. Por ello, tanto en la vida como en la muerte, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La ley de Manú ya lo decía.

En términos generales, en el Derecho Romano, la mujer durante su infancia dependía de su padre, en su juventud de su marido y a la muerte de éste de sus hijos, si no los tenía, de sus parientes próximos al marido, pues una mujer nunca debía gobernarse por sí misma o a su antojo.

## **2. Gramatical.**

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa, “estado o cualidad de madre, mientras el vocablo madre

---

<sup>5</sup> DE COULANGES, Fustel. La Ciudad Antigua. 10ª ed., Ed. Porrúa, “sepan cuantos”, México, D.F., 2000. p. 61.

tiene las siguientes acepciones: Hembra que ha parido, hembra respecto de su hijo o hijos, mujer casada o viuda, cabeza de su casa.”<sup>6</sup>

De acuerdo a esta definición, no podría ser posible la maternidad substituta, porque madre no es la que ha parido.

### **3. Médico.**

Médicamente, la maternidad, es el resultado de la preñez que durante nueve meses de gestación, antecedieron al parto. Es el momento del alumbramiento.

“La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista médico 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”.<sup>7</sup>

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.

---

<sup>6</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua. 6ª ed., Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 2002. p. 566.

<sup>7</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. Op. cit. p. 277.

“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”.<sup>8</sup>

### **C. Substituta.**

Como sabemos, la filiación es el vínculo que se establece entre el padre y el hijo y entre éste y la madre. De ahí, surge la filiación consanguínea o adoptiva. Jurídicamente esta relación implica más deberes y obligaciones por cumplir de parte de los progenitores que derechos otorgados. La filiación que no se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio, donde se determine si es o no, hijo o hija del señor, de la señora o de la pareja.

Las figuras señaladas, sí se regulan en el Código Civil para el Distrito Federal, porque hay formas de legalizarlas, no así con la paternidad y maternidad substitutas.

En el pasado, en específico en el Derecho Romano, se decía, según Güitrón Fuentevilla, que: “La madre siempre era cierta” (*mater semper certa est*), por el sólo hecho del nacimiento; se creía que por esta circunstancia, la madre no

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 278.

tenía alternativa de negar al hijo; en aquella época, si bien podía darse la sustitución de infante o la simulación de un embarazo, al no descubrirse el aforismo latino se aplicaba. Respecto al hombre, desde entonces, se disponía que el padre del hijo era el esposo de la señora *pater ist est quod nuptia demostrant*. Así, por la confianza del hombre en la mujer, se derivaba la paternidad de éste.”<sup>9</sup>

En México existe un refrán: “los hijos de mis hijas mis nietos, los hijos de mi hijo, quién sabe de dónde vendrán”. La filiación se basaba en un hecho de confianza y, posteriormente, en diferentes hipótesis legales, en las que el común denominador era aleatorio; es decir, no se podía determinar con la certeza de la actualidad, la verdadera filiación del hijo o la hija.

En términos generales, substituta, significa, reemplazada, cambiada o suplente, de ahí que en la maternidad substituta, se busque reemplazar a la madre que parió por otra que no lo hizo.

## **1. Etimológico.**

Ante esta situación, la palabra substituta, significa “Reemplazo, cambio, que aparenta ser o sustituye a otra.”<sup>10</sup>

Como podemos ver, la palabra substituta es sinónimo de cambio.

---

<sup>9</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del Año 2000. Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 235.

<sup>10</sup> Real Academia Española. Op. cit. p. 302.

La maternidad tiene, en Derecho, varios efectos: en relación a la filiación; al ejercicio de la patria potestad; a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad, etc.

Por lo que se refiere a la filiación, el artículo 360 del Código Civil para Distrito Federal, antes de las reformas del 2000, especificaba que ésta resulta con respecto de la madre del sólo hecho del nacimiento. Esto puede ser investigado por el hijo habido fuera del matrimonio o por sus descendientes y probarse por cualquier medio ordinario, excepto cuando se trate de imputar la maternidad a una mujer casada, salvo que la investigación se deduzca de una sentencia, ya sea civil o penal (artículos 385 y 386 del Código Civil para el Distrito Federal).

## **2. Gramatical.**

Como lo señalé, substituta, desde esta perspectiva, significa, reemplazada o suplantada, en los cuidados o afectos de otra persona. En lo que al tema de tesis se refiere, se pretende suplantar a la madre biológica, por otra que no parió al producto de la inseminación o reproducción humana asistida, para que haga las veces de madre en la vida diaria del producto.

### **D. Maternidad substituta.**

De acuerdo a lo expuesto, la maternidad substituta, es la suplantación que se hace de la madre virtual, por la que sí alumbró o da a luz al hijo, es decir, la que

lo pare, por cualquiera de los métodos de reproducción humana asistida, ya sea por fecundación *in vitro*, inseminación artificial, homóloga o heteróloga o por maternidad substituta.

En términos generales, substituta o substituir, significa, poner a una persona o cosa en lugar de otra, es decir, es delegar o dar a otra persona la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio para que haga sus veces o realice lo que a la otra corresponda, confiriéndole facultades y acciones que la otra no puede realizar, en otras palabras, es válgase la expresión, poner al ave sobre los huevos para sacar pollos.

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción humana asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer el embrión para su desarrollo debiendo ella llevarlo en su seno durante todo el embarazo hasta el parto.

Por eso, a mi parecer, la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción humana asistida, es la de madre gestante, porque gestar significa, “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2001. p. 10.

## **1. Etimológico.**

Sin ser reiterativa, desde el punto de vista gramatical; maternidad substituta proviene del latín “*mater-matris* y de *sostituire*, que significa suplantar o sustituir”,<sup>12</sup> es decir, la madre suplantada o sustituida, lleva a cabo las labores de parto y/o de gestación, por aquella que no puede concebir, en virtud de múltiples factores.

## **2. Gramatical.**

Desde esta perspectiva, la maternidad substituta, significa hacer las veces de madre; una mujer, por otra, desde el momento de la gestación, hasta el momento del alumbramiento, para posteriormente, sustituirse por otra. De alguna forma, ambas mujeres son sustituidas o suplantadas en tiempos distintos; la primera para la concepción o gestación y la otra para los cuidados posteriores. Es aquí, precisamente, donde debe haber un acuerdo de voluntades idóneo, para no dar marcha atrás sobre el acuerdo del alumbramiento y gestación, así como los cuidados, custodia y ejercicio de la paternidad y/o maternidad del menor.

## **3. Médico.**

La ciencia médica, define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”.<sup>13</sup> A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

---

<sup>12</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>13</sup> Diccionario de Medicina. 7ª ed., Ed. Tecnos, Barcelona, España, 2002. p. 495.

La maternidad substituta, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.<sup>14</sup>

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

1. “La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre substituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
2. La madre portadora aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.
3. El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero”.<sup>15</sup>

En el supuesto planteado en el segundo caso, no se trataría estrictamente de un alquiler de vientre, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético.

Para arribar a este resultado se emplea la técnica de la fecundación *in vitro* de manera tal que, una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión

---

<sup>14</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 2003. p. 180.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 181.

resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz, cede su custodia al esposo de la pareja contratante, cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el espermatozoides y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño.

Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan harto dificultosas y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, como así también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

En principio, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado, tendremos la “maternidad genética”, a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática, y, por el otro, “la maternidad gestacional” de quien cede su vientre. Empero, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada: la “madre de deseo”. Ahora bien, ¿quién será considerada madre por la ley?; ¿qué repercusiones psíquicas aparecerá en el niño la circunstancia de ser separado de quien lo gestó? Estas y otras interrogantes nos convencen de la necesidad de desentrañar todos aquellos aspectos que involucran a los sujetos comprometidos, en especial, la persona por nacer.

#### 4. Jurídico.

Como sabemos, la legislación civil para el Distrito Federal no regula este tipo de concepción o maternidad substituta. Sin embargo, el 2 de febrero de 2010 se publicó en el periódico El Metro, que los diputados locales del Distrito Federal, estudian una iniciativa de ley para regular el préstamo de úteros en la Ciudad, que podría ser aprobada este mismo año.

La C. Diputada Leticia Quezada Contreras, respecto a la iniciativa presentada señaló que ésta, “trata de brindar certeza jurídica al derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los derechos reproductivos, entendiendo esto como parte de los derechos humanos.

En esta iniciativa se norma la reproducción humana asistida desde uno de sus aspectos y de ahí la necesidad de plasmar conceptos de lo que debemos de entender por maternidad asistida y que se manifiesta en el ámbito de interés de la bioética a través de sus conceptos y es que son observados para la creación de esta norma, destacando los siguientes:

Principio de autonomía, de dignidad, de universalidad y de información; dichos principios son respetados y vinculados a través de la iniciativa en todo el texto de la misma al plantearle el respeto al gameto, mórula, embrión o feto humano y a las personas que se vinculan al instrumento de la maternidad subrogada.”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal IV Legislatura. Estenografía Parlamentaria Versión Estenográfica de la Sesión Ordinaria Celebrada el día 18 de noviembre de 2008. p. 17.

En particular la iniciativa planteada en una estructura de cuatro títulos y seis capítulos y diversos transitorios. El primer título se refiere al objeto de la ley y su ámbito de aplicación, las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y en caso de controversia o de aplicación supletoria. Se establece que serán los tribunales y las normas que rigen el derecho civil en el Distrito Federal las que serán aplicables en este caso de duda.

Así el Artículo 1 establece que se deben entender por maternidad subrogada a la práctica médica mediante la cual una mujer cese el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio que vivan en concubinato en virtud de que la mujer que forma parte de la pareja unida padece de imposibilidad física o contradicción médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer que será definida como mujer gestante para la ley que se llevará en su útero el embrión de los padres subrogados y cuya relación concluye con el nacimiento.

En el mismo artículo se establece que esta Ley se encuentra regida por los principios de dignidad humana e interés superior del menor, mismos que son referidos a lo largo de la ley por tratarse de principios rectores.

El Artículo 2, establece que esta ley no tiene fines de lucro para las partes, es decir esta ley no trata en sí misma de una renta de útero, sino de la posibilidad de colaborar con el fin altruista y de buena fe para que puedan tener descendencia dos personas unidas en matrimonio y que viven en concubinato o que así lo deseen.

El Artículo 3, establece las definiciones de la ley, destacando que la práctica médica que rige esta ley es una técnica de reproducción asistida denominada fecundación in vitro con transferencia de embriones, cuyas siglas son FIVET, y cuya variante es homóloga por existir identidad entre las aportantes de la carga genética y los padres biológicos del embrión humano.

El Título Segundo denominado de la maternidad subrogada, establece en general las disposiciones que deberán atender los médicos tratantes en particular refiriendo principios como el secreto de profesión, así como el asesoramiento médico a todas las partes que intervienen en la práctica médica explicándoles los riesgos y alcances.

La propia ley en sus artículos 10 y 11, establecen los requisitos que deberán cubrir respecto a la salud de las partes de la maternidad subrogada y en específico los requisitos médicos que deberán cubrir la mujer gestante quien deberá ser una mujer que goce de buena salud y cuya condición sea benéfica para el sano desarrollo del feto.

En este sentido se deberán realizar una visita domiciliaria por un trabajador o trabajadora social quien declarará si dicha mujer tiene condiciones adecuadas de desarrollo y vida.

En los Artículos 12 y 13, se visibilizan que si bien la mujer gestante no es una madre biológica, sí es en estricto sentido una mujer embarazada sujeta a las

disposiciones de que la ley establece, tales como no discriminación y acceso a servicios de salud.

En el Título Tercero denominado de instrumento de la maternidad subrogada, se establece la forma y límites que tiene la maternidad subrogada.

En el Artículo 14, se establecen requisitos jurídicos tales como: la residencia en el Distrito Federal, lo que ataja la posibilidad de que exista alguna especie de turismo con fines de procreación.

También se establece que se deberá, tener los certificados médicos expedidos por el especialista en reproducción humana que certifique, la imposibilidad para llevar a cabo la gestación por parte de la madre subrogada, así como la certificación de que la mujer que llevará a cabo la gestación cuente con plena salud física, planteando incluso, la posibilidad de hacer exámenes complementarios, tales como el llamado antidoping, con el objeto de evitar que tenga alguna toxicomanía.

Adicionalmente en el Artículo 15, se blinda aún más la posibilidad de que pudieran existir alguna especie de lucro por parte de la mujer gestante, al imponer como parte del procedimiento de firma, el instrumento jurídico que el Notario Público, deberá consultar un registro de maternidades subrogadas, para asegurarse de que la mujer que se compromete a gestar, no lo haya hecho en más de dos ocasiones, protegiendo por su parte la salud física y por otra garantizando, que no exista algún lucro de su parte.

En el Artículo 16, se establecen los límites que tienen los contrayentes para los clausulados, a los que pueden vincularse y que en sus cuatro hipótesis respondan a obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano, en materia de protección a los infantes y a las mujeres, es decir restricciones para garantizar la protección de los derechos humanos, entre los que destacan: el acceso a la salud pública a las mujeres, el derecho a interrumpir el embarazo hasta la décimo segunda semana, entre otras.

En el artículo 17, se establece la libertad de que los que firman el instrumento para la maternidad subrogada para que ese documento contenga las cláusulas que consideren necesarias, para asegurar la integridad del embrión y posteriormente del feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante. El artículo 24, establece que el instrumento de maternidad subrogada formaliza el acuerdo de voluntades para la maternidad subrogada y constituye una parte indispensable para que exista, es decir, ese artículo es sumamente importante, porque establece el eje del acuerdo de voluntades y la protección jurídica que trae consigo.

No obstante lo citado, “el Código Civil del Estado de Tabasco, mediante reforma publicada el 9 de abril del 2007, vigente el 30 de mayo de este mismo año, modifica los artículos 92, 324 y 360, los cuales, regulan el contrato de maternidad substituta, maternidad subrogada”.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Gaceta Estatal del Gobierno de Tabasco. 9 de abril del 2007. p. 3.

Los artículos citados, parece que fueron redactados al vapor porque el legislador, pretendió ser innovador al respecto, pero esto, lo analizaremos en el punto cuatro del capítulo segundo de esta tesis.

### **E. Derecho.**

De acuerdo a la connotación de la palabra Derecho, ésta deriva de varios latinismos, como: "*directus, dirigere, dirigit, regere*, que en su conjunto, significan guiar, regir, gobernar, recto, justo, legítimo".<sup>18</sup>

También es recto; es decir que no se tuerce ni inclina hacia ningún lado. Justo, legítimo, razonable, cierto, conocido como verdadero o facultad natural del hombre para ejecutar dentro de la ley, lo conducente a los fines de su vida; o hacer o exigir todo lo establecido a su favor por una ley o por la autoridad o que el propietario de una cosa nos permita en ella. Expresa rectitud, proceder honrado, el anhelo de justicia y la regulación equitativa en las relaciones humanas. "Es la facultad para actuar o exigir lo que la ley o la autoridad establecen a favor de una persona. Justicia y razón. Conjunto de principios, preceptos y reglas, sometidas a las relaciones humanas, respecto a la sociedad civil y cuya observancia puede ser obligada por los individuos, usando la fuerza. Como ciencia estudia los principios o preceptos rectores de la sociedad"<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. En Compendio de Términos de Derecho Civil C-D. Ed. Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 137.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 158.

Encontramos entre sus definiciones la de que el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo. En este concepto hay unificación de valores morales y sociales, dándole a lo jurídico, el verdadero sentido de lo que significa el hombre o la mujer para el jurista, que redacta las leyes, y para el juez, quien las interpreta y aplica. Asimismo, es el conjunto de principios, preceptos y reglas a las que por voluntad de la sociedad civil, se someten las relaciones humanas y que a su observancia se puede acceder por la fuerza; para vivir de acuerdo con la justicia y la paz. Se ha considerado como un orden de leyes que rigen la voluntad para cumplir el bien y mantener la armonía en las relaciones del ser humano con la sociedad, a través de la coacción. Trátese de derechos objetivos o subjetivos, siempre le darán su fuerza el elemento coactivo, es decir, la reserva de la fuerza material, para que de ser necesario, se apremie, compele u obligue a cumplir el acto o abstención correspondiente. De esta manera, no habrá derecho contra derecho.

El ejercicio del derecho, equivale a que los demás lo respeten o lo acaten. En el conjunto de los vínculos jurídicos, todos los hombres y todas las mujeres son sujetos activos y pasivos de derechos, ya que no ha existido, ni podrá ser, que haya una persona sólo con derechos y otra sólo con deberes. El derecho requiere para su desarrollo una determinación concreta, en cuanto un objeto y, además, expresarse a través de actos. Se consideran como sujetos de derecho a las personas físicas jurídicas, así como las abstractas o morales, llamadas por nosotros, personas jurídicas colectivas, que como común denominador tienen el ser capaz de adquirir y ejercer derechos, así como contraer y cumplir obligaciones.

Derecho también indica capacidad, poder, posibilidad reconocida a una persona, sentido de rectitud, propósito y conducta. Como sinónimos encontramos: acción, facultad, razón, poder, jurisdicción, justicia, título, norma, competencia, ordenamiento, opción, prescripción, principio y fundamento.

En términos generales, por derecho, entiendo todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y natural, también existe el derecho objetivo y derecho subjetivo; clasificándose en público, privado y familiar.

### **1. Objetivo.**

Por lo regular, el derecho objetivo, es aquél que impone deberes y concede facultades. En esta tesitura, para George Edward Gleeson, el derecho objetivo, “es el conjunto de preceptos imperativo-atributivos que imponen deberes y conceden derechos o facultades.”<sup>20</sup>

Lo anterior, se fundamenta en que las normas jurídicas son bilaterales, es decir, que conceden derechos e imponen deberes u obligaciones; en otras palabras, el derecho objetivo es el conjunto de leyes u ordenamientos que regulan la conducta de los individuos cuando establecen relaciones jurídicas entre sí o con el Estado.

---

<sup>20</sup> GLEESON VELARDE, George Edward. Introducción al Estudio del Derecho. 2ª ed., Ed. UNITEC, México, D.F., 2003. p. 51.

Cuando decimos, “estudiamos derechos”, “el derecho de Estados Unidos es consuetudinario”, “el Derecho Romano tuvo influencia en el derecho actual”, “mis derechos constitucionales se encuentran establecidos en la Carta Magna” y expresiones similares, nos estamos refiriendo al derecho objetivo.

## **2. Subjetivo.**

Por otra parte, el derecho subjetivo, “es el derecho visto no como disposición normativa sino como una facultad individual derivada de una norma establecida”.<sup>21</sup> Es decir, el derecho subjetivo se deriva del derecho objetivo, ya que siendo el derecho subjetivo las facultades que tiene una persona, estas facultades deben estar contenidas en la ley o en el derecho objetivo.

Esto es, el derecho objetivo, es la norma que prohíbe o permite y el derecho subjetivo es la facultad derivada de la norma del derecho objetivo.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el derecho subjetivo, es la facultad que tiene una persona para poder exigir a otra, una conducta determinada conforme a lo establecido en una norma de derecho.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor tiene la obligación, establecida en la ley, de entregar la cosa vendida (derecho objetivo) y el comprador tiene la facultad de poder exigir al vendedor la entrega de la cosa (derecho subjetivo).

---

<sup>21</sup> Ibidem. p. 52.

Con otras palabras y desde un punto de vista formalista, resulta claro que el derecho subjetivo, es siempre una consecuencia de lo establecido en la norma jurídica (llamada derecho en sentido objetivo).

“Pero, si en lugar de estudiar la relación lógico-formal entre la norma y el derecho subjetivo, relación que consiste, en que el segundo representa una consecuencia de la primera, nos fijamos en el orden cronológico, y además, en el criterio estimativo, en que tales ideas han solido aparecer en la conciencia humana, entonces tendremos que hacer una observación diferente”.<sup>22</sup>

Aunque lógicamente corresponde la prioridad, la primacía a la idea de derecho como norma, sin embargo, la conciencia ha pensado de ordinario, primero el derecho como facultad, esto es, en sentido subjetivo. “En muchas ocasiones, surge la idea del derecho en sentido de facultad, la idea del derecho subjetivo, como reacción espiritual emotivamente dolorosa frente a un ataque injusto. Y esto sobre todo, en el proceso político de la formación del derecho, desde el punto de vista de éste que se debe establecer. Y del hecho de que el hombre se sienta como debiendo ser sujeto titular de determinadas facultades, de determinadas libertades, de determinados poderes, se induce después la norma ideal en que eso se apoya”.<sup>23</sup> Así sucede que tal vez el hombre no ha pensado sobre ciertos aspectos jurídicos, por ejemplo, de su libertad, hasta el momento en que se ha pretendido arrebatarla; y, entonces, ha sentido nacer dentro de sí un movimiento de dolor y de protesta; que ha ido perfilándose como conciencia

---

<sup>22</sup> RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. 6ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1981. p. 140.

<sup>23</sup> Idem.

inmediata de la idea del derecho subjetivo necesario (natural); y, después, esta conciencia, depurada intelectualmente, le ha conducido a la afirmación de una norma consagrada y garantizadora de tales o cuales libertades.

Esto, sobre todo, como ya dije, respecto a la elaboración del derecho, respondiendo a una conciencia de lo que debe ser; pero también acontece algo análogo respecto del derecho positivo o constituido a aquellas personas que no son peritas en materia jurídica, las cuales, frente al ataque sufrido, reaccionan con la conciencia de injuriados y sospechan de la existencia de un derecho subjetivo a su favor, lo cual, se ve después confirmado al consultar la norma vigente.

Acertadamente, Luis Legaz y Lacambra “ha comprobado que el sentido originario de la palabra derecho no es el de norma. El *ius* fue originalmente una forma de vida, un costumbramiento, y usar o emplear un derecho, podía tener el sentido no sólo de utilizarlo sino de vivirlo acostumbradamente. El sentido originario de *ius* es el de poder o autorización, el *ius* como el que al usarse, no hace daño a otro, el *ius* que ha sido traducido por derecho”.<sup>24</sup> El que haya dos sentidos coexistentes de la palabra derecho, muestra que la realidad jurídica es más amplia que lo que expresa sólo en sentido normativo, y que en efecto hay un convencionalismo en la base de la ciencia jurídica que ha optado sólo por este sentido. No obstante, se sigue hablando del derecho en sentido subjetivo, o sea, en el sentido de *ius*; y, sin embargo, no se llega a un engarce suficientemente armónico de los dos sentidos como aspectos de una misma realidad jurídica. Al

---

<sup>24</sup> LEGAZ Y LECAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. 2ª ed., Ed. Bosh, Barcelona, España, 2000. p. 126.

derecho que existe nos lo encontramos no sólo como regulación normativa, sino como libertad, poder, facultad. El derecho como facultad es propiamente derecho natural.

A pesar de que la normatividad sea esencial al derecho, éste no consiste radical y primariamente en normatividades, sino que su realidad consiste en algo lógicamente previo a toda norma, a saber, en la existencia misma del ser humano como persona convivente con otras personas, que afirma en la convivencia su propio ser persona y la exigencia de poder serlo, y, por consiguiente, afirma una esfera de libertad: un poder ser y un poder hacer, que es lo fundamentalmente suyo, y en cuya necesaria coordinación, integración o subordinación, con, en y a otros suyos consiste la justicia. Las normas vienen a *posteriori*, para precisar, recortar y definir el ámbito de esa libertad, de ese suyo primario y radical, creando esferas positivas de libertad y derechos subjetivos en el ámbito social. La normatividad positiva consiste en la formulación de estas precisiones por el poder público. La normatividad iusnaturalista consiste en la formulación intelectual del deber ser de tales precisiones. Pero el derecho natural no consiste primariamente en esa formulación normativa. El derecho natural consiste, en cuanto a realidad, en derechos naturales de la persona humana. Ellos son el plano jurídico primario y radical.

### **3. Clasificación.**

Antes de entrar en la temática del derecho público y del derecho privado, es conveniente hacer algunas precisiones.

La distinción entre el derecho público y el derecho privado ha despertado mucha polémica entre los juristas. Existen quienes se oponen a tal distinción, hay otros que la aceptan pero sólo para fines prácticos y otros más, como Hans Kelsen, que afirman que “como todo derecho emana de la voluntad del Estado, todo derecho es público”.<sup>25</sup>

No es oportuno entrar en la polémica, sin embargo, podemos afirmar en forma categórica que tanto los juristas que aceptan la distinción como quienes la niegan y quienes hacen del derecho su profesión emplean los términos de derecho público y derecho privado; por tal razón, debemos estudiarlos.

Más problemático sería afirmar, que como lo establece el Dr. Julián Güitrón, además de las divisiones señaladas, existe otra rama del derecho que no pertenece ni al derecho público ni al privado, sino que más bien, es autónomo, me refiero pues, al Derecho Familiar.

#### **a. Público.**

Como sabemos, el derecho, regula las relaciones jurídicas entre personas, luego entonces, aparece el Estado en su calidad de soberano, tal relación pertenece al derecho público. Pero, ¿qué significa que el Estado aparezca en su papel de soberano? significa que el Estado actúa como entidad superior, dotado del poder legítimo para imponerse a los que se encuentran bajo su autoridad.

---

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000. p. 360.

Según esto, “el derecho público es la rama del derecho a la que se sujetan las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado en su papel de soberano”.<sup>26</sup>

De acuerdo a lo anterior, el Estado para intervenir en la vida jurídica lo hace a través de los poderes que lo integran, ya sea a través de los representantes del Poder Legislativo, de los del Poder Judicial o a través del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la actuación del Estado en su calidad de soberano, se puede dar de tres formas:

- “Actuación de un Estado soberano frente a otro igualmente soberano.
- Actuación de un órgano de un Estado soberano frente a otro órgano de ese mismo Estado soberano.
- Actuación de un Estado soberano, en su calidad de Estado, frente a un particular”.<sup>27</sup>

De estas tres formas de actuación del Estado en su calidad de soberano, se desprende lo siguiente:

Los actos de un Estado soberano frente a otro igualmente soberano son objeto de las normas derecho público externo (Derecho Internacional Público). En conclusión, el derecho público externo, “es la rama del derecho que se ocupa de las relaciones jurídicas en las que intervienen dos o más Estados soberanos”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1997. p. 63.

<sup>27</sup> GLEESON VELARDE, George Edward. Op. cit. p. 58.

<sup>28</sup> Idem.

Los actos de un órgano de un Estado soberano frente a otro órgano de ese mismo Estado soberano, así como los actos de un Estado soberano, en su calidad de Estado, frente a un particular, son objeto del derecho público interno. En conclusión, el derecho público interno, “es la rama del derecho que se ocupa de las relaciones jurídicas en las que interviene un Estado soberano, en su calidad de Estado, frente a sus propios órganos o frente a los particulares”.<sup>29</sup>

Por último, las subdivisiones fundamentales del derecho público interno, son:

- a) “Derecho constitucional. Le compete regular la composición orgánica del Estado, las funciones de dichos órganos y los derechos de los ciudadanos que han de ser garantizados por el propio Estado.
- b) Derecho administrativo. Corresponde a esta rama del derecho público interno, ocuparse de las relaciones jurídicas de los órganos del Poder Ejecutivo, el cual, tiene bajo su cargo, la función administrativa y regular su conducta, asimismo, se ocupa de normar la prestación de los servicios públicos.
- c) Derecho Penal. Se ocupa de salvaguardar el interés general de la sociedad y el orden jurídico, mediante la prohibición de conductas consideradas como delitos, decretando penas y sanciones en contra de quien los realice. La protección de la sociedad contra estas conductas corresponde al Estado.

---

<sup>29</sup> Ibidem. p. 60.

d) Derecho procesal. Regula los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales con el objeto de resolver las controversias. Cuando esta controversia implique grave atentado contra el interés social y constituya delito, será materia del Derecho Procesal Penal. Por otra parte, cuando la controversia sea de intereses privados, será materia del Derecho Procesal Civil”.<sup>30</sup>

#### **b. Privado.**

Nos encontramos frente a una relación jurídica de derecho privado cuando en la misma, no se encuentra presente el Estado en su calidad de soberano, sino que son las partes las que obran por su sólo interés particular. Según esto, “la relación es de derecho privado si los sujetos se encuentran colocados por la norma jurídica en un plano de igualdad”.<sup>31</sup>

Ahora bien, puede suceder, que a los actos jurídicos que realizan los particulares, sujetos del derecho privado, corresponda por determinadas circunstancias (por ser los particulares de diferentes países) aplicar legislaciones diversas, pudiendo lo anterior, dar lugar a conflictos entre estas legislaciones. De tales problemas, se ocupa el derecho privado externo (Derecho Internacional Privado).

---

<sup>30</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. p. 85.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 86.

Según lo anterior, el Derecho Internacional Privado o Derecho Privado Externo, “es el conjunto de reglas aplicables a los particulares en sus relaciones internacionales con otros particulares”.<sup>32</sup>

Que a los actos jurídicos de los particulares, que actúan en un plano de igualdad, corresponda aplicar la misma legislación. En cuyo caso, para resolver las controversias contaremos con el Derecho Privado Interno.

Según esto, podemos entender por Derecho privado interno, “el conjunto de disposiciones aplicables a los particulares en sus relaciones con otros particulares”.<sup>33</sup>

Es evidente que las relaciones que se establecen entre los particulares pueden ser múltiples y variadas, por lo cual, se crean las diversas ramas del Derecho Privado Interno.

Dentro de las ramas más importantes del Derecho Privado Interno, tenemos:

Derecho Civil: Se ocupa de las relaciones jurídicas derivadas de los principales hechos y actos de la vida de la persona, así como de la situación jurídica de la persona en relación con sus semejantes. Quedan comprendidos en

---

<sup>32</sup> GLEESON VELARDE, Georges Edward. Op. cit. p. 61.

<sup>33</sup> Idem.

esta rama; la persona, la familia, los bienes, las sucesiones, las obligaciones y los contratos.

Derecho Mercantil: Es el conjunto de normas que se ocupa de las relaciones jurídicas de los particulares en lo referente al ejercicio del comercio y actividades a él asimiladas.

Corresponderá analizar ahora, al Derecho Familiar.

### **c. Familiar.**

Como lo señalé en su momento, existe otra rama del derecho que no pertenece al derecho público ni al privado, sino que es autónomo, por lógica, me refiero al Derecho Familiar.

Con relación al concepto de Derecho Familiar podemos citar algunos autores que refieren tal concepto.

Para Julián Güitrón Fuentevilla, el Derecho Familiar, “es el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.”<sup>34</sup> Esta definición sirve para determinar el concepto de familia, la regulación de los esponsales, del matrimonio, de las formalidades para contraerlo, sus requisitos, los impedimentos en ese sentido; los deberes y derechos de los

---

<sup>34</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. En Compendio Términos de Derecho Civil C-D. Op. cit. p. 169.

cónyuges, así como los regímenes matrimoniales que incluyen la sociedad conyugal, la separación de bienes y el mixto; también para regular el nombre de la mujer casada y un capítulo especial, denominado teoría de las nulidades del matrimonio.

El conjunto de normas jurídicas, sustento del Derecho Familiar, incluye los aspectos del divorcio, alimentos, estado familiar, nombre de la mujer soltera, viuda o divorciada, concubinato, las diferentes clases de parentesco, la filiación, los hijos, la adopción, la patria potestad, la tutela, la emancipación y la mayoría de edad.

Para Sara Montero el Derecho Familiar “es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, organización disolución de las relaciones familiares”.<sup>35</sup>

Bonniecse lo define en los siguientes términos: “El Derecho de Familia es parte del Derecho Civil que rige la organización de la familia y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros comprende tres materias: 1. El derecho matrimonial; 2. El derecho del parentesco; 3. El derecho de parentesco por afinidad”.<sup>36</sup>

Podemos definir al Derecho Familiar como el conjunto de normas jurídicas de derecho, orden público e interés social que autónomamente regulan a la familia

---

<sup>35</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1995. p. 24.

<sup>36</sup> BONNECASE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. 2ª ed., Ed. Harla, México, D.F., 2000. p. 38.

y las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros, y otras personas relacionadas.

## **F. Naturaleza jurídica.**

La naturaleza jurídica del Derecho Familiar conlleva a una rama netamente autónoma. Sin embargo, varios son los tratadistas que han esbozado su análisis jurídico respecto a la autonomía del Derecho Familiar, no obstante, como máximo exponente de esta teoría, está Julián Güitrón Fuentevilla, quien en lo sucesivo citaré para ver su fundamento jurídico real, formal e histórico sobre los cuales se fundamenta para sostener tal hipótesis.

Por lo que a nuestra parte se refiere, sostener la autonomía de tal rama del derecho significa y conlleva que se tenga la preparación y conocimientos adecuados para tal efecto. No estamos colocados desafortunadamente en tal hipótesis.

### **1. Doctrinal.**

Güitrón Fuentevilla precisa en su libro Derecho Familiar que este, “debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia, como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno, tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella, sino por la intervención cada día más penetrante del núcleo familiar por el Estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. Es la intervención estatal la que debemos evitar

en el seno familiar; entiéndase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal a la familia, pero no de su intervención; estamos conscientes que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un Código Familiar Federal, con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos agrupados alrededor del juez para asuntos familiares con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada”.<sup>37</sup>

Estamos de acuerdo en que el Estado propicie la protección familiar; considerando al Derecho Familiar como rama independiente del derecho público y privado, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus consecuencia jurídicas, como el matrimonio, al divorcio, la patria potestad, la tutela, etc.

“Las instituciones comprendidas en el Derecho Familiar son tan ambiguas y complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones, sin salirse del Derecho Familiar, es decir, para nosotros lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de que la sociedad y el Estado no se vean debilitados en su estructura, pues en última instancia, y según nos lo demuestra la Historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado cuando se debilitan los núcleos familiares. Fundamos nuestra tesis considerando al Derecho Familiar como autónomo del privado, primero, y del civil después, pues el interés a proteger es

---

<sup>37</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª ed., Ed. UNACH, México. D.F., 1988. p. 229.

tan fundamental a la misma organización social que necesita darle su propia legislación, lo cual consecuentemente evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión”.<sup>38</sup>

Con relación a la cita, es conveniente resaltar a manera de pregunta, ¿qué importancia tienen la familia, así como las instituciones que derivan de ella para pensar en sus propias leyes y tribunales? La respuesta inmediata sería afirmativa pues sí, es necesario un Código Familiar y otro procedimental de la misma naturaleza para proteger de manera efectiva a la familia que es la generadora por siempre de las organizaciones sociales de todas las épocas.

Las concepciones sostenidas entre otros por Cicú, respecto al Derecho Familiar y su autonomía, están superadas, pues ya la discusión no debe basarse en saber si el Derecho Familiar es de orden público o privado, lo más importante es escuchar por su protección, lo cual sólo puede hacerse a través de una legislación autónoma y adecuada, con tribunales avocados especialmente a evitar disgregaciones familiares hasta donde sea posible, implantar cátedras sobre Derecho Familiar, con objeto de despertar las aletargadas conciencias de futuros abogados, con el propósito de difundirlas, y proteger a la familia en el desarrollo de sus labores profesionales y sociales.

Julián Güitrón precisa “que para lograr la autonomía del Derecho Familiar, se debe propiciar la investigación y el estudio de todo lo referente a la familia,

---

<sup>38</sup> Ibidem. 230.

hacer obras, escribir tratados y monografías, siempre con objeto de proteger a la familia, cuidar sus intereses y tratar, a toda costa, de impedir la intervención estatal dentro del seno familiar, de ahí que nuestra preocupación se complemente al abogar por la no intervención estatal en la familia; promulgando leyes adecuadas y funcionales, con tribunales y sanciones efectivamente aplicadas al violarse los sagrados derechos familiares, de esta manera garantizamos la estabilidad de la familia y repelemos al mismo tiempo, la cada día mayor injerencia del Estado en las relaciones familiares”.<sup>39</sup>

Finaliza Julián Güitrón diciendo que: “La autonomía del Derecho Familiar no debe crear fantasmas alrededor de los conservadores en el Derecho Civil. No deben asustarse los civilistas porque haya la inquietud en los maestros jóvenes, por separar del Derecho Civil el Derecho Familiar, pues queremos recordarles que desde sus orígenes, el Derecho Civil ha ido creando casi todas las diversas ramas del derecho moderno; así el derecho mercantil, el fiscal, el laboral, etc., los cuales tuvieron sus bases en el Derecho Civil, entonces, ¿por qué ahora, algunos se inquietan al conocer la intención de separarlo del Derecho Civil? Ojalá y todo sea en función de beneficiar a la familia y los civilistas lográramos ponernos de acuerdo sobre este difícil tema y juntos nos lanzáramos a la elaboración del Derecho Familiar, como disciplina autónoma. Inspirados en el interés de fortalecer a la familia”.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 231.

Para nosotros, la autonomía del Derecho Familiar puede resumirse, independientemente del criterio público o privado que se quiera dar a esta disciplina, deberá ordenarse también un Código Familiar Federal, al igual que cátedras en la Universidad, así como la creación de Tribunales Familiares e investigaciones sociales para darle un criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada.

## **2. Jurisdiccional.**

La autonomía jurisdiccional, “se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. Actualmente, más que una realidad es una meta por alcanzar, pues en pocos lugares existen verdaderos tribunales de familia. Si existe el Derecho Sustantivo de la familia, deben promulgarse sus normas procesales reguladoras, en cuanto a sus trámites judiciales. El establecimiento de organismos autónomos para resolver conflictos familiares, sería una medida acertada en la resolución de la crisis actualmente sufrida por la familia, pues es evidente que una orientación adecuada y una atención especial podría resolver conflictos familiares en su etapa inicial, y la mejor manera de lograrlo es a través de Tribunales Familiares. Al respecto, Guatemala promulgó un decreto del 7 de abril de 1964 y otro el 4 de julio del mismo año, con los cuales establecían tribunales de familia con jurisdicción privativa para saber de conflictos, independientemente de su valor, estando relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección al parto, divorcio y separación de los cónyuges,

nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho, y patrimonio familiar, regulando asimismo, los procedimientos para resolver estos conflictos”.<sup>41</sup>

En los países exsocialistas, actualmente encontramos tribunales especiales dedicados a los conflictos de orden familiar, así en la ex URSS, Checoslovaquia y en algunos otros.

En México, la autonomía jurisdiccional del Derecho Familiar, se encuentra establecida, gracias a la iniciativa del Licenciado Luis Echeverría Álvarez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, fue publicada el 24 de marzo de 1971 en el Diario Oficial de la Federación, creando los jueces de lo familiar, al margen de los civiles y penales.

Podemos decir, a favor de la autonomía jurisdiccional familiar, que en México existen juzgados familiares, los cuales, están dedicados exclusivamente a resolver conflictos motivados en la familia y en los intereses económicos de los menores, así como los incapaces sometidos a tutela, etc.

### **G. Orden público.**

El orden público, lo podemos definir, como “el conjunto de disposiciones que el Estado emite, a través de normas jurídicas o leyes imperativas para resguardar el orden y la convivencia en la sociedad”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Ibidem. p. 184.

<sup>42</sup> DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1997. p. 236.

Se otorga la calificativa de normas de orden público, “a las leyes que algunos autores llaman imperativas, puesto que son rigurosamente obligatorias, y en ellas se elimina el valor del principio de la autonomía de la voluntad”.<sup>43</sup> Por regla general, la misma expresión, orden público, comprende en general, la moral y las buenas costumbres. Se caracteriza el orden público por un conjunto de normas jurídicas, que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado. Su expresión está recogida en nuestra legislación civil, al preceptuar que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

De lo expuesto, se infiere que la maternidad substituta, no se prohíbe en la ley, por el contrario, de acuerdo a la iniciativa presentada en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal., como arrendamiento de úteros, probablemente sea una realidad.

Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros; que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario; que los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en su Código Civil y en las leyes relativas.

---

<sup>43</sup> Ibidem. p. 237.

De no aceptarse la iniciativa de ley de fecha 2 de febrero de 2010, se estarían violando derechos de terceros, aquí, lo importante, sería que no se cobrara por dicha prestación o servicio, sino que se destacara su altruismo.

#### **H. Obligación.**

“La *Instituta de Justiniano*, en el libro III, Título XIII, la definía: La obligación es un vínculo jurídico, formado según nuestro Derecho Civil, que nos obliga a pagar alguna cosa”.<sup>44</sup>

Para mi, la obligación, es el vínculo jurídico que por ley o por convenio o contrato, se establece entre dos o más personas para la entrega de una cosa, la prestación de un hecho o su abstención.

Como podemos ver, en caso de aceptarse la propuesta de ley, emitida el 2 de febrero del 2010, se generarían obligaciones para el producto de la concepción, para la madre que lo parió, así como para la substituta, ya que ambas, pueden ser substitutas de sí mismas, de acuerdo al caso planteado.

#### **I. Deber jurídico.**

Debemos entender como tal, “la necesidad jurídica impuesta por una ley, pacto o decisión unilateral irrevocable para servir o beneficiar a personas ajenas, cumpliendo los fines exigidos por el orden social humano.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones*. 7ª ed., Ed., Harla, México, D.F., 1998. p. 126.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 227.

De acuerdo a la definición citada, es procedente la figura jurídica de la maternidad substituta, sólo, habría que buscarle la institución jurídica adecuada para hacerla realidad, destacando su naturaleza altruista-gratuita.

El fundamento de este concepto está en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad que surgen en la sociabilidad. También se apoya en la ley positiva, en la natural o en ambas a la vez. Puede haber deberes jurídicos absolutos, relativos, religiosos, sociales, personales, positivos, negativos, perpetuos, temporales, transitorios, exigibles o no, coercibles, incoercibles, excusables, inexcusables, estables, privados, familiares, legales, convencionales, personales y otras especies basadas en otros enfoques de las ramas jurídicas. Como sinónimos de deber, tenemos: obligación, compromiso, necesidad, imposición, juramente, incumbencia, coacción, carga, deuda y cometido.

De acuerdo a lo expuesto, el ordenamiento legal, no debe reducir su intención al rechazo de esta práctica, sino más bien, debe contemplar la situación dada ante el hecho consumado, porque en efecto, el nacido, tendrá que ser emplazado en un status jurídico-familiar y sobre éste, el legislador deberá dirigir toda su sapiencia jurídica con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad e interés superior del menor; pero evitando caer en la falacia jurídica de convalidar el acto, si la madre gestante se arrepiente y no entrega al niño. Por ello, se debe ser cauteloso y preciso jurídicamente hablando, porque ya es una realidad.

## **CAPÍTULO SEGUNDO MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU REGULACIÓN**

En este capítulo, trataré de precisar, lo relacionado a los métodos de reproducción humana asistida y su regulación, tanto en el extranjero como en nuestro país desde la fecundación *in vitro*, la inseminación artificial, la homóloga, heteróloga y la maternidad substituta.

### **A. Principales métodos de reproducción humana asistida.**

La tecnología en materia de procreación de seres humanos en nuestros días, ha tenido una evolución a niveles insospechados que nuestros ancestros, jamás se hubieran imaginado. Me refiero a los métodos de reproducción humana asistida que abren nuevas esperanzas en parejas que no pueden procrear naturalmente, ya sea por un problema físico o fisiológico como puede ser la esterilidad; pero el empleo de estas nuevas técnicas es algo de lo cual nuestra legislación aún en este siglo es imprecisa, por eso estimamos necesaria la regulación adecuada de esta figura médico-jurídica donde consten los derechos y obligaciones de la madre substituta incluyendo al padre, pero, destacando el carácter altruista de tal figura jurídica.

Las causas que han guiado el desarrollo de las técnicas de fecundación asistida, desde épocas remotas, es el deseo de hacer fértiles a quienes no lo son.

A través de la historia se ha propuesto muchos remedios contra la infertilidad consistentes en ungüentos, pócimas y alimentos, entre otros, originados por supersticiones o creencias.

Con relación a la maternidad substituta e inseminación artificial, desde la antigüedad, a veces se admitía la colaboración de un tercero en la procreación. “Coschaker estudia casos de auxilio en la fecundación y se remonta a antecedentes muy distantes con el Levirato, precepto de la Ley de Moisés según el cual, al morir sin sucesión un hombre, su hermano tenía la obligación de tomar a la viuda por esposa y darle un hijo en nombre de aquél.”<sup>46</sup>

La Biblia contiene en el Génesis dos pasajes en los cuales la procreación se realiza de manera similar:

“Saray, la mujer de Abraham, no le daba hijos y ella tenía una sierva egipcia, de nombre Agar y dijo a Abraham: mira, Yavé me ha hecho estéril, entra pues, a mi esclava a ver si por ella puedo tener hijos”.<sup>47</sup>

Más adelante, en el capítulo 30, dice:

“Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana y dijo a Jacob: Ahí tienes a mi sierva Bilá; entra a ella y dará a luz sobre mis rodillas, yo también tendré hijos por ella.”<sup>48</sup>

“Se cuenta, que, alrededor de 1320, un jeque árabe inseminó secretamente a las yeguas de raza pura de su enemigo con el esperma de un caballo enfermo y de mala raza. Don Ponchom hizo experimentos exitosos con peces alrededor de

---

<sup>46</sup> GUTMACHER, Alán. Inseminación Artificial Humana. 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002. p. 127.

<sup>47</sup> La Sagrada Biblia. 2ª ed., Ed. Cristiana Versículo 67, México, D.F., 1997. p. 180.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 185.

1420, posteriormente se experimento en los huevos del gusano de seda (Malpighi y Bibiena), de la araña (Cleck), de la trucha y del salmón.”<sup>49</sup>

El primer intento exitoso registrado en mamíferos se debió al abate italiano Lázaro Spallanzani, “quien, en el último tercio del siglo XVIII, depósito semen de un perro en el tracto genital de una perra de la misma raza, después de haberla encerrado y aislado por cierto tiempo en un cuarto. Al cabo de 72 días, nacieron 3 cachorros que se asemejaban notablemente a sus padres”.<sup>50</sup>

La primera inseminación artificial en humanos ha sido referida a distintos investigadores. Según Georges Valensin, “el primer intento registrado, aunque no exitoso, fue practicado por un médico francés de nombre Armand Verneuil, quien utilizó mezclas de semen y las introdujo en el vientre de la esposa de Enrique de Castilla. Verneuil fue perseguido por la inquisición y obligado a huir. En 1550, Bartholomeus Eustachius aconsejaba guiar el semen con la mano hacía el cerviz, después del coito.”<sup>51</sup>

De acuerdo con algunos investigadores, fue el primer en obtener éxito en humanos. Sin embargo, los primeros casos exitosos reportados se deben al cirujano inglés John Hunter y al decano de la facultad de medicina de París, el doctor Thourt, “quienes a finales del siglo XVIII, lograron embarazos y partos normales por este medio. Hunter impregnó exitosamente a la esposa de un

---

<sup>49</sup> GUTMACHER, Alán. Op. cit. p. 129.

<sup>50</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. Op. cit. p. 189.

<sup>51</sup> Idem.

comerciante de lino pero lo guardó en secreto hasta que a su muerte, su sobrino Sir Edwiaerd Home, lo dio a conocer señalando que el embarazo y el parto fueron normales. Valensin menciona un folleto, en el que se describe con mucho detalle cómo, mediante una inyección intravaginal de semen, el Dr. Thouret logró el embarazo de su esposa con el subsecuente nacimiento de un niño”.<sup>52</sup>

Durante el siglo XIX sólo se encuentran casos aislados aplicados a la ginecología en 1838. Girault utilizaba un tubo de plástico para soplar espermatozoides en la vagina de la mujer y obtuvo logros en 30 años de intentos. “En 1886, el doctor estadounidense Mariom Sims reportó haber practicado 55 inseminaciones en 6 mujeres y fue el primero en haber intentado la técnica intrauterina, pero más tarde desistió por encontrar el método inmoral”.<sup>53</sup>

Posteriormente, a principios del siglo XX, la inseminación artificial, sólo se practicaba con el semen del marido. Las publicaciones no contienen indicaciones de que el semen de un tercero haya sido utilizado, sin embargo, sí existía un interés en ello.

“En Italia algunas pacientes pidieron a los doctores Sémola y Mantegazza que utilizaran el semen de un donante tras los intentos fallidos con el de sus maridos, pero éstos rechazaron las proposiciones por considerarlas tanto pecado como cohabitar con un extraño. En 1884, el profesor Pancoast fue el primero en utilizar semen proveniente de un tercero en una mujer anestesiada con cloroformo

---

<sup>52</sup> QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación Artificial Humana, su Valor en el Tratamiento de la Infertilidad. 8ª ed., Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1999. p. 29.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 30.

sin su consentimiento, pero con la aprobación de su marido quien quedó muy entusiasmado con el procedimiento y el resultado. A partir de entonces, varios médicos en Europa y Estados Unidos comenzaron a utilizar semen de donantes.”<sup>54</sup>

De lo expuesto, podemos decir que la inseminación artificial, al igual que todas las ciencias o cambios que se producen dentro de una sociedad, cuando los intentos son por primera vez, no son de fácil aceptación por la gente, e incluso, son repudiados o rechazados poniendo como pretextos cuestiones religiosas y de pecado. A través de los tiempos y viendo la utilidad y beneficio que representa las parejas que no pueden concebir de manera natural ven en la inseminación artificial la solución al problema de la fecundación, es por ello, que algunos proponen que la inseminación artificial heteróloga sea regulada en un contrato.

“No obstante, la inseminación artificial fue una curiosidad experimental hasta que Ivanoff, en 1899, en Rusia, tomó en consideración su valor práctico en veterinaria. Trabajó principalmente con caballos, obteniendo un porcentaje de concepciones 10 veces mayor que con uniones naturales. El método se convierte entonces en una técnica industrial que se desarrolló con gran rapidez después de la Segunda Guerra Mundial, cuando fue preciso reconstruir la ganadería diezmada. Desde entonces, el procedimiento se ha extendido y su repercusión en la medicina humana ha sido notable, sobre todo, en los países anglosajones. De acuerdo con unas estadísticas publicadas por Roeldher, en 1911 se reportaron 65

---

<sup>54</sup> Idem.

casos de los cuales 21 tuvieron éxito; en 1927, de 88 casos, 33 fueron exitosos; para 1941, los estadounidenses Saimor y Kemer hablaban de 8,580 casos.”<sup>55</sup>

Para reafirmar lo expuesto, podemos decir que fueron muchos los intentos y fracasos en lo que a inseminación artificial se refiere, pero si no hubiera sido por estos científicos hasta nuestros días, seguiríamos desconociendo todo lo relacionado a la inseminación artificial.

“En el primer Congreso Mundial de Esterilidad y Fertilidad, que tuvo lugar en Nueva York en 1953, una sesión entera fue dedicada a la discusión de la práctica de la inseminación artificial.”<sup>56</sup>

En ésta se suscitó alguna oposición sobre bases religiosas y morales, pero el consenso fue, que éste es un procedimiento médico y social de gran valor en el tratamiento de parejas infértiles, lo que contribuye a generar relaciones familiares y maritales más estables.

La inseminación artificial, como podemos apreciar, no es una técnica nueva. Sin embargo, en las últimas décadas se ha renovado y ha entrado en una etapa de cambios, resultado del progreso de la ciencia y la tecnología de reproducción. La inseminación artificial, se ha convertido en una práctica común y hasta rutinaria en el ámbito terapéutico ginecológico, dando lugar a la fecundación *in vitro*, la inseminación artificial homóloga y heteróloga, así como la maternidad substituta.

---

<sup>55</sup> FLORES TREJO, Fernando. *Bioderecho*. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 184.

<sup>56</sup> QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. *Op. cit.* p. 34.

## **1. Fecundación In vitro.**

Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones que no se encuentran adecuadamente reguladas en la actualidad, existiendo algunas lagunas en la ley de las cuales, encontramos e hicimos referencia en la presente investigación en el capítulo anterior.

La ciencia avanza, con esto se va generando la necesidad de regular y reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a estas necesidades que se van dando día con día, ya que si recordamos, el derecho es el encargado de regular las relaciones interpersonales que se van dando dentro de una sociedad determinada, y por lo tanto, debe de preocuparse de la inseminación artificial, ya que es un avance al que hemos llegado y en nuestros días es utilizado en la práctica, a diferencia de otras épocas que se tenía conocimiento como podría realizarse y de hecho se empezaba a practicar con algunos animales, pero no se imaginaban hacerlo con el ser humano como ahora.

Será tarea de los legisladores, estudiarla y hacer los cambios correspondientes dentro de nuestras leyes para evitar que las partes que intervienen en este proceso y de las cuales hablaremos más adelante, entren en conflictos.

“Los antecedentes que encontramos en esta materia, los enfocamos a partir de los siglos XIX y XX. Se cree que los primeros que intentaron realizarla, fueron

Malpighi y Bibiena en 1600, pero fracasaron. Más tarde, en 1725, Jacob y posteriormente Welteim, obtuvieron la primera fecundación artificial de los huevos de un Salmón y una Trucha; más tarde en 1725 el sueco Cleck, estudió la araña macho que depositaba su semen en una tela, luego recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra para que tenga descendencia; ya en 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante una inyección intravaginal de líquido seminal recogido en una jeringa de estaño. Mariom Sims en 1866 obtuvo un solo logro de 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero; en 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga, desde entonces el método fecundante ha ido difundándose lentamente, superando al restringido ambiente pionerístico.”<sup>57</sup>

Durante el siglo XIX, sólo se encuentran casos aislados de aplicación ginecóloga del método. Se cita entre otros, al americano Mariom Sims, al inglés Sir Everett Millars, al ruso Linderman y a los franceses Girault y Repiquett.

“En los inicios del siglo XX, empezó la propagación de la práctica de la inseminación artificial en la mujer, sobre todo, en los países anglosajones. En un principio, los casos son raros. Así, según las estadísticas publicadas por Roeldher, en 1911 figuran 65, de los cuales, sólo 21 fueron con éxito. En 1927, un estudio parecido realizado en Francia, consigna 88 casos, entre los cuales, se obtiene un

---

<sup>57</sup> LEÓN FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de Inseminación Artificial en Seres Humanos. 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. p. 121.

resultado favorable, durante la Segunda Guerra Mundial, según Saimor y Kemer en 1941 acelera a 8,580 casos humanos, el empleo de este método.”<sup>58</sup>

La técnica y mejores conocimientos científicos han permitido realizar en el siglo XX la fecundación artificial *in vitro*. “Así, en 1978 todo el mundo se entera de la noticia del nacimiento de Louis Brown en Inglaterra, siendo con esto, la primera mujer en ser concebida fuera de la matriz de la madre, fecundado previamente el óvulo de ella con los espermatozoides del esposo y dándose con esto, la primera fecundación *in vitro*, para posteriormente, reimplantar el óvulo fecundado en el seno de la madre para los nueve meses de gestación. Recientemente, el 14 de enero de 1979 nació el primer varón de probeta en Glasgow, Escocia, siendo bautizado con el nombre de Eliaster Mogomeri. Los países que han legislado al respecto son Suecia y España; el primer país tiene una legislación sobre inseminación artificial desde 1985, se considera que es una medida ginecológica para remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y es permitida tanto en el matrimonio como en las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio (concubinato).”<sup>59</sup>

Este tipo de inseminación procede cuando la mujer de acuerdo a alguna disfunción de su organismo no puede producir de manera directa los óvulos, se puede fertilizar de manera directa al óvulo con el espermatozoide del cónyuge, puede obtenerse en el laboratorio en las condiciones adecuadas cuando se pone en contacto el óvulo con el espermatozoide y fertiliza, es semejante a un coito

---

<sup>58</sup> Ibidem. p. 125.

<sup>59</sup> QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p. 43.

mecánico, la fecundación y el primer desarrollo de la célula inicial se realiza fuera del seno materno, en el laboratorio y una vez realizada esta operación, puede trasladarse al útero de la mujer que sigue el proceso normal del embrión, que se conoce en el lenguaje popular, niño de probeta, vemos que esta técnica, ayuda a las mujeres que tienen dificultades fisiológicas conyugales para tener un hijo, pero, a efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema, es oportuno señalar como lo establece Zarate Treviño, que “algunas mujeres o parejas incapacitadas para concebir, recurren a las madres de alquiler, ejemplo: Eva R. Casada con Mario J., no podían tener hijos, pues sus ovarios no producían óvulos. Por lo cual, la pareja busca a Delia M.”<sup>60</sup>

Hay que tomar en cuenta que las partes involucradas en los diferentes tipos de fertilización artificial que hemos señalado, pueden verse afectadas en el futuro: El donante (sea hombre o mujer), que por lo general lo hace por dinero o por ayudar a una pareja infértil, puede llegar el día que se sienta atormentado al pensar que en algún lugar tienen descendencia, se arrepienta de lo que hizo y le entre el deseo de reclamar a su hijo o hija. Por este tipo de situaciones, es necesario que se regulen jurídicamente, en donde se establezcan los derechos y obligaciones que van a tener todas y cada una de las partes que se encuentren envueltas en dicha inseminación, todo esto, además de la creación de una legislación que regule estos supuestos.

---

<sup>60</sup> ZARATE TREVIÑO, Arturo. Ginecología. 4ª ed., Ed. Lymusa, México, D.F., 2003. p. 220.

## 2. Inseminación artificial.

Antes de hacer referencia al concepto de inseminación artificial, es necesario recordar que en toda sociedad, siempre existe como base sobre la cual gira todo a su alrededor, como lo es en el presente estudio, la familia. Dentro de la familia se enmarcan diversos fines, entre los cuales se encuentra la procreación o la perpetuación de la especie humana, que inclusive, la religión cristiana encuadra en uno de los pronunciamientos (*creced y multiplicaos*). Dicho fin, debe efectuarse según la costumbre que por años siempre se ha manifestado, conforme a las leyes naturales, es decir, a través del contacto sexual que es la forma idónea para obtener la procreación, siendo ésta, cuando el espermatozoide se introduce en el óvulo, dando lugar al embrión, el cual, al desarrollarse se convertirá en un nuevo ser humano.

En vista de que no siempre existen los medios idóneos para que la perpetuación de la especie se lleve a cabo a través de los métodos naturales, y en virtud de que la ciencia no es estática, sino que siempre tiene una actividad constante y evolutiva, desde tiempos pasados, se han hecho innumerables investigaciones y prácticas respecto a la creación de las especies; primero en las plantas (con el Monje Mendel), luego en los animales, en los cuales hasta la fecha han obtenido resultados positivos, respecto a su reproducción cuando no existe un ambiente adecuado que la permita; lo anterior trajo como consecuencia que sus estudios y prácticas realizadas, no sólo llamaran su atención, respecto de las plantas o animales, sino, que ahora las enfocarán en los seres humanos, ya que si

con las plantas y los animales habían obtenido resultados favorables, ¿por qué no con los seres humanos?

Esto parece ser la consigna inspiradora de la nueva genética. En el futuro (no muy lejano), el famoso superhombre de los cómics no provendrá de un desaparecido planeta, no necesitará disfrazarse de un ciudadano común, ni vivirá exclusivamente en la imaginación de los lectores. Según los últimos descubrimientos de la ciencia, cualquier persona podrá procrear a voluntad a un superhombre: saludable, inteligente, fuerte, hermoso y con un *pedigree* más impecable que el mejor caballo de carreras.

“Supermercados genéticos, por llamarlos de algún modo, proveerán minuciosos catálogos donde, con lujo de detalles, ofrecerán a las parejas (puedan o no tener hijos) múltiples modelos: un Robert Redford, una Raquel Welch, una Brigitte Bardot, un Paul Newman, cualquier Premio Nobel de lo que sea, etc. Y estos catálogos, no ofrecerán un producto parecido, sino la réplica exacta del arquetipo original solicitado.”<sup>61</sup>

De este modo, las parejas sin hijos no sólo podrán tenerlos, sino que podrán darse el lujo de elegir el sexo, la estatura, el color del pelo y de los ojos y hasta el coeficiente mental de su descendencia. Sin embargo, esta salida sumada a la eliminación de la cópula sexual para la reproducción de la especie, redundará

---

<sup>61</sup> FLORES TREJO, Fernando. Op. cit. p. 234.

indefectiblemente en la ya tambaleante diferenciación entre el hombre y la mujer, viéndose en peligro, los roles y los hábitos de cada sexo.

De ahí que la inseminación artificial comience a ser aún más trascendente en el mundo, ya que con ella no sólo se asegura la perpetuación de la especie o especies que en un momento dado son el apoyo del hombre en el medio que los rodea, sino además, del hombre mismo.

La palabra inseminación, se deriva de las palabras en latín “*in* que significa en y *semen* que significa semilla. Y por lo que se refiere a *artificial*, agrega el Diccionario para Juristas, que cuando la inseminación es artificial, se trata de la introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o en matriz, para producir el embarazo. Considera además a la inseminación como sinónimo de fecundación.”<sup>62</sup>

Inseminación nos dice el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su aspecto biológico, “es la llegada del semen al óvulo, tras la cópula sexual.”<sup>63</sup> Y artificial, “procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo, mediante un artificio cualquiera. Usase en medicina para la fecundación del óvulo en ciertos casos de esterilidad femenina, además que considera como sinónimo de la inseminación artificial a la fecundación artificial.”<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> PALOMAR, Miguel. Diccionario para Juristas. 3ª ed., Ed. Jus, México, D.F., 1981. p. 725.

<sup>63</sup> Real Academia Española. Op. cit. p. 612.

<sup>64</sup> Idem.

Raúl Palmer indica que la fecundación artificial es “todo método o artificio distinto de los dados por la naturaleza para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer.”<sup>65</sup>

Waming-Bender, concreta más el concepto de inseminación al decir que “es el modo de introducir el espermatozoide de varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto de la forma natural.”<sup>66</sup>

Marcello de Roberto afirma que la fecundación artificial, “es donde se comprenden aquellos procedimientos técnico-biológicos dirigidos a llevar a cabo la fecundación de una mujer sin intervención de cópula fisiológica, o sea, por el uso de medios mecánicos.”<sup>67</sup>

La fecundación desde el punto de vista de la fisiología, es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (polen o espermatozoide).<sup>68</sup> En la especie humana se produce naturalmente por la cópula, o sea, por la introducción del órgano masculino eréctil, en la vagina de la mujer. Pero no siempre puede cumplirse normalmente la fecundación marido-mujer, concubino-concubina, puedan estar afectados por una impotencia, *coeundi* o *generandi*. Ambas pueden depender de la mala conformación de los órganos sexuales, que impidan la realización de una cópula idónea para la impregnación

---

<sup>65</sup> PALMER, Raúl. La Fecundación Artificial en Seres Humanos. 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2003. p. 7.

<sup>66</sup> BENDER, Waming. Institución Iuris Matrimonio. 4ª ed., Ed. Mc. Graw-Hill, Buenos Aires, República de Argentina, 2005. p. 267.

<sup>67</sup> DE ROBERTO, Marcello. Adulterio e Inseminaciones Artificiales. En Revista de Derecho Bibliográfico, Argentina. S de R.C, Buenos Aires, República de Argentina, 1995. p. 66.

<sup>68</sup> Ibidem. p. 67.

del elemento femenino por el masculino. Los procedimientos para fecundar a una mujer, salvados esos obstáculos, constituyen la fecundación artificial.

Desde el punto de vista médico, el Doctor Octavio Aparicio ha escrito: “Se ha confundido durante mucho tiempo, la fecundación artificial con la inseminación artificial, conceptos completamente diferentes, pues aunque puedan superponerse en algunos sentidos en el estrictamente etimológico, fallan por su base. La inseminación como su nombre lo indica, es el hecho médico mediante el cual, introducimos en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado. En cuanto a la fecundación artificial, solamente las últimas experiencias de Herting y Rock, haciendo las salvedades teológicas al caso, han conseguido en un vidrio la fusión celular, masculina y femenina, y a la formación de un huevo que intentó desarrollarse, pero que tempranamente murió.”<sup>69</sup>

Algunos autores españoles han patrocinado el uso de la palabra *Eutelegenesia* que proviene de tres radicales griegas, que significan “bien, a distancia y engendramiento, es decir, que el referido vocablo equivale a fecundación selecta a distancia.”<sup>70</sup>

Para José Antonio García Aguilera, “es más aceptable la expresión inseminación artificial por las siguientes razones: A) Parece más clara que la *Eutelegenesia*, que introduce un nuevo término, formado con palabras griegas, en

---

<sup>69</sup> Revista de Medicina Legal. No. 762. Marzo-Abril, Buenos Aires, Argentina, 2001. p. 73.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 74.

nuestro idioma. Hemos de indicar que, pese a la general aceptación que tienen este tipo de palabras en todos los países cultos, la designación *Eutelegenesia* no ha sido acogida por la más reciente doctrina generada en este tema. B) Dada la amplitud del vocablo, nos permite comprender dentro del mismo, tanto la inseminación como la fecundación y estudiar los interesantes problemas jurídicos que se plantean en el supuesto de que no se produzca el embarazo de la mujer inseminada. C) Empleando el término inseminación se evita el absurdo, puesto de relieve como hemos visto, por algunos autores españoles de llamar fecundación artificial y se destaca que es sólo la introducción del semen en la vagina o en el útero lo que se realiza artificialmente.”<sup>71</sup>

Tratadistas del máximo prestigio, como el Profesor Castán, utilizan la expresión latina *inseminatio artificialis*. “Ha sido tachado de impropio, escribe el citado autor, el término inseminación artificial, introducido por la literatura jurídica. Pero hay que reconocer que en las prácticas a las que se da este nombre, hay un fondo de artificialidad, cuando menos, por lo que se refiere al procedimiento, técnica o método.”<sup>72</sup>

Por lo que, tomando en consideración las definiciones recopiladas de diversos autores, conceptuaremos a la inseminación artificial como el depósito del eyaculado del hombre en el aparato genital de la mujer sin efectuar un contacto sexual; siendo la diferencia esencial entre la inseminación artificial y la

---

<sup>71</sup> GARCÍA OLIVERA, José Antonio. *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial*. Revista de Derecho Judicial. Año XVII No. 91-92, Julio-Diciembre, Madrid, España, 2008. p. 180.

<sup>72</sup> Idem.

fecundación, procreación, o reproducción natural, que en la inseminación artificial no existe contacto sexual y en la fecundación natural si existe contacto sexual.

Finalmente, diré que existe inseminación artificial homóloga, heteróloga y mixta, según se lleve a cabo con semen del cónyuge, de uno o varios extraños o mezclando el procedente del cónyuge con los de otra persona u otras personas. Estos términos, son actualmente captados en España y en la mayoría de los países.

#### **a. Homóloga.**

En la actualidad, la inseminación artificial se practica bajo dos modalidades básicas: la homóloga y la heteróloga.

En términos generales, la inseminación artificial homóloga, también conocida como endógena, es la que se practica con el semen del marido o, en su caso, del concubino. La inseminación artificial homóloga es un auténtico tratamiento para parejas infértiles; no así la inseminación artificial heteróloga, en la que puede no existir una relación de pareja y como tal, cumple con un requisito fundamental de la terapéutica: el de beneficiar lo más que se pueda con los recursos disponibles, aunque no es muy aceptada en los casos en que no existe el vínculo matrimonial o el concubinato, ya que trae consigo, consideraciones morales y religiosas.

En general, las indicaciones para la inseminación artificial homóloga, son cualesquier causa de infertilidad que impida la inseminación normal o la migración espermática. Es fundamental hacer una juiciosa evaluación de la pareja antes de practicar la inseminación artificial.

Deben tenerse presente, sobre todo las contradicciones médicas (como infecciones del tacto genital femenino que pueden derivar en complicaciones más o menos graves si se practica la inseminación artificial; el estado de la madre que no haga aconsejable un embarazo, entre otras), las eugenésicas (cuando hay peligro de transmisión de enfermedades hereditarias, por ejemplo) y también las contradicciones sociales como el alcoholismo, la drogadicción o la falta de responsabilidad paterna.

Desde el punto de vista seminal, de acuerdo con Alán Gutmacher, “las indicaciones para la IAH son las oligospermia, astenospermia, teratospermia o dispermia. Cuando la mujer presenta reacciones alérgicas al semen del marido, la inseminación artificial puede ser exitosa si se utilizan únicamente los espermatozoides.”<sup>73</sup>

Los factores femeninos que sirven de base para recomendar la IAH, son básicamente las esterilidades que se producen a nivel vaginal o cervical, ya que la inseminación puede hacerse directamente en el útero.

---

<sup>73</sup> GUTMACHER, Alán. Op. cit. p. 259.

Por último, respecto del hombre, es aconsejable practicar la IAH desde el punto de vista médico, cuando existen anomalías en el aparato de conducción de los espermatozoides (malformaciones anatómicas, obstrucción de las vías genitales en cualquiera de sus puntos, eyaculación retrógrada, etc.), pero es posible obtener éstos por algún medio como la punción testicular o directamente de la vejiga, en el caso de eyaculación retrógrada, por ejemplo.

Cuando la causa de infertilidad es la impotencia y ésta tiene un origen psicológico, siempre debe tratarse a través de psicoterapias antes de recurrir a la inseminación artificial. Sin embargo, si la impotencia es incurable, la IAH puede intentarse si hay producción de gametos y es posible su obtención.

Es difícil evaluar la efectividad de la IAH ya que no hay uniformidad de criterios entre los distintos investigadores y médicos, así como tampoco un control preciso, tanto de los individuos que se han sometido a ella como de las técnicas empleadas, que permitan elaborar estadísticas confiables. En la literatura se presenta desde altamente exitosa hasta relativamente no exitosa.

#### **b. Heteróloga.**

Este tipo de inseminación, también conocida por inseminación artificial por donante o exogámica, se utiliza semen proveniente de un tercero (donante) ajeno al matrimonio o, en su caso, al concubinato. La relación de pareja puede incluso, no existir, puesto que puede practicarse y de hecho se practica, en mujeres

solteras y aún en lesbianas, aunque esto sea reprobable, ya que afecta a la institución jurídica del matrimonio y más aún, a los niños nacidos en estas circunstancias, por lo que no estamos de acuerdo en que se permita el acceso a la fecundación asistida a dichas personas.

La inseminación artificial por donante (IAD), ha sido fuertemente criticada y rechazada por cuestiones morales o religiosas, pero, como tratamiento para parejas infértiles, no cabe duda de que es cada vez más aceptada en el mundo por médicos y pacientes. Sin embargo, no deja de tener fuertes implicaciones éticas, en virtud de que no es un método reservado para parejas que llevan una relación estable. Por ello, considero que solamente las personas unidas en matrimonio y en concubinato (que tengan dos años de relación) deberán tener acceso a este tipo de inseminación.

La IAD constituye una alternativa para la procreación cuando es imposible realizar la IAH porque haya una esterilidad o impotencia absoluta del marido, cuando a pesar de haberse intentado la IAH, ésta no ha dado resultados o bien, como ya se apuntó, cuando no existe matrimonio o concubinato.

“En el hombre, la más clara indicación es la anospermia y la aspermia. También se practica en gran medida, por razones eugenésicas ya que, si bien no se elimina el riesgo de transmitir alguna anomalía genética, sí se reduce considerablemente, pues siempre se hace una amplia evaluación del donante y de su semen antes de que sea utilizado. No obstante, las indicaciones más claras

para la IAD y probablemente las únicas indicaciones femeninas, son inmunológicas y entre éstas, la más común es la incompatibilidad entre el factor Rh de la mujer y del marido.”<sup>74</sup>

Anteriormente, la vasectomía era una causa cada vez más común de que ciertas parejas recurrieran a la IAD. De acuerdo con un estudio realizado durante la década pasada en Estados Unidos de América, fueron practicadas en hombre que se habían hecho la vasectomía y posteriormente contraído un nuevo matrimonio. Sin embargo, debido a avances médicos, este porcentaje casi ha desaparecido, ya que en la actualidad, los efectos de la vasectomía se pueden revertir con éxito.

Para Arturo Zarate Treviño, “la selección del donante que, por lo general corresponde al médico que practica la inseminación, es un factor de suma importancia. El donante debe estar en buen estado de salud, tanto físico como mental. Debe formularse una historia clínica completa y detallada tanto personal como familiar (parientes en línea recta) de cada donante a través de cuidados y análisis clínicos. Es preciso que no haya malformaciones orgánicas congénitas (por ejemplo, labio leporino) ni enfermedades o anomalías transmisibles genéticamente (como la hemofilia, el albinismo o la distrofia muscular). La evaluación de padecimientos en ascendientes y descendientes, es importante porque muchas enfermedades no se transmiten a la siguiente generación, pueden

---

<sup>74</sup> ZARATE TREVIÑO, Arturo. Op. cit. p. 217.

brincar una o más generaciones. El donante debe tener el mismo factor Rh que la esposa. Debe tener fertilidad probada y semen de excelente calidad.”<sup>75</sup>

Al respecto, considero que también es necesario hacer una cuidadosa evaluación de la pareja. Ambos cónyuges deben ser emocionalmente maduros y tener un matrimonio o concubinato estable, pues los intereses del hijo que se quiere concebir, deben tener un papel preponderante. Una contraindicación para la IAD es justamente la inestabilidad de cualquiera de los cónyuges o del matrimonio mismo. No debe haber reservas mentales, morales, religiosas o legales, ni presión alguna por parte de cualquiera de ellos o de sus parientes y amigos, etc. La evaluación de la pareja cobra mayor importancia que en la IAH, puesto que se involucra a un tercero extraño.

Asimismo, deben considerarse las contraindicaciones médicas, eugenésicas (sobre todo en la mujer, ya que se hace un análisis selectivo del donante) y sociales apuntadas anteriormente para la IAH, con miras a proteger los intereses del futuro hijo.

De lo anterior, podemos decir que la responsabilidad del médico, es el estudio, selección y aceptabilidad tanto de la pareja como del donante, como el factor primordial en la IAD. Es decir, el médico debe ser el responsable de que se lleve a buen término la fecundación asistida.

---

<sup>75</sup> Ibidem. p. 218.

Hasta el momento, los médicos han tratado de establecer algunas medidas necesarias para que sea factible llevar a cabo este tratamiento especial. A continuación, haremos mención en forma general a los elementos necesarios que la ciencia médica ha establecido y exige para poder practicar la inseminación artificial.

1. Que el coeficiente mental y las características físicas sean adecuadas. Cuando se trata del donador, se exige que la muestra del semen sea de alta calidad y en la historia se descarta la ingesta de drogas, alcoholismo, no padecimiento de enfermedades venéreas o de cualquier otra especie.
2. Se determina el grupo sanguíneo y el factor Rh.
3. El médico que realice el procedimiento deberá tener una preparación especial para el mismo y ser de calidad moral intachable.
4. Se debe proteger el anonimato del donador y en su caso, del receptor que intervienen en este procedimiento terapéutico.
5. La realización de una o varias entrevistas con la persona solicitante para evaluar si es estable; si las indicaciones para efectuar el procedimiento son válidas; las motivaciones de su solicitud.
6. Se debe proporcionar a la persona, una amplia información sobre los aspectos técnicos, legales, éticos, psicológicos y religiosos del procedimiento, tratando de evitar remordimientos y de asegurar la responsabilidad de la persona sobre el producto así obtenido, independientemente de cualquier tipo de anomalías que puede

presentar éste. En caso de dudas o inseguridad de la persona, el procedimiento se pospondrá hasta que exista un convencimiento total.

7. Que se firme un acuerdo que tenga validez legal y donde se autorice al médico a realizar el procedimiento; se aclare que se recibió la información pertinente y se acepte la total responsabilidad del producto así obtenido, independientemente de las características del mismo.

Lo anterior, se tomó en cuenta, partiendo de la base de que si se han de procrear niños a través de métodos terapéuticos, es importante que sean niños sanos, es decir, trata de evitar degeneración de la especie humana. Que las personas que intervengan, en este caso, los médicos, sean unas personas que ayuden a aquellas personas que se han visto impedidas para tener hijos de su misma descendencia, por lo que es importante que se haga con la mayor discreción posible.

Por lo que se refiere a la persona afectada, ésta debe estar consciente en el paso que van a dar, y que el hijo que se va a tener a través de este procedimiento terapéutico es porque realmente lo desean y están dispuestos a asumir todas las responsabilidades que un hijo implica dentro de un ambiente cordial y amoroso que debe tener dentro de una familia, pero sobre todo, que estén conscientes que es una probabilidad de poder tener familia. Ello implica que no es una seguridad de que la mujer quedará fecundada, sino que el médico hará lo posible pero, en ningún momento será responsable de factores no previstos y que necesariamente deba obtenerse un resultado positivo en el tratamiento para que la pareja tenga el

hijo deseado y no sólo eso, sino además, tampoco será responsable el médico de alguna otra complicación que pudiera presentarse durante el desarrollo del tratamiento hasta el alumbramiento.

Cabe recalcar que otro aspecto importante es el costo del tratamiento, que puede variar, dependiendo de las circunstancias que amerite cada caso en particular y las condiciones que se vayan presentando para el favorable resultado deseado.

Por lo que respecta a la inseminación artificial mixta, algunos autores opinan que es favorable, por tener como ventaja que pudiera existir una mínima probabilidad de que el hijo sea del esposo, aunque otros autores opinan que no es recomendable que se lleve a cabo.

### **3. Maternidad substituta.**

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

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

“Uno de los casos más resonantes fue el denominado ‘Baby M’, ocurrido en 1985, cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de \$10.000 dólares.”<sup>76</sup>

“El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato, no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.”<sup>77</sup>

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,

---

<sup>76</sup> Ibidem. p. 219.

<sup>77</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Op. cit. p. 429.

mantuvo la tenencia a favor de los Stern, alegando razones en virtud de las cuales, éstos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden esgrimirse, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.

A veces, quienes recurren a esta técnica, experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que el término de un embarazo acarrearía en sus actividades profesionales, o, simplemente, no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de una gestación.

Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras, en cambio, sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán paliar la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto.

Asimismo, existen supuestos en los cuales, es una familiar cercana (abuela, hermana, cuñada, etc.), quien decide prestarle este servicio a su pariente.

Otra cuestión de especial importancia, se plantea en el ámbito social en razón de la situación socio-política dentro de la cual, el alquiler de vientres se desarrolla. Si observamos el contexto histórico de esta práctica, comprobaremos que las mismas, no siempre se llevan a cabo sólo por una motivación altruista sino que, por el contrario, en muchos casos, la mujer que cede su útero, recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo. Un ejemplo lo constituye la situación de jóvenes procedentes del este europeo que, en Italia, son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares.

En nuestro país, es frecuente tal práctica, a tal grado que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, está por aprobar la iniciativa de ley, propuesta el 2 de febrero de 2010, en donde se prevé la prestación de úteros o arrendamiento de los mismos con un fin altruista.

La figura jurídica de la maternidad substituta, puede darse únicamente, cuando la mujer no puede concebir o sus óvulos no pueden ser fecundados por los espermatozoides masculinos, ante tal situación, la pareja o la mujer de manera individual, cuando no es casada, busca quién la sustituya en esta etapa, es decir, se busca a otra dama para que fecunde el semen del esposo y si no lo tiene, busca a ambos para que en un vientre ajeno, se geste al infante.

La sustitución, es momentánea, porque después, la mujer gestante pasa a ser sustituida por la mujer que solicitó tal acto, pudiendo darse en esta hipótesis,

todos los métodos de reproducción humana asistida, siempre y cuando la mujer no pueda concebir alquilando a otra para tal acontecimiento.

El acto citado, debe darse bajo la más estricta vigilancia médica y jurídica, a efecto de evitar acontecimientos que pongan en peligro el interés superior del menor o el tráfico de infantes, procediendo únicamente por la imposibilidad física de concebir de la mujer o del varón.

## **B. Regulación de los métodos de reproducción humana asistida en el extranjero.**

A continuación, mencionaré algunas legislaciones de los países en donde de una u otra forma, se establece el permiso o procedencia de métodos de inseminación *in vitro*, como es el caso de Suecia, Inglaterra, España y México pero, sobre todo, saber cuál es la realidad social para la aceptación o negación de dicho método de reproducción humana asistida, es decir, cómo se regula en el extranjero y en nuestro país.

### **1. Suecia.**

En ese país, se permite la maternidad subrogada o substituta, siempre y cuando se respete la dignidad humana, es decir, los derechos elementales de las personas y se proteja siempre el interés superior del niño.

En Suecia, se aceptan todas las técnicas de procreación asistida hasta la que se hace por medio de renta de vientres, pero siempre con la participación de

uno de los cónyuges en la inseminación. Sin embargo, la inseminación *post-mortem*, está prohibida en este país.

Según la legislación de ese país, el no mantener el anonimato del donador de semen u óvulo, es básica, es decir, el niño debe conocer la identidad del donador, es decir, del padre biológico, ya que prevalece por sobre todas las cosas, el derecho superior del niño.

## **2. Inglaterra.**

En atención a la falta de legislación adecuada en Inglaterra y en varias partes del mundo, sobre la maternidad subrogada, “fue que en 1998 correspondió a un Juez, la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de un caso de subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer.”<sup>78</sup>

Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato, resultaron infructuosas, la mujer inglesa es más conservadora, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta callejera que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas, aceptó embarazarse.

---

<sup>78</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. Op. cit. p. 66.

Una agencia de subrogación clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y el parto corrían por cuenta de los contratantes.

La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato.

“El padre biológico ocurrió entonces a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al padre natural de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta que pudiera valerse por sí mismo. A cambio de sus deberes decretó el tribunal el derecho de visitarlo.

Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló de la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento”.<sup>79</sup>

Un nuevo caso se dio a la publicidad recientemente, en el que ninguna de las dos parejas, ni la subrogante ni la subrogada aceptaban al niño en gestación. Relacionadas por medio de una agencia clandestina, una madre de cuatro hijos se

---

<sup>79</sup> Ibidem. p. 87.

comprometió, con el consentimiento de su marido, a gestar al hijo de otra pareja que había devenido en estéril. En consecuencia, la subrogada sería inseminada artificialmente con gametos del varón de la pareja contratante, para que al nacimiento del niño, les fuera entregado. Avanzado el embarazo, la pareja subrogante al parecer se arrepintió, dejó de cubrir los gastos médicos y desapareció, por lo que la embarazada y el marido ocurrieron a las autoridades para hacer cumplir el contrato. Como en Inglaterra los contratos de subrogación no son exigibles, la gestante y su marido fueron advertidos por las autoridades de que, al nacer el niño, sería legítimamente suyo y en consecuencia deberían asumir las obligaciones derivadas de la paternidad.

En resumen, la pareja con cuatro hijos tendría cinco, uno de ellos habido por la esposa con el varón de la otra pareja.

De los casos anteriores, puede concluirse a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos, en el país citado mediante el argumento de optar por los mejores intereses del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

### **3. España.**

La Ley No. 35 Española que entró en vigor el 22 de noviembre de 1988, establece en su artículo 1º, lo siguiente:

“Artículo 1º.

1. La presente ley, regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación *In Vitro* (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.
2. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.”

“Artículo 2.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:
  - a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
  - b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
2. Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas; o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.
3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definen la aplicación de aquella.
4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.
5. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos”.

“Artículo 3.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

“Artículo 4.

Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuada para asegurar razonablemente el embarazo”.

Tal como lo establecen los artículos mencionados con antelación, no debemos estar cerrados a las técnicas de reproducción humana asistida, ya que éstas, han surgido, con el objeto de facilitar la reproducción humana, cuando las

parejas tengan problemas de esterilidad y no haya algún otro método terapéutico que pueda solucionarlo o subsanarlo.

Por tal motivo, debemos regular los procedimientos, que nos permitan llevar a cabo de forma adecuada y segura dichos tratamientos, dejando de esta manera perfectamente especificado dentro de nuestros cuerpos legales, cuántas y cuáles han de ser las técnicas de reproducción humana asistida que serán permitidas, así como cuántos y cuáles han de ser los requisitos que deberán reunir los centros sanitarios que pretendan prestar dichos servicios, y de igual manera cuáles serán los requisitos que deberán reunir las personas que se sometan a ellas; evitando de esta manera, lo que ocurre dentro de la actual Ley General de Salud, la cual, aunque si bien es cierto, no prohíbe la realización de dichas técnicas, también es cierto que no regula de manera específica como se deberán llevar a cabo, dejando de ésta forma al libre arbitrio de quienes las realizan y de quienes se someten a ellas, motivo por el cual, en muchas ocasiones se tornan peligrosas para su salud.

Es importante resaltar lo estipulado en el capítulo tercero de la Ley en comento, toda vez que consideramos es la parte medular de nuestra investigación, ya que éste apartado, establece la relación que ha de surgir entre el concebido mediante las técnicas de reproducción humana asistida y aquel que se somete a ella, motivo por el cual, transcribimos dicho apartado del capítulo III de la Ley General de Salud, que a la letra dice:

“Artículo 7.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación”.

“Artículo 8.

1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.
2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 48 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.
3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, ap. 5 de esta ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación”.

“Artículo 9.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas”.

“Artículo 10.

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

De lo anterior se desprende que cuando se haya consentido plenamente por la pareja la utilización de materia reproductor de un donante, ninguno de los dos, podrá posteriormente renunciar a la filiación del producto concebido mediante la técnica de reproducción humana asistida, quedando protegido de esta manera, por la ley el concebido, de igual manera se protege a la pareja en cuanto a lo que

respecta a los derechos que tiene para con el producto concebido, ya que el donante en ningún momento puede reclamar relación alguna con el producto, y de igual manera protege al donante, toda vez que tampoco a él se le podrá reclamar ninguna relación de paternidad o filiación.

Por otro lado, el artículo 9 de la ley en comento, nos habla de que no se puede reclamar relación alguna entre el concebido y el marido, cuando se lleve a cabo la inseminación *post mortem*, sin consentimiento del *de cujus*, pero a tal respecto, los legisladores españoles inteligentemente y a sabiendas del conflicto que pudiera suscitarse entre las parejas que se encuentran sometidas a las técnicas de reproducción humana asistida.

Anteriormente, a la muerte del esposo, se dieron a la tarea de contemplar dentro de esta ley, una hipótesis que respeta la decisión del marido, la cual establece que el esposo fallecido, en vida y mediante escritura pública o testamento otorgue su consentimiento, para que pueda ser utilizado su material reproductor después de su muerte para inseminar a su esposa.

Para lograr lo anterior, la ley establece que si así lo desea la cónyuge puede hacerlo dentro de los seis meses posteriores a la muerte de su esposo, protegiendo de esta forma, los derechos de parentesco del que hasta la fecha ni siquiera se encontraba concebido, es por tal circunstancia que como se viene anunciado desde la introducción del presente capítulo que consideramos a esta ley, una de las más avanzadas a nivel mundial, y la principal base de nuestra investigación, ya que es de preocuparse que nuestro Código Civil para el Distrito

Federal, se encuentre atrasado en tal magnitud, ya que en su numeral 1314, establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado por falta de personalidad los que no estén concebidos a la muerte del autor de la herencia, quedándose al margen el legislador de aquella época y seguramente desconociendo los procedimientos y avances acerca de los métodos de reproducción humana asistida, con las que contamos en la actualidad, es por ello que consideramos que en nuestro sistema legal, debe haber no sólo estipulaciones en el sentido de que el concebido vía inseminación *post-mortem*, tenga los mismos derechos de filiación y hereditarios del que haya sido concebido anteriormente a la muerte del autor de la herencia, sino que tenemos que ir más allá contemplado también que el concebido mediante inseminación *post-mortem*; también pueda suceder al *de cuius*, por sucesión legítima.

#### **4. México.**

Como lo señalamos, en nuestro país, el Código Civil del Estado de Tabasco, fue el primer ordenamiento que se encargó de regular el contrato de maternidad subrogada o substituta, en forma precaria en tres artículos, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 92. Deber de reconocer al hijo.

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

de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras hijo legítimo, hijo natural, hijo ilegítimo, hijo de padres desconocidos, hijo de padre desconocido, hijo de madre desconocida, o habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El oficial del Registro Civil que inserte en el acta, alguna de estas menciones, será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la entidad y la segunda, con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este código. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante substituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho, implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante substituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante substituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante substituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.”<sup>80</sup>

Como podemos ver, el código en comento en su artículo citado, a pesar de querer estar a la vanguardia en técnicas de inseminación artificial, es obsoleto, en señalar discriminando y calificando a los hijos y no a los padres, deberá primero desaparecer tales descalificativos y luego, ponerse a la vanguardia en tales tópicos.

“Artículo 324. Quienes se presumen hijos de los cónyuges.

Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Gaceta Estatal del Gobierno de Tabasco, 9 de Abril del 2007. p. 3.

<sup>81</sup> Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco. 2ª ed., Ed. Duero, Tabasco, México, 2007. p. 30.

Con el comentario realizado al artículo anterior, considero que este, también queda comprendido en el punto de vista citado.

“Artículo 360. Situación de maternidad substituta.

Salvo el caso de que se trate de un nacido como resultado de un contrato de maternidad substituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”<sup>82</sup>

El legislador tabasqueño, quiso resarcir su falta de conocimiento jurídico al pretender estar a la vanguardia con temas de Derecho Familiar actuales, pero que por desconocimiento de la materia no le dieron solución adecuada a la problemática planteada, insisto, se requieren verdaderos conocedores del Derecho Familiar, como el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, para afrontar dichos temas.

---

<sup>82</sup> Ibidem. p. 86.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **PROSPECTIVA SOCIO-JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN MÉXICO**

Sin lugar a dudas, la prospectiva de este tipo de maternidad va en avance, a tal grado que el legislador mexicano ya propuso una iniciativa de ley ante la Asamblea Legislativa para regular tal acto, el 2 de febrero de 2010, destacando el sentido altruista de tal evento. Lo importante, será ver lo que la sociedad mexicana, estudiosos del Derecho Familiar, disposiciones primarias y secundarias opinan al efecto.

#### **1. La sociedad ante los nuevos avances de la medicina.**

Considero que en todos los países y sociedades, al descubrirse una tecnología moderna para procrear o concebir, al principio se muestran reticentes y cautelosos al respecto; pero la dicha y felicidad de poder ser padres es motivo suficiente para olvidar tal medida, pero, al derecho en general y en específico al Derecho Familiar, le corresponde analizar el sinnúmero de problemas relacionados con la fecundación asistida, en específico, con la maternidad substituta, porque ésta, trae consecuencias científicas, morales, pero más bien jurídicas, razón por la cual, es conveniente que las leyes se actualicen para evitar problemas posteriores.

No todos los países del mundo tienen la misma exigencia con relación a la maternidad substituta, por el contrario, en la actualidad hay controversias notorias.

Desde luego, los polos más obvios son los enfoques diversos, casi opuestos, se diría, entre los países en vías de desarrollo y aquellos que se ubican entre los desarrollados. Los primeros, se encuentran preocupados por contener el incremento demográfico, los segundos luchan con las tasas de crecimiento poblacional negativas. Ello, desde luego, influye en el grado de avance y disposición política para analizar el tema de la fecundación asistida.

“Existen dos posiciones en los países europeos que reglamentan especialmente la reproducción con asistencia médica, por un lado, los que promueven el avance de las técnicas e impulsan a continuar con las investigaciones, como Francia, España y el Reino Unido; y por el otro lado, los que pugnan por respetar la dignidad de la persona y el interés del niño; como Alemania, Suecia y también puede colocarse en este ámbito a Francia.”<sup>83</sup> En términos generales, los criterios que siguen los países europeos son los siguientes:

Por lo regular aceptan las nuevas técnicas de reproducción humana asistida en un sentido terapéutico, por ello se permite no sólo a los matrimonios, sino a las parejas de hecho (excepto en Alemania que requieren de un permiso especial y en Francia que tienen que acreditar la convivencia por más de dos años). Por otro lado, España y el Reino Unido admiten la posibilidad a mujeres solteras.

---

<sup>83</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. La Filiación en los Albores del Siglo XXI. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 189.

“Se permite la inseminación artificial homóloga como la heteróloga; también la fecundación *in vitro* con gametos propios de la pareja, se admite en todas las legislaciones; sin embargo, la heteróloga, es decir, con gametos ajenos, en Suecia y Alemania no se acepta, en Francia sólo excepcionalmente y en España e Inglaterra es una práctica que se permite.”<sup>84</sup>

El anonimato del donador es una situación controvertida en las distintas legislaciones. Unas optan por el secreto y otras por el derecho a que los hijos nacidos mediante las técnicas de procreación asistida, conozcan sus orígenes. “En Suecia, el niño puede conocer la identidad de su padre biológico, ya que postulan sobre todas las cosas, los derechos del niño; en los demás lugares como en Francia, España y el Reino Unido sólo pueden conocerse sus rasgos genéticos o biológicos pero no la identidad del donador”.<sup>85</sup>

Casi es unánime frente al criterio de prohibir la sustitución de la maternidad y considerar nulo, de pleno derecho, cualquier contrato que se realice sobre arrendamiento de útero sea gratuito u oneroso. La única excepción, hasta ahora, se da en los países de sistema jurídico anglosajón.

En cambio, las soluciones para el caso de inseminación asistida *post-mortem*, son divergentes. “En el Reino Unido, se permite pero no se reconoce la paternidad del hombre fallecido; en España también se acepta, pero no tiene

---

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Ibidem. p. 190.

efectos de sucesión a menos que el marido de la viuda así lo haya dispuesto y se haga en un término de seis meses después de su muerte; excepto en Cataluña que amplía el plazo a nueve meses, pudiendo prorrogarse a juicio del Juez, hasta por tres meses. Respecto a Suecia, Alemania y Francia es una práctica que queda prohibida.”<sup>86</sup>

Un criterio aceptado, es la ausencia de vínculo jurídico entre la persona donadora de gametos y el niño, en los casos de fecundación heteróloga. Otro criterio, es la prohibición de la impugnación de la paternidad si el marido o la pareja ha consentido expresamente a la inseminación. En estos casos, el consentimiento se considera como un elemento constitutivo de la filiación o quizá el elemento más importante de la institución en este tipo de procreación, de tal forma que aquél, que haya consentido expresamente la inseminación artificial de su mujer o compañera no podrá impugnar la paternidad del hijo o hija que haya dado a luz.

Una respuesta distinta a la señalada, es la que han realizado otros países, reformando sólo sus códigos civiles o familiares en la parte conducente a la impugnación de la paternidad, prohibiendo ejercitar esta acción si se otorgó el consentimiento para realizar la procreación asistida; algunos admiten la procreación asistida con gametos ajenos, otros sólo con los de la pareja. “Ejemplo de esta postura son países europeos como Portugal, Suiza y algunos países de la parte oriental (República Checa, Hungría, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, la

---

<sup>86</sup> Idem.

Federación Rusa); o países latinoamericanos como Costa Rica y la República de Bolivia, entre otros, Guatemala no acepta”.<sup>87</sup>

Como podemos ver, son criterios distintos para aceptar o no la fecundación asistida, en varios países del orbe; pero sobre todo, lo relacionado a la maternidad substituta. Por lo que respecta a nuestro país, es una realidad que tal técnica ya se está empleando, no ahora, sino desde siempre con consentimiento de las partes intervinientes y sólo faltará el consentimiento y aprobación de las autoridades correspondientes del Sector Salud, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Civil para el Distrito Federal.

## **2. La maternidad substituta, como fenómeno social inminente.**

Al popularizarse la inseminación artificial y la posibilidad de congelar células germinales masculinas para su uso posterior, las presunciones del derecho tradicional se tornaron obsoletas; para procrear no es ya necesario el contacto carnal cuya prueba exigen los viejos códigos para reputar cierta la paternidad. “Los esposos pueden encontrarse en las antípodas y aún haber muerto el cónyuge, y la mujer es susceptible de embarazarse con semen del marido depositado en un congelador; un examen del DNA puede establecer la procedencia genética y dejar establecida la paternidad, sin lugar a dudas, sin largos, molestos y costosos procesos judiciales”.<sup>88</sup> De la misma manera, la prueba es idónea para demostrar lo contrario, pero siendo común que la inseminación de

---

<sup>87</sup> RICO ÁLVAREZ, Fausto. *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000. p. 137.

<sup>88</sup> HURTADO OLIVER, Xavier. *Op. cit.* p. 15.

la esposa con semen de un tercero extraño se lleve a cabo con el consentimiento del esposo, el derecho moderno ha dado valor definitivo a ese consentimiento para determinar la filiación al margen del lazo de sangre entre el marido y el hijo gestado por la esposa, como es tradicional.

Dentro del mismo contexto se encuentra la determinación de la maternidad. “En efecto, antes de que la fecundación *in vitro* se popularizara, la situación era muy clara: *partus sequitur ventem*, madre es la que pare, reza el viejo aforismo latino, como también *pater est quem nuptias demonstrant*, padre es el marido de la madre, antigua presunción del Derecho Familiar cuya finalidad era proteger a la prole de la pareja unida en matrimonio”.<sup>89</sup> El derecho tradicional sigue guiándose de estos ancestrales principios cuya validez ahora se torna cuestionada con los nuevos procedimientos: inseminación artificial heteróloga, donación de óvulos, maternidad subrogada, transferencia de embriones producidos en el laboratorio, etc. En tales casos, ¿quién es la madre? ¿La que gesta y pare aunque no hubiese aportado elementos genéticos? ¿La madre biológica que no gestó ni parió? ¿La que pagó para que otra mujer se embarace por ella?

“La fecundación *in vitro*, ha creado problemas jurídicos que el derecho debe aclarar: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del embrión? ¿Es una persona desde el momento en que es concebido? ¿O desde cuándo? ¿De quién es el embrión antes de ser trasplantado? ¿Quién tiene el derecho de decidir su destino, si aportarlo a la investigación científica, si abandonarlo a su suerte en el depósito, si

---

<sup>89</sup> Idem.

destruirlo después de cierto tiempo o darle la oportunidad de desarrollarse hasta nacer? ¿Pertenece a sus progenitores genéticos o a los donatarios de las células germinales? ¿Es sujeto de derechos o no tiene ninguno? ¿Quién está obligado a custodiarlo y a velar porque sus derechos, de tenerlos, se respeten? Si un embrión gestado por encargo acusa defectos detectados en determinado estado de su desarrollo, ¿quién tiene derecho a ordenar su destrucción? Si el niño nace anormal, ¿quién sería el responsable y quién estaría obligado a velar por él? Debe conocer el niño la forma en que fue concebido? ¿En qué etapa de su vida? ¿Cuánta información debe proporcionársele? ¿Tiene derecho a conocer su identidad?”<sup>90</sup>

El depósito de células germinales y su comercio ofrecen otra gama de problemas: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de una célula germinal? ¿Es legal su comercialización? ¿Qué responsabilidad asumen quienes las aportan? Y en relación con este comercio, ¿tienen las mujeres y hombres solteros o parejas homosexuales derecho a utilizarlas y traer al mundo seres que no nacerán en el seno de una familia? ¿Es aceptable la inseminación *post mortem*? Basta considerar lo anterior para reparar en que los juristas, auxiliados por sociólogos, moralistas, psicólogos, etc., tienen una enorme y compleja tarea por delante para impedir que los nuevos hechos sean ignorados en perjuicio del orden social, y la tarea de los órganos jurisdiccionales se siga fundando en un derecho rebasado por ellos.

---

<sup>90</sup> Ibidem. pp. 15 y 16.

El trabajo jurídico debe hacerse más dinámico y menos utilitario. No hay que olvidar que el derecho es cultura que se nutre en experiencias de la vida social, y que el jurista, en última instancia, no solamente tiene como función subsumir conceptos encasillando el presente en el pasado, sino estar alerta a las transformaciones de la sociedad a la que sirve y de la que forma parte, y promover el cambio cuando perciba su necesidad, como es el caso de la maternidad substituta, la cual, es una realidad.

### **3. Trascendencia de la maternidad substituta en el Derecho Familiar.**

Si partimos de la base jurídica que el Derecho Familiar protege a los hijos, a la madre, al hombre y a la familia, en una palabra, al conglomerado social más importante de la sociedad.

“El Derecho Familiar, no es una disciplina sólo para juristas; es del pueblo y para el pueblo. Es la familia, la célula más importante de la sociedad; sin embargo, la más desprotegida. Cuántas veces no es en la familia, donde se encuentra un seguro para el desempleo; un hospital para un enfermo; un apoyo para alguien que haya cometido una grave falta; un consuelo para quien habiendo sido ingrato con su propia familia, regresa y ésta lo acoge en su seno, sin considerar las faltas que contra ella se han cometido”.<sup>91</sup>

“La familia, entendida como la máxima expresión del ser humano, merece más atención por parte del Estado. Sobre todo, de los legisladores. Desde el punto

---

<sup>91</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 1ª ed., Segundo Volumen, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, D.F., 1992. p. 40.

de vista de la Sociología, la familia surge del mero ayuntamiento sexual de una relación de hecho, que origina una prole y que llega a convertirse en un pilar de la sociedad. Diferente es el concepto jurídico, el cual atiende principalmente al acto jurídico del matrimonio o de la adopción. En algunos casos, la familia también puede surgir del hecho jurídico del concubinato”.<sup>92</sup>

Actualmente, el ayuntamiento carnal, con las nuevas técnicas de fecundación asistida, no es necesaria la relación sexual, pero si, se conciben hijos, los cuales, tendrán una familia y aquí, es donde debe estar atento el Derecho Familiar para proteger a ese nuevo ser que nace a la vida y, a las partes que en el intervienen.

El Derecho Familiar, es una disciplina jurídica que en los últimos tiempos ha cobrado enorme importancia. Los países más adelantados del mundo tienen legislación familiar y por su puesto Tribunales Familiares para dirigir esa clase de controversias. México a la vanguardia en esta disciplina, ha logrado ya ser considerado a nivel internacional, uno de los países más avanzados en la protección jurídica de la familia. Ejemplo que se da plenamente en los estados de Hidalgo, Zacatecas, Michoacán, Morelos, Tamaulipas y San Luis Potosí, entre otros, donde se cuenta ya con legislaciones adjetivas y sustantivas que le han dado a la familia el lugar que merece.

Afortunadamente en nuestro país, no se ha hecho público ningún caso de maternidad substituta, al menos legalmente, pero sí, de manera clandestina y

---

<sup>92</sup> Idem.

válgase la expresión “en lo oscuro”. Sin embargo, el Derecho Familiar debe estar a la vanguardia de esa posibilidad, por lo que debemos pensar en la hipótesis en que la mujer, como un derecho subjetivo humano fundamental de su persona, pueda decidir lo que desee hacer con su cuerpo; en este caso, habría que reflexionar si ella puede, porque no lo prohíbe la ley mexicana, celebrar un acuerdo para ser inseminada, previo pago de una cantidad determinada y al tener ese hijo entregarlo a quien la hubiera contratado, que podría ser una mujer soltera, una pareja casada, una pareja de solteros, un hombre solo, porque repetimos, no hay leyes hasta este momento que prohíban la celebración de ese tipo de contratos.

Las interrogantes quedan planteadas. La maternidad subrogada es ya una realidad. ¿Qué debe hacer el Derecho Familiar en este caso?

A nuestro juicio, no es tan fácil cerrar la puerta de la ley, a la realidad social. El buen jurista debe equilibrar la teoría y la práctica, para no crear leyes obsoletas o desadaptadas a lo que somos. Debemos reflexionar no sólo en la madre sustituta, sino en la mujer que no puede engendrar a un hijo y que lo quiere, que lo desea y que una de esas posibilidades, es la de que otra lo haga en su lugar. Esa es la realidad y el Derecho Familiar debe recogerla, imbuirse de ella y aportar las soluciones más apropiadas a la problemática, antes que decir eso no existe.

#### **4. Preeminencia del orden público en la maternidad substituta como método de reproducción humana asistida.**

Respecto a este tema, el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, establece que “en los preceptos del artículo 138 Ter al Sextus, encontramos una de las más grandes conquistas, de parte de la mujer en el Derecho Familiar. En primer lugar, porque todo lo referente a la familia es de orden público y de interés social y desde ahí se acabó la ventaja que tenía el hombre, ya que de alguna manera, al ejercer una potestad marital o un dominio, por ser el dueño de los medios económicos en su hogar, le podía imponer condiciones a la mujer que en esa dimensión, tenían que ser aceptadas posteriormente por el Juez Familiar”.<sup>93</sup>

Con las normas citadas, ya no es posible y así la ley protege la organización y el desarrollo integral de sus miembros, por supuesto el de la mujer, respetando la dignidad de ésta. Además, sin discriminación se establece la igualdad de derechos, deberes y obligaciones de quienes integran la familia, así como en uniones de matrimonio, de parentesco, de concubinato o de adopción. Se agrega, dirigido a los hombres, en relación a las mujeres, que se deben observar normas de consideración, solidaridad y respeto, en las relaciones familiares.

El artículo 138 Ter del nuevo Código Civil del año 2000, señala que:

“Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.

---

<sup>93</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. Op. cit. p. 67.

De acuerdo con estos preceptos, cuando un Juez Familiar ejerce facultades discrecionales y se le faculta para intervenir de oficio en asuntos de la familia y especialmente de menores, debe tener la sabiduría, la experiencia, la atingencia, el equilibrio, de saber que su resolución afectará para toda la vida a quienes interviene en ese conflicto. De ahí que la discrecionalidad debe tener como límite, el interés superior de la familia y la de los menores.

En este sentido, siempre debe prevalecer en primer término, el orden público en la maternidad substituta, cuando no vaya en contra del interés superior del menor, de la mujer e integrantes de la familia.

“La Constitución General de la República, entre otros artículos, en el 4º, determina como garantías familiares que la Ley Fundamental debe proteger la organización y el desarrollo de la familia. Que toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa. Respecto a los niños y niñas, tiene derecho a que se satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Para lograr estos objetivos, el Estado, orden público, debe proveer lo indispensable para lograr el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”.<sup>94</sup> Así ordena la Carta Fundamental de nuestro país. Igualmente, las Convenciones Internacionales; verbigracia, como la de la niñez y las leyes federales y locales del país, fundamentan jurídicamente el orden público.

---

<sup>94</sup> Ibidem. pp. 67 y 68.

Para Julián Güitrón Fuentevilla, “el orden público es la situación y el estado de legalidad normal, en que las autoridades judiciales, familiares, civiles, penales, administrativas, etc., ejercen sus atribuciones propias; es decir, las imponen por el carácter coactivo del derecho, y los ciudadanos, entre otros los miembros de una familia, los deben respetar y obedecer sin protestar”.<sup>95</sup>

En otras palabras, el orden público vinculado con la jurisdicción y la autoridad, permite la imposición de una sanción o una situación jurídica determinada, que se contrapone a lo privado, a lo individual, a lo personal; por ello, es trascendente, saber que el Código Civil comentado, ordena en su artículo 138 Ter, que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público impuestas e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Desde mi punto de vista, las normas de orden público son aquellas leyes imperativo-obligatorias, donde se elimina el valor del principio de la autonomía de la voluntad. La expresión orden público, comprende la moral y las buenas costumbres. Donde su característica principal estriba en que son un conjunto de normas jurídicas, que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado.

La expresión “orden público” está inserta en nuestra legislación civil al preceptuar que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia

---

<sup>95</sup> Ibidem. p. 69.

de la ley, ni alterarla o modificarla. Podrán renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros; que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordenen lo contrario.

De acuerdo a lo expuesto, se debe dar cabida a la fecundación humana asistida, que origina la maternidad substituta, siempre y cuando ésta, no sea contraria a las normas de orden público, no denigren la dignidad de la mujer, ni de los niños así como de los padres y en general a todos los que intervienen en tal acto, y además sea en estricto sentido altruista.

Finalmente, diré que el Código Civil para el Distrito Federal por vez primera estableció desde su promulgación en el Título Cuarto Bis que se denomina De la Familia. En un Capítulo Único, las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público y de interés social. Su objeto es proteger la organización y el desarrollo íntegro de los miembros de la familia basado siempre en el respeto a la dignidad de cada uno de ellos. Igualmente, que las relaciones jurídicas familiares, incluyen derechos, deberes y obligaciones, de quienes integran una familia, creadas no sólo por el vínculo del matrimonio, sino también del parentesco, adopción o concubinato. Sobresale que es deber de los miembros de la familia, observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos, en el desarrollo de las relaciones familiares.

## **5. Derechos y garantías que tienen lugar en la maternidad substituta.**

Como se ha venido puntualizando, la maternidad substituta consiste en contratar los servicios de una persona (mujer) para que sea inseminada o fecundada, para que substituya a la madre que no puede concebir y se embarace con la intención de que al nacer el hijo así gestado, lo entregue a la o las personas que lo han solicitado.

Son varias las hipótesis o casos por las cuales se puede dar este supuesto, pudiendo intervenir hasta tres madres y dos padres: como por ejemplo, los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del infante después de nacido. Por otro lado, los padres genéticos: los que proveen el óvulo y espermatozoides, finalmente, la madre que porta o es alquilada para embarazarse, la mujer inseminada, es una madre substituta que presta su útero para que en éste se logre lo que en una mujer estéril no es posible.

Lo anterior, no sería posible, si la mujer no ejerciere los derechos y garantías que establece la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley General de Salud, y otros ordenamientos secundarios.

En primer lugar, la mujer al ejercer la maternidad substituta tanto lo que solicita ser substituida como la que es fecundada, hacen uso, de la garantía de igualdad jurídica establecida en el artículo primero de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, se hace realidad, lo que establece el artículo 4º constitucional, en atención a la libertad de procrear de manera libre e informada, sobre el número y espaciamiento de los hijos.

El derecho a disponer libremente del cuerpo, por parte de la persona, es otro derecho que se ejerce, por la mujer para permitir ser fecundada con su pleno consentimiento. Siempre y cuando se haga con fines lícitos y altruistas. Asimismo, en el Código Civil para el Distrito Federal, se permite el empleo de métodos de fecundación o inseminación asistida con pleno consentimiento de las partes pudiendo encuadrar a la maternidad substituta.

Por su parte, la Ley General de Salud, aunque no lo establece de manera precisa también permite en su articulado, la procedencia de utilizar métodos de fecundación humana asistida para corregir las alteraciones en el hombre y la mujer que no puedan concebir.

Lo anterior, no tendría razón de ser si el Derecho Familiar, permaneciera estático a los avances científicos, lo que a este le corresponde es que se proteja el interés superior del menor de la familia de sus integrantes con leyes modernas basadas en el derecho e idiosincrasia socio-jurídica real.

## **6. Principales ordenamientos jurídicos que aluden a la maternidad substituta en México.**

A pesar que nuestro máximo ordenamiento jurídico, no regula en forma específica lo relacionado a la maternidad substituta, sí deja entrever la posibilidad

de llevarse a cabo a través de la garantía de igualdad y libertad de procrear contenida en sus artículos 1, 4 y 123; pero para hacer posible lo anterior sería necesario reformar tal ordenamiento.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, también hace lo propio cuando señala en algunos de sus artículos el empleo de métodos de fecundación asistida, las cuales analizaré en los puntos subsecuentes, así como lo que ya precisamos en el Código Civil de Tabasco, el Código Familiar de San Luis Potosí y en la Ley General de Salud, ordenamientos que a continuación cito.

#### **a. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Como lo señalé, el artículo primero constitucional, establece que todos los individuos gozarán de las garantías que otorga la constitución, por ello será necesario modificarla para dar cabida a la maternidad substituta. Ahondando sobre el tema, la autora Alicia Elena Pérez Duarte y N., señala: “El artículo 4º de la Constitución es la primera referencia que encontramos sobre este tema (maternidad). Los derechos que se establecen en este artículo respecto de la maternidad son dos: el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número o esparcimiento de los hijos y el derecho a la protección de la salud; tiene, además, en derecho varios efectos: con relación a la filiación, al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad”.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2ª ed., Ed. UNAM, México, D.F., 1999. p. 76.

Para confirmar lo dicho, será necesario transcribir los párrafos segundo y tercero del artículo 4 constitucional que establecen los dos derechos citados:

“Artículo 4º. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

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

Es importante señalar que, el primero de los derechos, guarda estrecha relación con el tópico que nos ocupa, toda vez que consideramos a la maternidad, con base a lo expresado por la autora Alicia Elena Pérez Duarte y N., como “la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano”.<sup>97</sup>

Respecto al segundo de los derechos, consagrado en el tercer párrafo del artículo en comento, establece la protección a la salud, misma que se traduce en la obligación del Estado de proveerle al individuo todos los elementos necesarios a fin de lograr su completo estado de bienestar físico, mental y social, lo cual, permita su equilibrio, adaptación y desarrollo al medio en el cual vive.

Otro de los preceptos constitucionales que contempla cuestiones relativas al tópico de la maternidad es el artículo 123, específicamente las fracciones V y XV del apartado “A”, así como la fracción XI, inciso c) del apartado “B”, que establecen lo siguiente:

---

<sup>97</sup> Ibidem. p. 77.

“Artículo 123.

...A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrá dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

...XV. El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trata de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

...B.- Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

...c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de medio hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicina, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles”.

De acuerdo a lo citado, puedo decir que el artículo 123, fracción V, Constitucional, garantiza el goce de ciertas prerrogativas para las mujeres embarazadas, entre las que está el descanso con goce de sueldo de seis semanas anteriores a la fecha aproximada para el parto y de seis semanas posteriores al mismo. Más adelante, las fracciones V y XV del apartado “A” y XI, inciso “c”, del apartado “B” del mismo artículo fijan las normas mínimas que

protegen los períodos de gestación y lactancia. Protección que tiene como fundamento último la salud y el bienestar tanto de la mujer embarazada como de sus hijos e hijas.

De igual forma, los artículos constitucionales analizados, resguardan la integridad de las personas que pueden procrear o que están embarazadas, más no a las personas que por alguna imposibilidad física no pueden procrear, sin embargo, éstas ya tienen otras alternativas que han sido analizadas con anterioridad como la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, situaciones que no existían al momento de la redacción de los preceptos constitucionales citados, sin embargo, actualmente existe la posibilidad de brindar a estas personas el ser padres, de un hijo de sus propios gametos o no, pero con la conciencia de serlo, por lo que la ley debe poner atención en estos temas, sin embargo, creo que no debe analizarse esta propuesta desde el punto de vista constitucional, pues sería hacer una constitución casuística, además de que la maternidad está garantizada como garantía individual, como vimos anteriormente, y el punto sería discutible en las leyes especiales de la materia, como puede ser el Código Civil para el Distrito Federal, tal como se analizará.

#### **b. Código Civil para el Distrito Federal.**

En el Distrito Federal, según el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, “la filiación se calificaba por las clases de hijos que regulaba la ley. Aún en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, discriminan a los hijos, calificándolos

con adjetivos peyorativos, según sea el origen de las relaciones sexuales de sus progenitores. Si son producto de un adulterio, la filiación es adulterina y el adjetivo así se estampa o se especifica en el acta de nacimiento respectiva. Algunos Códigos, expresan que no debe calificarse a los hijos y paladinamente en sus textos, disponen que se les diga de madre desconocida, incestuosos, expósitos o abandonados, sin dar una fórmula legal que les dé verdadera igualdad.”<sup>98</sup>

Hasta antes de las reformas al Código Civil del año 2000, había doce clases de hijos, que agregados a los mencionados, eran de madre o padre desconocido; huérfanos; de la cárcel, de concubinato; naturales; legitimados; de matrimonio y otros. “Frente a estas atrocidades, la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, ha emitido disposiciones, verdaderamente protectoras de los menores; en el caso concreto, México, junto con otros seis países, en 1989, lanzó la iniciativa, que Carlos Salinas, Presidente de México, celebró en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas.

El expresidente Vicente Fox, destacó en este foro, que en la misma, deben agregarse temas sobre pornografía infantil, violencia familiar, maltrato y abandono de menores. Debe actualizarse la Convención de los Derechos de la Niñez, porque en más de diez años, la ley no se ha actualizado y sus hipótesis en algunos casos, resultan obsoletas, a pesar de las declaraciones de altos funcionarios de las Naciones Unidas, respecto a ésta.”<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Op. cit. pp. 29 y 30.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 30.

Deben revisarse la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, en cuanto a las normas de Derecho Familiar, para eliminar las que discriminan a los hijos por su origen o por las relaciones sexuales de sus padres; es decir, que desaparezcan los hijos adulterinos, incestuosos, de la cárcel, de madre desconocida, huérfanos, de la calle, expósitos, adoptivos, de padre desconocido, legitimados, de concubinato, naturales, de matrimonio, e incluso, los concebidos por fecundación humana asistida.

Con relación al tema, debe considerarse que se ha entrado a una regulación de los métodos de fecundación asistida, porque se le dan efectos jurídicos, cuando se realizan entre cónyuges y consiente el marido en ellos, porque no se puede impugnar esa paternidad en los términos mencionados, sin embargo, el legislador se mostró tibio para regular la fecundación humana asistida en el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 y sólo algunos artículos la señalan como son entre otros: 293, 325, 326, 329, 338 y 338-Bis, los cuales cito y comento.

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

De acuerdo a lo expuesto y como lo señalé, el legislador como que quiere y no respecto a regular específicamente la fecundación humana asistida, porque

primero reconoce en el artículo 292 como parentesco al consanguíneo, afinidad y civil, sin embargo, en el segundo párrafo del artículo 293, precisa que también se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer o sólo ésta que haya procurado el nacimiento para atribuir el carácter de progenitores o progenitora.

También, señala el artículo en su mismo párrafo, que la donación de células germinales no producirá ningún parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. Este artículo, debe ser más claro a efecto de evitar confusiones y darle el nombre adecuado, así como la posible modificación a dicho numeral respecto al tipo de parentesco generado.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, establece quienes se presumen hijos de los cónyuges señalando en sus dos fracciones, cuáles son, pero a su vez, el numeral 325 del mismo ordenamiento, puntualiza.

“Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

Como ya no se utiliza el ayuntamiento carnal para procrear, ¿se admitiría la fecundación asistida? En esta hipótesis, debiéramos mencionarla como tal; porque cabe tal posibilidad.

Para confirmar lo expuesto, me permito citar, lo que el artículo 326 precisa al respecto en su segundo párrafo.

“Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

Este artículo me da la razón, respecto a la tibieza y displicencia del legislador respecto a la fecundación asistida, donde insisto, cabe la posibilidad de la maternidad substituta, la cual debe regularse de manera idónea como ya se hace en el Código Familiar de San Luis Potosí, el cual, se inspiró en el Código Familiar del Estado de Hidalgo, cuya autoría corresponde al Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla.

Siguiendo con lo expuesto, el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

La fecundación asistida, es una realidad, por lo tanto, médica y jurídicamente debe realizarse conforme a derecho, de acuerdo a los principios protectores del Derecho Familiar.

Siguiendo con lo expuesto, y aunque pareciera que el artículo que a continuación cito, fuere contradictorio y niegue lo aquí sostenido, es preferible, hacerlo.

“Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

Este artículo, pretende echar por tierra lo dicho, al señalar que la filiación no puede ser motivo o materia de convenio entre partes ni de transacción, pero, si ya está previendo en artículos anteriores la fecundación asistida, debe darse continuidad al respecto, lo único que se quiere, es legislar adecuadamente.

Para confirmar lo dicho, el numeral 338-Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece.

“Artículo 338-Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

Lo previsto, corrobora la procedencia de la maternidad substituta o fecundación asistida, dejando todo, a la voluntad de las partes y a la necesidad de suplir la deficiencia de procrear o concebir, porque de acuerdo a este artículo, en la filiación cualquiera que sea su origen, no habrá distingos.

La filiación como regla general, se prueba a través de un acta de nacimiento. Si ésta no existe, se tiene que acudir a la posesión constante de estado de hijo. Aquí, el legislador llega a la conclusión de que por los avances de la biología molecular, si no se da esa posesión: Son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrece; pero la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o

presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Con otras palabras, cuando exista el consentimiento de los cónyuges, el niño gozará de todos los derechos que la ley prevé, sólo en caso de falta de consentimiento de los cónyuges habrá que atenernos a lo que se establece al respecto.

### **c. Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.**

El Código de la materia, es uno de los más adelantados respecto a la regulación de la maternidad substituta, dicho ordenamiento se publicó el 18 de diciembre del 2008, teniendo vigencia a partir del 19 de octubre del 2009. Dicho ordenamiento, dedica un capítulo completo para regular tal situación, en su capítulo V, denominado “De la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida” en diez artículos del 236 al 246, donde precisa un concepto de la reproducción humana asistida, qué se entiende por técnicas de reproducción asistida, cuáles se pueden practicar, qué son la inseminación homóloga, la heteróloga; en fin, todo lo relacionado a este tipo de reproducción de la siguiente manera.

“Artículo 236. Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.”

“Artículo 237. Se entiende por técnicas de reproducción asistida aquellas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.”

“Artículo 238. Las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán las siguientes:

- I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;
- II. Fertilización *in vitro*, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y
- III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.”

“Artículo 239. Se entiende por inseminación homóloga, aquella en la que el material genético ha sido aportado por ambos cónyuges o concubinos y, por inseminación heteróloga, en la cual al menos uno de los gametos ha sido donado por un tercer extraño.

Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticadas, no hayan podido engendrar o concebir.

Sólo se permitirá la reproducción heteróloga cuando ha sido medicamente diagnosticada, y se compruebe fehacientemente que no existe otra opción para realizarla.”

“Artículo 240. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con gametos de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, podrá ser implantado solo en el caso de la mujer viuda, pero ello deberá hacerse dentro de los catorce días siguientes al fallecimiento del marido, a efecto de que pueda atribuírsele la paternidad, pues de no hacerlo dentro del término correspondiente, bajo ninguna circunstancia podrá atribuírsele dicha paternidad. En los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, el óvulo fecundado en forma extracorpórea y en fecha posterior a que se decrete la disolución del vínculo, no podrá atribuírsele la paternidad al hombre, sin perjuicio de que pueda ser implantado a la mujer.”

“Artículo 241. Todo pacto o convenio que verse sobre la reproducción humana asistida, realizado en nombre de otra persona es inexistente.”

“Artículo 242. Tratándose de inseminación heteróloga no se establecerá ningún lazo de filiación entre la hija o el hijo y él, la o los donantes de gametos.”

“Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.”

“Artículo 244. La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con

el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

Quien haya dado su consentimiento para la práctica de una técnica de reproducción asistida, no podrá impugnar la filiación que de esta resulte, a no ser que la petición se base en que la hija o el hijo concebido no fue producto del tratamiento.

Igualmente, el concubino que otorgó su consentimiento para la aplicación de una técnica de reproducción asistida en su concubina, está obligado a reconocer la paternidad del hijo producto del tratamiento.

La gestación de un embrión, cuya progenitora hubiese fallecido, no afectará la filiación del gestado cuando se trate de reproducción humana asistida.”

“Artículo 245. Declarado nulo un matrimonio, haya buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, las hijas o hijos tenidos durante él, se consideran como hijas o hijos de matrimonio, aún cuando la mujer se encuentre gestando un hijo, cualquiera que fuera la procedencia de los gametos utilizados.”

“Artículo 246. Contra esta presunción se admite la prueba del ADN, y la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

La reproducción humana asistida llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge, se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador.”

Como podemos ver, el código de la materia presenta un gran avance respecto a este tipo de reproducción, aunque todavía falta mucho por hacer. Lo importante es que ya se inició, corresponderá al Derecho Familiar y a sus máximos exponentes, mejorar lo escrito.

#### **d. Ley General de Salud.**

Esta ley se publicó el 7 de febrero de 1984, entrando en vigor el 1º de julio del mismo año. Para tener una idea mejor de lo sostenido, citaré los capítulos que tienen relación con el tema en estudio.

El título primero, capítulo único de la ley referida, establece en su artículo 2º, lo siguiente.

“Artículo 2º. El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.”

En este precepto puede observarse la atención del legislador para proteger la vida del ser humano, buscando que ésta se desarrolle de manera óptima. Para tal efecto, se permite la aplicación de la investigación científica y tecnológica para la salud tal como se lee en la fracción VII del citado artículo.

El artículo 3 se refiere a la planificación familiar, el cual estipula que:

“Artículo 3. En términos de ésta ley, es materia de salubridad general...  
V. La planificación familiar.”

En el Título Tercero, del Capítulo VI referente a la prestación de servicios de salud, nos dice que:

“Artículo 67. La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación, educación para los adolescentes y jóvenes. Los servicios que se presten en la materia, constituye un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad.”

Este precepto, especifica también el derecho a la planeación familiar, es decir, elegir de manera libre y responsable el número de hijos que la pareja desea procrear. Empero, en la primera parte del artículo, se incorpora la idea de prioridad respecto de los menores y adolescentes, a efecto de informarlos acerca de la planeación familiar, tal prioridad se entiende en función de que los adolescentes forman al llegar a la edad adulta una familia, para ello, este precepto encuentra su

relevancia en la preponderante necesidad de concienciar a la juventud de las responsabilidades que conlleva la planeación y formación de una familia.

El artículo 68 nos indica que:

“Los servicios de planificación familiar comprenden:

- I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezcan el Consejo Nacional de Población;
- II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar;
- IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.”

Considero a este artículo, como uno de los de mayor importancia con relación a mi investigación, pues en su fracción IV menciona que entre los servicios que comprende la planificación familiar, se hayan el apoyo y fomento a la investigación biológica de la reproducción humana y no tan sólo van a apoyarla, sino que fomentan el estudio de ésta y de la planificación familiar.

Ahora bien, el Título Quinto, trata sobre la investigación para la salud, se pueden enumerar algunos artículos cuya finalidad es brindar protección al ser humano, así tenemos:

“Artículo 96. La investigación para la salud, comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

1. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos.”

En este precepto, queda establecida la importancia de la investigación de los procesos biológicos y psicológicos del ser humano, como factores determinantes de la calidad en la salud.

La Ley General de Salud, al establecer protección a la vida humana desde su inicio; aunque no define cuándo se inicia la misma, o bien, qué es la concepción. Esta ley protege al ser humano durante su vida y principalmente cuando se trata de hacer investigaciones en el cuerpo del mismo.

Por otra parte, en el Título Decimoctavo de esta ley, denominado “Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos”; en el Capítulo VI “Delitos”, se refiere a la inseminación artificial, en el artículo 466 que dispone:

“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.”

Esta ley se refiere a la fecundación asistida, sólo en el supuesto de que constituya un delito, pero no especifica los casos en que se puede llevar a cabo, ni los métodos que puedan realizarse y con respecto a la mujer casada, ésta necesita el consentimiento de su cónyuge para ser inseminada.

Será importante mencionar lo que establece el Reglamento de la Ley General de Salud en su artículo 40, aplicable al tema objeto de nuestro estudio.

“Artículo 40. Para efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida: Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga), e incluye la fertilización *in vitro*.”

En este artículo puede observarse que ya se contempla la posibilidad de utilización de los métodos de fecundación asistida.

Con relación a la fracción XI del artículo anterior, el artículo 56 del mismo reglamento añade:

“Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida, sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si este difiere con el del investigador.”

Este artículo establece el momento y las circunstancias en que la pareja puede hacer uso de los métodos de fecundación asistida. A saber, para el tratamiento de la esterilidad. Al respecto, considero atinado dicho artículo, aunque en forma parcial, ya que establece que se respetarán los puntos de vista moral, cultural y social de la pareja, no haciendo referencia a la religión y como sabemos, en nuestro país, la mayoría somos creyentes, ya que existe la libertad de creencias religiosas, además, debe establecer que se autoriza solamente a parejas unidas en matrimonio o en concubinato, que tengan como mínimo dos años de vida en común.

Lo anterior, en virtud de que imaginemos qué pasaría si se autoriza la aplicación de cualquier método de reproducción asistida, a personas que no siendo estériles, desean tener un hijo con ciertas características, o simplemente, porque la mujer considera que si tiene un hijo con su marido heredará la apariencia física de éste, y ella lo quiere más atractivo e inteligente, por citar un ejemplo. Ahora con lo que respecta a las personas que se les debe de autorizar la práctica de la fecundación asistida, qué resultado tendríamos si se les autoriza por ejemplo, a homosexuales o a lesbianas; ¿nacerá el niño en una familia adecuada

para su pleno desarrollo psicológico y social? Considero que no y por lo mismo, propongo que sólo se autorice a parejas unidas en matrimonio o en concubinato.

La evidente exterioridad del derecho, dificulta la apreciación de intenciones. La moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen éste a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varíe de pareja a pareja.

**CAPÍTULO CUARTO**  
**NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA EN EL**  
**DERECHO FAMILIAR**

Siempre será importante, determinar a qué naturaleza jurídica corresponde un hecho, acto, contrato o institución de derecho, para así ubicarla dentro del ámbito de la ley y del derecho mismo, es por ello que el presente capítulo, irá encaminado a determinar lo propio, con relación a la maternidad substituta, para así saber si es un acto jurídico o un acto de Derecho Familiar, o contrato; lo anterior, se desentrañará al observar lo siguiente.

**A. La maternidad substituta como un acto de necesidad para la reproducción humana.**

La necesidad natural y el deseo de procrear, ha llevado a la pareja a buscar soluciones alternas en orden de resolver parcialmente su problema de esterilidad.

De esta manera, a través de diversas técnicas de inseminación artificial se ha llegado a la aparición del fenómeno de la madre substituta o constitutiva de una manera más sofisticada y compleja; pues si bien la ciencia ha colaborado para llevar a cabo dichas prácticas, en nada auxilia en la solución de los problemas éticos-jurídicos que se presentan en la actualidad.

La doctrina jurídica hoy en día, habla de nuevos valores tutelares; así, se discute sobre el derecho al niño, entendiendo como el derecho que toda mujer

tiene de procrear valiéndose de las técnicas que la ciencia pone a su disposición, se habla de un derecho al embrión como un ente susceptible de ser protegido; encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

Aparte de esta doctrina jurídica, se debe contar con un conjunto de normas de esta materia que regulen esta realidad que se nos está escapando; así, el Juez se ve obligado a aplicar viejos moldes a hechos nuevos, en virtud de que un Juez o Tribunal no puede dejar de resolver una controversia ante el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. (Artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal).

Aspectos tales como la filiación, las sucesiones, se ven afectadas por la aplicación de dichas técnicas.

En algunos países, se han presentado juicios para determinar la paternidad, maternidad y la custodia del menor. Juicios que duran años, por ello, considero que ésta, es un hecho, al cual el derecho, no puede ignorar y por tanto, debe regular.

No todos los países tienen los mismos requisitos, respecto a la reproducción humana asistida (maternidad substituta). En el mundo contemporáneo hay diferencias altamente marcadas.

“En Europa se reglamenta de una forma especial la reproducción humana asistida, en primer lugar, están los que promueven el avance de las técnicas e

impulsan a continuar con las investigaciones, como Francia, España y el Reino Unido; en segundo lugar, existen los que pugnan por respetar la dignidad de la persona y el interés del niño; como Alemania, Suecia y Francia.”<sup>100</sup>

Los países citados, aceptan las nuevas técnicas de procreación asistida en un sentido terapéutico, por ello, “permiten no sólo a los matrimonios sino a las parejas de hecho (excepto en Alemania que requieren de un permiso especial y en Francia que tienen que acreditar la convivencia por más de dos años). Por otro lado, España y el Reino Unido admiten la posibilidad a mujeres solteras. Permiten la inseminación artificial homóloga, la heteróloga y la fecundación *in vitro* con gametos propios de la pareja. Cuando la inseminación es heteróloga, (con gametos ajenos) no es aceptada. Lo anterior sucede en Suecia y Alemania.”<sup>101</sup>

Como lo señalé en su momento, es importante guardar el secreto o respetar, el anonimato del donador, aunque esto, es una situación controvertida en los países citados.

Unos, están de acuerdo en guardar el secreto y otros no, los primeros se apoyan en que los hijos así concebidos tienen derecho a conocer sus orígenes. Sólo en Suecia, el niño puede conocer la identidad de su padre biológico, en atención al interés superior del menor, porque debe prevalecer sobre todas las cosas, los derechos del niño; en otros países, como Francia, España y el Reino Unido sólo pueden conocer los rasgos genéticos pero no la identidad del donador o supuesto padre.

---

<sup>100</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. Op. cit. p. 189.

<sup>101</sup> Idem.

A pesar de lo avanzado de las legislaciones citadas, son coherentes, en cuanto rechazan la substitución de la maternidad por considerar nulo de pleno derecho cualquier convenio que se realice, respecto al arrendamiento de útero porque este no está en el comercio y mucho menos, cuando es oneroso, a excepción de lo permitido en los países anglosajones, porque no existe vínculo jurídico, entre el donador de gametos y el niño, de acuerdo a la fecundación heteróloga.

Otro criterio, prohíbe la impugnación de la paternidad cuando el marido o la pareja ha otorgado su consentimiento de manera expresa para la inseminación. En esta hipótesis, el consentimiento es considerado como elemento constitutivo de la filiación, es decir, es el elemento más importante de la institución en este tipo de procreación; de tal forma, que aquél que haya consentido expresamente la inseminación artificial de su mujer o compañera no podrá impugnar la paternidad del hijo o hija que haya parido, en razón del consentimiento otorgado.

Finalmente, para Anibal Guzmán, “una apreciación distinta a la señalada, es la sostenida en otros países, donde sólo hicieron adecuaciones a sus códigos civiles o familiares en la parte conducente a la impugnación de la paternidad, prohibiendo ejercitar esta acción si se otorgó el consentimiento para realizar la procreación asistida; algunos admiten la procreación asistida con gametos ajenos, otros sólo con los de la pareja.”<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Ibidem. p. 192.

De acuerdo a lo expuesto, nos lleva a concluir que en México y en muchas partes del mundo, si está legislado alquilar el vientre; tener un hijo y, paradójicamente, no ser la madre del mismo; contradiciendo, entre otros preceptos, que desde la época de los romanos, pasando por el Código Napoleón de 1804 hasta nuestros días, se ordena que la madre siempre es cierta por el solo hecho del nacimiento. El Derecho Familiar, en específico, no debe olvidar la necesidad imperiosa de muchas parejas por procrear y el Estado a su vez, debe buscar los mecanismos adecuados para no alterar ni el orden público, la moral, ni las buenas costumbres, pero sobre todo, debe proteger y resguardar, el interés superior del menor.

### **B. Criterios esgrimidos sobre la maternidad substituta.**

Aunque no existe una relación sexual entre el padre y la madre de alquiler si así se desea, ésta juega el papel más importante en todo el proceso, gestando y dando a luz el bebé.

“Una técnica que consiste en la estimulación ovárica de la mujer y como consecuencia a ésta, la extracción de los óvulos que son fertilizados con los espermatozoides del padre, lo que da paso a la formación de embriones. Estos embriones son implantados en el vientre de alquiler. En este caso se procede a la Fecundación *in vitro* (FIV) con los óvulos de la madre biológica y con los espermatozoides del padre elegido o donantes en su efecto. Cuando los óvulos de

la madre biológica no son óptimos, se procede directamente a la inseminación artificial (IAD) del vientre subrogado con el espermato del padre o donante.”<sup>103</sup>

“En EE.UU., pioneros en madres substitutas, es necesario para que una candidata pueda optar a alquilar su vientre, una gran cantidad de pruebas y evaluaciones como: exámenes psicológicos, controles de informes policiales, informes obstétricos, revisiones de póliza del seguro médico, realización de todo tipo de pruebas médicas y pasar un proceso de selección no solo por parte de la agencia que las contrata sino también con la supervisión de los doctores que procederán a la transferencia embrionaria o inseminación artificial.”<sup>104</sup>

Todo ello contribuye a tener tasas elevadas de éxito en los programas de gestación por sustitución y en muchos casos, consiguiendo excelentes resultados en los primeros transfer.

La mejor forma de elegir una madre substituta entre todas las candidatas no solo depende de este tipo de evoluciones, sino también de la afinidad que se pueda producir por ambas partes (madre substituta y futuros padres), una vez presentadas o puestos en contacto.

A la hora de tomar cualquier decisión deberemos tener en cuenta el país donde se está contratando la madre de alquiler, sus variantes, pero sobre todo, los criterios a favor o en contra, respecto a esta forma de fecundación de reproducción humana.

---

<sup>103</sup> ROMEO CASABONA, Carlos. El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana. 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2003. p. 218.

<sup>104</sup> *Ibidem*. p. 220.

## 1. A favor.

Respecto a los criterios a favor de la maternidad substituta, se sitúan los que la precisan en atención a la utilidad contractual, es decir, por el fin que se persigue, en llevar felicidad o la posibilidad de procrear a parejas donde alguno de ellos o los dos, no pueden engendrar o concebir; pretendiendo dar certeza jurídica a través de un contrato, lo cual, para muchos, no es lícito.

Para las feministas, sobre todo las liberales, “asumen los presupuestos contractualistas, haciendo hincapié en el hecho de que la limitación de estas prácticas se considera por lo menos como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres.”<sup>105</sup>

Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de subrogación, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho a la privacidad, de acuerdo con la Constitución norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a menos que éste, demuestre la existencia de un interés superior que justifique su acción. “La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de

---

<sup>105</sup> LEMA AÑON, Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. 3ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1999. p. 330.

anticonstitucionalidad de leyes Estatales en relación con la procreación: en *Skinner vs. Oklahoma* (316 U.S. 535 (1942)) al declarar anticonstitucional una ley de esterilización de los delincuentes, encontró que uno de los derechos civiles básicos del hombre era el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad de procreación, y declaró que el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza.”<sup>106</sup>

De lo expuesto, se infiere que la práctica de la maternidad substituta ha generado graves y complejos problemas, no solamente legales sino sociológicos y morales, difíciles de evitar. La mayoría se derivan de la negativa de la madre a entregar su hijo a los contratantes. La maternidad, se dice, no es propiamente un instinto de la mujer, es un sentimiento de solidaridad y amor que surge como consecuencia del embarazo; madre e hijo forman durante ese tiempo un solo cuerpo y dependen de una misma fuente de vida, simbiosis difícil de romper por el solo hecho del cumplimiento de un contrato que no es natural, que se opone a la naturaleza de la madre que gesta. De allí que los problemas de la maternidad subrogada seguramente continuarán, no importa si algunas madres contratadas superen el sentimiento de maternidad a que nos hemos referido, por causa de necesidad.

Finalmente, se puede decir, que los argumentos a favor se derivan de:

- La utilidad que representan.
- Llevar felicidad a las parejas que no pueden procrear.

---

<sup>106</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. El Concepto de Filiación. 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, España, 2004. p. 237.

- Hacer efectivo el derecho de procreación.
- Como un acto de piedad como se consideraba en la antigüedad; y
- Como una forma de controlar estos actos que ya se dan, incluso en nuestro país.

## **2. En contra.**

Las discusiones más frecuentes respecto a la maternidad substituta, se derivan de la licitud de esta figura jurídica. También es discutible, el o los intereses que el derecho va a proteger para el caso de que este tipo de fecundación humana asistida se realice.

Algunos ordenamientos jurídicos, precisan que la figura jurídica de la maternidad substituta, es ilícita. En otros países, la reprueban y prohíben, sobre todo, cuando haya algún arreglo económico o se realice por intermediarios.

“Regímenes intermedios pasan también por la limitación de las formas que se consideren más graves (por ejemplo rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto, en los que la mujer de la pareja es capaz de gestar, pero admitirla en principio cuando hay vínculos familiares entre las partes); o por impedir que el acuerdo fuese coercible, y aplicar el criterio de que el consenso habría de mantenerse durante todo el proceso, para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad.”<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. Op. cit. p. 268.

Frente a estas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción, o simplemente quedaran bajo la regulación general, y por lo tanto, sobre lo acordado por las partes.

La problemática derivada de esta práctica, ha sido causa de que se descalifique como aceptable la que es motivada por la conveniencia de una mujer físicamente capaz de gestar que recurre a otra para que se embarace por ella. Esto implica el serio riesgo de permitir que surja la explotación comercial, por lo tanto, en varios países se ha legislado en el sentido de considerar un delito el funcionamiento de mujeres que se embaracen por cuenta de otra, o llevar a cabo arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestadora.

“Los contratos de subrogación, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales. La práctica es hoy conocida como maternidad subrogada y a ella recurren parejas en las cuales, la mujer padece alguna de las causas de infertilidad irreversible, es eventual transmisora de enfermedades o defectos de origen genético, o bien, siendo sana y capaz de gestar, decide que otra se embarace por ella, soslayando las molestias y los riesgos de la maternidad.”<sup>108</sup>

Lo anterior, ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su

---

<sup>108</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Derecho Tecnológico, la Nueva Inseminación Artificial. 3ª ed., Ed. Turullols, Buenos Aires, Argentina, 2003. p. 169.

cumplimiento. Están integrados por médicos, psicólogos, abogados y un catálogo de mujeres dispuestas a embarazarse por paga, y cobran una suma importante por su intermediación. En los Estados Unidos y diversos países europeos abundan estas agencias que comienzan a invadir otras partes del mundo donde el nivel económico de las parejas permita el pago de sus servicios.

La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente. Algunos países permiten que la mujer embarazada por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transporte, hospitalización, etc. Y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se prohíbe recibir compensación por el “servicio” como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.

Puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

### **C. La necesidad de determinar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta.**

Como lo precisé en su momento, es importante determinar la naturaleza jurídica no solo de la maternidad substituta, sino de cualquier otra institución,

contrato, acto o hecho jurídico, por ello, en primer lugar, puntualizaremos lo que al respecto entiende el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, con relación a la naturaleza jurídica en general.

“Determinar la naturaleza jurídica de una institución, de un acto jurídico, de un contrato o de cualquier figura jurídica en derecho, permite conocer su ubicación, saber a qué rama de las diversas que integran la ciencia jurídica pertenece y, sobre todo, que para el investigador o estudioso preocupado por la colocación adecuada de la figura que se está analizando en el derecho, permitirá, como ocurre con el caso de la maternidad substituta, saber determinar o cuando menos, tener una idea aproximada del sitio o lugar que debe ocupar el acto o la institución de que se habla, porque en función de ello, podremos con toda claridad, definirla y sobre todo, entenderla y en el caso específico de la maternidad substituta, por las implicaciones que ésta trae consigo, permitirá precisar si en realidad se puede sostener, hablar, escribir, decir que hay clases de filiación como actos o hechos que la rodean. No debemos olvidar que el derecho es vida y no un conjunto de normas puesto a disposición del conocedor de ellas, para servirse en su único y exclusivo beneficio; *ubi societas, ibi jus*; donde está la sociedad, allí está el derecho y la responsabilidad, ocupando siempre su lugar.”<sup>109</sup>

Tomando en cuenta al autor citado, naturaleza jurídica, es por ejemplo, saber con precisión que si hablamos de un contrato de compraventa, su

---

<sup>109</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Responsabilidad Civil*. 1ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Directora Aída Kemelmajer de Carlucci, República de Argentina, 2007. p. 100.

naturaleza jurídica es la de ser traslativo de dominio, abundaríamos en casos concretos en determinar la naturaleza jurídica de un cadáver, que no es una persona muerta, sino una cosa y los efectos que derivan de ésta son distintos si no precisamos su naturaleza jurídica.

En consecuencia, naturaleza jurídica en general es, con una o varias palabras, ubicar la institución o acto jurídico del que estamos hablando en el gran mundo del derecho. Por lo que corresponde a la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, ésta, puede explicarse como acto constitutivo, como objeto de derechos disponibles, o como relación jurídica contractual, las cuales estudiaremos más adelante.

### **1. Normas de Derecho Civil.**

Las normas enunciadas, respecto a la maternidad substituta, se encuentran ante la disyuntiva de determinar quién debe ser la madre legal, si la gestante, o la que aporta su material genético, en primer lugar la madre, sería la gestante, de acuerdo con la doctrina civil. Para el caso de arrendamiento de útero o maternidad substituta, la problemática es mayor para determinar cuál de las dos mujeres ejerce mayor influencia en la formación de su hijo y precisar quién tendría más derechos sobre el menor.

“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.”<sup>110</sup> 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.

Las soluciones propuestas, resultan indiscutibles 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.

Lo señalado pareciera ser opuesto, pero hay similitud en atención al interés superior del menor, el cual, impera en los principales regímenes de filiación.

Independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad substituta, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre

---

<sup>110</sup> DIEZ PICAZO, Luis. Sistemas de Derecho Civil. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 2000. p. 201.

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.

En tal hipótesis, si el hijo quiere 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.

Algunos civilistas “reconocen la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo alegando la estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual, la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo.”<sup>111</sup>

Moran de Vicenzi considera que “esta solución aunque no es totalmente satisfactoria, puesto que implica excluir a la mujer que brindó su aporte genético, es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de identificación de la madre y del nacido.”<sup>112</sup>

Al igual que en los supuestos de fecundación heteróloga de la mujer casada, esta técnica también tiene repercusiones en el ámbito de las relaciones

---

<sup>111</sup> Ibidem. p. 202.

<sup>112</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. Op. cit. p. 196.

conyugales. El hecho de que la figura materna sea totalmente asumida por la, erróneamente llamada, madre subrogada, ha llevado a que algunos autores califiquen esta figura de adulterio consentido.

No se trata de un supuesto de adulterio, lo cierto es que la autorización de la cónyuge para la inseminación de la madre subrogada con esperma de su marido, implica una disposición del deber de fidelidad, entendido como la entrega mutua y exclusiva de los cónyuges. Lo mismo sucede cuando el cónyuge autoriza que su mujer lleve adelante la gestación de un concebido con semen del varón de la pareja comitente.

De lo expuesto, se observa que la propia naturaleza de la maternidad impide que los principios y normas comunes puedan ser interpretados de forma tal que puedan dar una solución concluyente a las cuestiones planteadas por la coexistencia de las maternidades. “Ahora bien, la invocación del principio del favor *genitoris* y del principio de autorresponsabilidad por la procreación constituye el fundamento de una nueva tendencia favorable a la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente o social.”<sup>113</sup>

La maternidad genética y maternidad obstétrica o de gestación trae al derecho una nueva perspectiva. Precisamente su mayor conquista, a lo largo del tiempo, en el empeño porque el hijo tuviera desde el nacimiento un progenitor al menos que se ocupara de él, se había alcanzado al considerar a la madre siempre

---

<sup>113</sup> Idem.

cierta por el hecho mismo del parto. Convencimiento basado en las leyes de la biología que hoy se han superado ampliamente cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido.

## **2. Normas de Derecho Familiar.**

Uno de los resultados más importantes para afirmar que México es líder en Derecho Familiar, lo constituye el conjunto de normas que hoy en día protegen a la madre soltera, a los hijos, al matrimonio y en general, a los ancianos, a los alcohólicos, a los drogadictos y en general, a todo lo que concierne a la familia, integrantes y nuevas formas de fecundación humana.

El Derecho Familiar y sus normas, son imperativos, es decir, no se proponen y mucho menos se discuten. El Derecho Familiar es determinado por la ley, surge de la voluntad del legislador; pero jamás, podrá ser producto de la autonomía de la voluntad, como ocurrió en el siglo pasado con el Código Napoleón, donde incluso lo que se decía de la familia era eminentemente de carácter privado; pero hoy en día, nos enfrentamos con nuevos conceptos, nuevas formas de organización social, y sobre todo, a ratificar que la voluntad de los particulares; de los miembros de una familia, tratándose del padre, de la madre, de los hermanos, de los parientes cercanos o lejanos, de una unión concubinaria, de una unión de hecho, de una unión matrimonial o de un divorcio en cualesquiera de sus clases, la voluntad en ninguno de estos actos, es capaz de crear normas de Derecho Familiar.

“Las normas de Derecho Familiar ordenan, no discuten. Se imponen, no se proponen. Obligan, no facultan a su cumplimiento. Imponen sanciones, aún en contra de la voluntad de quien siendo titular del derecho, no lo cumpla o no lo cumpla en la forma correcta o adecuada, como puede ocurrir en materia de alimentos o respecto a un matrimonio. En el segundo caso, si una pareja se casa y se abandona mutuamente, dejan de verse durante veinte o treinta años, ese matrimonio no prescribe. No caduca. No se termina. Sigue teniendo la misma fuerza vinculatoria desde su iniciación. Por eso, la voluntad de los particulares en Derecho Familiar, no trasciende. No sirve. No produce efectos jurídicos, ni aún en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, *laissez faire laissez passer*, porque ya no estamos en la época en la que los cónyuges, los hijos o los parientes podían o no dejar de cumplir con sus obligaciones.”<sup>114</sup>

De acuerdo a la naturaleza jurídica de las normas del Derecho Familiar, éstas, no pueden renunciar a los derechos o a la enajenación de los mismos.

Esto no es posible, porque la naturaleza jurídica del Derecho Familiar “es propia, no es Civil, no es Privado, sino que el Derecho Familiar ha creado sus propias normas, sus objetivos, sus fines, que están vigilados por el Estado; hay un interés público en que se cumpla con los fines del matrimonio, con los fines que debe alcanzar la familia; pero de ninguna manera puede enajenarse o renunciarse ningún Derecho Familiar, situación que obviamente ocurre en otro tipo de disciplinas, públicas o privadas, ya que no debemos olvidar aquella norma que se

---

<sup>114</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Op. cit. p. 40.

ha tomado del Código Napoleón relativa a que la voluntad es la norma suprema en los contratos, y todavía atendiendo a ese liberalismo francés, del cual tan lleno está el Código Civil del Distrito Federal, se siguen sosteniendo principios tan absurdos como el de que los actos jurídicos, específicamente de los contratos, son consensuales y no formales; ahí encontramos en un simple análisis, que en todos los contratos se exige una forma y no simplemente el consentimiento o una forma verbal.”<sup>115</sup>

Lo anterior, es posible en el Derecho Civil, en ningún supuesto se da en Derecho Familiar. No podemos encontrar figuras relacionadas con la adopción, la tutela, el divorcio, la emancipación, etc., donde las personas que en ellos intervienen, simplemente renuncien a sus deberes, y digan ya no quiero seguir con esa responsabilidad paterna, producto de la filiación, porque incluso en este caso, se llega al extremo de que se le impute a una persona la situación de padre.

De acuerdo a lo expuesto y con relación a las normas de Derecho Familiar, no es factible la maternidad substituta, como se viene planteando actualmente, habría que ponerla acorde a la normatividad del Derecho Familiar, donde se proteja a la familia, sus integrantes, pero sobre todo, al menor, interés superior de este por encima del Estado mismo.

#### **a. Teoría de Julián Güitrón.**

Como sabemos, Julián Güitrón Fuentesvilla, creó la teoría de la Autonomía del Derecho Familiar y de acuerdo a ésta, niega que la maternidad substituta, se

---

<sup>115</sup> Ibidem. p. 15.

dé por medio de un contrato oneroso, está de acuerdo que el Derecho Familiar, vigile y regule los cambios naturales, culturales, biológicos y sociales, pero sin alterar el orden público, el interés social o moral, las buenas costumbres, siempre se debe legislar a favor de la familia e interés superior del menor.

Con otras palabras, el Derecho Familiar, de acuerdo con la teoría de Julián Güitrón, “debe tener soluciones especiales, es decir, de acuerdo con el lugar donde vaya a aplicarse el criterio, porque si el país objeto de esa reglamentación es en extremo individualista, será imposible implantar una legislación fundamentalmente de proyección socialista, como es el caso de proteger a la familia.”<sup>116</sup>

La importancia social de la familia debe ser la guía del legislador, éste debe ser consciente de que la colectividad familiar tiene una influencia sobre su estabilidad, así pues, la intervención del legislador debe ser prudente, buscando todas las medidas protectoras de la familia, todo lo que pueda favorecerla, resguardándola de los intereses de todos y cada uno de sus miembros, procurando siempre el interés colectivo sobre el cual se basa la solidez de la familia, no ha significado todavía para el legislador, el valor que verdaderamente tiene, ya que excepto el Código de Protección al Menor, promulgado en el Estado de Guerrero en 1956, y el reciente Código Civil para el Distrito Federal del año 2000, han propiciado, que actualmente, en entidades federativas como Tabasco, Zacatecas, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí y la Ley de la Familia en Hidalgo,

---

<sup>116</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. Op. cit. p. 231.

cuenten con un Código Familiar, derivado del Código Familiar del Estado de Hidalgo, cuya autoría es del Maestro Julián Güitrón Fuentesvilla.

En esta tesis, la familia, debe observarse como una noción nueva enfocada al margen del Derecho Civil y de las leyes reglamentarias teniendo por objeto regular el estado de familia matrimonial, como extramatrimonial, asimismo, los actos derivados de ese estado y todas las consecuencias jurídicas personales y patrimoniales, como en el caso de la maternidad substituta. Es decir, las instituciones que abarca el Derecho Familiar, algunas son complejas como la institución en estudio, que necesita de sus propias reglas sin salirse del Derecho Familiar, por ello, lo importante para el Dr. Julián Güitrón y el Derecho Familiar, es la protección a la familia, para así, fortalecer a la sociedad y al Estado mismo, para que no sean débiles en su estructura porque, como se demuestra en la historia, la decadencia de los países, se da, cuando se debilitan los núcleos familiares.

#### **D. Comparación entre el acto jurídico de Derecho Civil y el acto jurídico de Derecho Familiar.**

La doctrina ha discutido si existe o no un acto jurídico particular del Derecho Familiar que, por sus características especiales, se haya desprendido de las nociones clásicas del Derecho Civil.

Algunos autores argumentan “que debe negarse su existencia ya que dicho acto jurídico familiar no se encuentra reconocido dentro de la normatividad civil,

misma que aplica de manera indistinta la teoría general de las obligaciones al acto familiar y al acto patrimonial.”<sup>117</sup>

No compartimos esa opinión. Desde nuestra perspectiva, es evidente que las reglas contenidas en la primera parte del cuarto libro del Código Civil, prácticamente, no pueden ser aplicadas llanamente a ninguna de las instituciones familiares.

En efecto, las nociones y teoría del acto jurídico civil presentan tantas excepciones en su aplicación en el Derecho Familiar que debemos afirmar que, efectivamente, se ha desvinculado del primero el acto jurídico de este último.

Para conceptuar el acto jurídico del Derecho Familiar es necesario delimitar, primero, el acto jurídico del derecho común, que podemos definir “como una modificación de la realidad exterior que produce, transmite, extingue o modifica consecuencias de derecho, precisamente por la voluntad de las partes.”<sup>118</sup>

Con base en lo anterior, podemos definir el acto jurídico familiar “como una modificación de la realidad exterior que crea, extingue, transmite, declara o modifica derechos subjetivos familiares o situaciones jurídicas relacionadas con el estado civil de las personas.”<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez. Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 31.

<sup>118</sup> *Idem*.

<sup>119</sup> *Ibidem*. p. 32.

La diferencia más evidente del acto jurídico familiar respecto del civil podríamos denominarla interna, dado que si bien los efectos del acto jurídico civil son crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, normalmente de carácter patrimonial, en el de familia estas son relaciones jurídicas en muchas ocasiones exentas de contenido económico. En efecto, en las materias que normalmente se reputan de Derecho Civil (bienes, obligaciones y sucesiones) el contenido obligacional es estrictamente pecuniario, mientras que en la mayor parte de los actos jurídicos del Derecho Familiar los derechos y obligaciones carecen de contenido patrimonial (por ejemplo, el débito carnal, la fidelidad, la ayuda mutua y procreación).

Por otro lado, debe afirmarse que la voluntad en el Derecho Civil actúa diferentemente a la del Derecho Familiar. “En el primero impera la máxima jurídica inscrita en el propio Código Napoleón, que señala que, la suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes, mientras que en el Derecho Familiar, al ser las normas de interés público, éstas se vuelven irrenunciables e inmodificables por la voluntad de las partes.”<sup>120</sup>

Lo anterior se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 6,8, y 138-Ter que dicen:

“Artículo 6. La voluntad de los particulares no pueden eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

---

<sup>120</sup> Ibidem. p. 34.

“Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario.”

“Artículo 138-Ter. Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social.”

En los actos jurídicos de Derecho Familiar, la voluntad tiene una intervención muy moderada, pues sólo participa en los casos en que expresamente se permite y, de ninguna manera, se puede indicar que la voluntad es la suprema ley que los rige.

A esto se le ha llamado ineficacia de la voluntad en los actos jurídicos del Derecho Familiar, señalando que la voluntad privada no es eficaz para crear, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares, ni tampoco para someterlos a modalidad alguna.

Algunos ejemplos de pactos nulos serían los siguientes:

- 1) “Que el matrimonio religioso surta plenos efectos civiles;
- 2) Matrimonio sujeto a término o condición.;
- 3) Una modificación a los elementos esenciales del matrimonio (v.gr. que se celebrara entre tres personas o entre sujetos de un mismo sexo);
- 4) Transacción de derechos de familia;
- 5) Renuncia a los derechos de alimentos;
- 6) Todo pacto o acto unilateral que quiera modificar los deberes de los cónyuges;

- 7) Los pactos que tiendan modificar el ordenamiento de la tutela o la patria potestad.”<sup>121</sup>

Los efectos de los actos jurídicos de Derecho Familiar y los del civil son, igualmente, distintos. En efecto, la mayoría de los deberes subjetivos familiares son absolutos (tienen efecto *erga homnes*) y de orden público, mientras que los del Derecho Civil, en general, son relativos y estrictamente privados.

Otra diferencia es que los actos jurídicos del Derecho Familiar son normalmente intransmisibles, irrenunciables y no son sujetos de transacción, al menos en lo que hace a sus efectos extrapatrimoniales (artículo 8, 2948 y 2950); mientras que en el Derecho Civil la situación es contraria.

Podemos agregar que dentro de las discrepancias entre los actos de Derecho Familiar y Civil están los diferentes efectos y cualidades de sus sanciones.

Las sanciones de los actos jurídicos del Derecho Familiar difieren de los del Civil en que, por lo general, en éste último hay inexistencia y nulidad tanto relativa como absoluta.

En Derecho Familiar no hay una diferencia clara entre nulidad absoluta y relativa, pues se comparten características de una y otra.

---

<sup>121</sup> Idem.

En ocasiones, un acto que en Derecho Civil sería nulo absoluto, es perfectamente confirmable en el de familia o surte efectos plenamente, aunque después sea anulado. En estos términos existen matrimonios que la teoría general de las obligaciones sancionaría como nulos absolutos y que, al determinarse como putativos de buena fe, surten plenos efectos.

Por otro lado, en Derecho Familiar las sanciones no sólo se reducen a las ineficacias sino que pueden ser agrupadas de la siguiente manera: Nulidad, revocación, divorcio y responsabilidad civil específica, aunque ésta, sus reglas generales no se aplican totalmente al Derecho Familiar.

Puede sorprender que en la lista en cuestión no se incluya la figura de la inexistencia; sin embargo, opinamos que dentro del Derecho Familiar tal institución es inaplicable.

En efecto, toda vez de los altos valores protegidos por la norma familiar generalmente se dotan de efectos al menos parcialmente, inclusive a aquellos actos jurídicos que carecen de consentimiento o contienen un objeto distinto del que motivó la celebración.

Por lo mismo, al surtir efectos jurídicos, tales actos supuestamente inexistentes, debe concluirse que efectivamente existen pues la nada debe ser normalmente ineficaz.

En consecuencia, en Derecho Familiar sólo deberá afirmarse si el acto es nulo o no y determinarse cuáles son los efectos que dicha nulidad, en lo particular, conlleva según la normatividad aplicable.

Por otro lado, puede igualmente afirmarse que los actos jurídicos familiares y del derecho común se diferencian en tanto que los primeros no son siempre coercibles y, por ende en mucho, son difícilmente exigibles.

En efecto, toda vez que la mayoría de las obligaciones contenidas en el Derecho Familiar son de hacer y en específico sin un contenido pecuniario debe afirmarse que, ante el incumplimiento, normalmente es imposible su imposición.

De suyo en el acto jurídico del Derecho Familiar las obligaciones se cumplen generalmente por una presión moral y social más que coercitivamente.

#### **E. Criterios jurisprudenciales.**

Nuestra jurisprudencia es escasa, por no decir nula, respecto a la maternidad substituta, sin embargo, nos apoyaremos en alguna vertida por nuestro máximo tribunal respecto al derecho a la vida del producto de la concepción.

**“DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES.-** Si se toma en consideración, por un lado,

que la finalidad de los artículos 4º y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.”<sup>122</sup>

De lo expuesto, se infiere que el derecho en general, la Constitución Política, Tratados Internacionales, Convenciones firmadas y ratificadas por el país

---

<sup>122</sup> Semanario Judicial de la Federación. T. XV Novena Época. 2ª Sala, Junio-Julio, México, D.F., 2009. p. 588.

de origen, deben tener en cuenta el interés superior del menor, como premisa fundamental en la preservación de la familia, sus lazos convencionales y principios primordiales del Derecho Familiar.

Con el propósito de ahondar en el tema en estudio, es pertinente apoyarnos en algunos ordenamientos jurisprudenciales extranjeros.

La jurisprudencia ha otorgado diferente valor a los convenios de maternidad por sustitución, en general la jurisprudencia americana ha sido más flexible a su admisión mientras que la francesa se ha mantenido en una firme postura invalidatoria.

“Caso modelo de esta tesis francesa: El cónyuge de una mujer que sufría una esterilidad absoluta donó su espermatozoides a otra mujer, quien trae al mundo a un niño, que es inscrito a su nombre y es reconocido como hijo natural del padre genético. La madre gestante cuando nace el niño autoriza la adopción de éste por la cónyuge del reconociente, pero en ese momento los cónyuges se separan y la mujer del padre genético se va del hogar con la criatura e inicia el juicio de adopción de la niña. La Corte de Potier hace lugar a la adopción simple teniendo en cuenta el desinterés de la madre genética y que la criatura había convivido con quien pretendía la adopción. No obstante lo cual la Corte de Casación anula la sentencia, con lo cual la niña se queda sin madre ya que la genética la había abandonado y a la madre social se le niega la posibilidad de adoptar, restándole solo la posibilidad de darse en adopción al momento de la mayoría de edad.”<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> <http://www.colbio.org.mx/nexos/Pedrolsabel.pdf>

Estimamos que la solución dada en este supuesto tiene el propósito de disuadir este tipo de técnicas, pero que en aras del interés de la ley no se puede vulnerar los derechos del menor, privándole de la posibilidad de ser adoptado, por quien tuvo el verdadero deseo de darle la vida.

En otros casos, como anteriormente expuse, la jurisprudencia norteamericana se muestra ser más flexible que la francesa:

“El 15 de enero de 1989 entre un matrimonio y la madre gestante se celebró el siguiente contrato, en el cual se establecía que un embrión formado genéticamente por el matrimonio sería implantado en la madre gestante y que el niño que naciera sería llevado al hogar del matrimonio, como el hijo de ellos. La mamá gestante estuvo de acuerdo en renunciar a todos sus derechos como madre respecto del niño en favor de dicho matrimonio. Como contraprestación, ellos iban a pagar la suma de 10,000 dólares en cuotas a la madre prestadora del vientre, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, el matrimonio se comprometió a pagar por un seguro sobre la vida de dicha madre, por valor de 200,000 dólares.”<sup>124</sup>

Desgraciadamente las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Se inició el juicio, en octubre de 1990. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de primera instancia resolvió que el matrimonio eran padre y madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el contrato de maternidad substituta era válido y exigible, en contra de los planteamientos de la madre

---

<sup>124</sup> <http://www.colbio.org.mx/nexos/Pedrolsabel.pdf>

gestante. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Se interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1a. instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó y la Corte Suprema del Estado de California entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:

- Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.
- Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.
- No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.
- No considera a los niños mercancías.
- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.
- Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.

“La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención, expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño del matrimonio, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que la madre sustituta lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que ella no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual su posterior cambio de opinión debiera invalidar la conclusión de que la madre natural del niño es la mujer del matrimonio.”<sup>125</sup>

La tradición jurídica y cultural de cada país, permite incluso, celebrar contratos de maternidad subrogadas. Quizás éstos, no sean ilícitos, siempre y cuando sean altruistas, es decir, se deben adecuar a la necesidad jurídica y cultural de cada país, en México, serían viables, si se ajustaran a las normas del Derecho Familiar, con un fin altruista y proteccionista del concebido y de la familia en general, a través de otra figura jurídica, pero no de un contrato, sino más bien a través de un acto jurídico de Derecho Familiar.

#### **F. Bases para determinar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta.**

En primer lugar, examinaremos si tal acuerdo de gestación por encargo puede estimarse un genuino contrato y, en caso afirmativo, señalaremos su clase. En efecto, si aceptamos la concepción más amplia del contrato como equivalente

---

<sup>125</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. Fecundación Artificial y Derecho. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 2003. p. 149.

a cualquier convención dirigida a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y a constituir derechos reales y relaciones familiares, no ofrece duda alguna que el pacto de gestación por encargo reviste tal naturaleza contractual.

Hoy, como ha puesto de relieve Diez Picazo, “se puede aplicar la idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial, como los de derecho de familia o sucesiones. En este sentido, que parece ser el más dominante en el campo doctrinal, debe reputarse contrato el acuerdo de maternidad subrogada.”<sup>126</sup>

Tal naturaleza jurídica del contrato de maternidad portadora y subrogada puede contemplarse desde una triple perspectiva.

- a) “Como acto constitutivo.
- b) Como objeto de derechos disponibles.
- c) Como relación jurídica derivada.”<sup>127</sup>

En primer sentido, puede hablarse de un contrato de inseminación en el que intervienen portes fisiológicos, como el embrión de la pareja y el útero de la mujer oferente, además de un pacto profesional referente a los facultativos intervinientes.

Como objeto de derechos disponibles, se dispone aquí de una parte del cuerpo, de algo personalísimo y se pretende negociar con ello y, finalmente, como

---

<sup>126</sup> DIEZ PICAZO, Luis. Op. cit. p. 265.

<sup>127</sup> Idem.

relación jurídica derivada, produce sus efectos si el ordenamiento jurídico autoriza o simplemente no prohíbe tal actuación.

Para Lacruz Berdejo, “el contrato puede clasificarse de diversos modos pero no cabe duda de que existen diversos tipos de contratos:

1. Uno de arrendamiento de obra o de servicio entre el médico, pareja y la madre portadora.
2. Un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura.
3. Un contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital.”<sup>128</sup>

Sin cuestionarnos ahora la licitud de tal acuerdo, si hubiera que encasillar esta figura de la maternidad subrogada entre las figuras contractuales conocidas, habría que ubicarla dentro de la de arrendamiento de obra o de servicio. Pero como señala Lledó Yagüe “este contrato no reúne las características propias de tales arrendamientos ya que presenta singularidades como que no se le puede pedir responsabilidad al médico por no haber conseguido la finalidad pretendida ya que el facultativo asume en realidad una obligación de medios y no de resultado y, además, se obliga a la portadora a la prestación de su organismo entero o *in tolum*, lo que excluiría el arrendamiento de servicios. Además, hay que tener en cuenta que, por otra parte, existe la entrega del niño.”<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. Informes Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 1995. p. 11.

<sup>129</sup> LLEDO YAGÜE, F. Op. cit. p. 293.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir afirmando que se trata de un contrato innominado (ello sin perjuicio de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador) que no puede encasillarse con otras figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto en cuanto participa de la *locatio operis*, de la *locatio operarum*, requiere la colaboración de terceros, puede ser onerosa o gratuita, etc., lo que determina una gran complejidad que no permite su encuadre en las actuales figuras contractuales.

Llegados a este punto y admitida la naturaleza contractual del pacto de gestación por encargo, hemos de señalar que esta sería nula de pleno derecho. La nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium*. Además, constituiría un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres, siendo la causa del contrato ilícita por ir contra aquélla.

No nos cabe pues, la menor duda de que tal contrato, es cuando menos nulo y realmente inexistente porque su objeto en cuanto disponibilidad de la persona humana de la maternidad y del estado civil del hijo, está fuera del comercio de los hombres, va contra las buenas costumbres, supone un fraude contra la normativa de la adopción y una transacción no permitida.

Las consecuencias de dicha nulidad son que la mujer gestante para otra no resultará obligada ni a entregar el niño, ni siquiera a una indemnización por no

hacerlo. Pero la cuestión radica más bien en determinar, si una vez que entregó el hijo, ésta puede reclamarlo.

Por último, como consecuencia de la nulidad del contrato, serán nulos así mismos los pactos accesorios relativos a determinadas obligaciones de la gestante (no fumar, suprimir ciertas actividades, no abortar, etc.) y la responsabilidad posible en que pueda incurrir será siempre extracontractual.

### **G. Supuestos jurídicos bajo los cuales procedería la maternidad substituta en el Derecho Familiar.**

Como lo venimos desarrollando, la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, sería netamente contractual, en caso de que se aprobara en nuestro derecho la Ley Sobre Arrendamiento de Úteros. Pero, desde mi perspectiva, en caso de proceder y ser analizada la propuesta por especialistas del Derecho Familiar, la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, sería la de un acto jurídico familiar, siendo, precisamente, lo que se debe cuidar en estos casos, la familia, el orden público, la moral, las buenas costumbres, pero sobre todo, el interés superior del menor, respecto a su derecho a la vida, identidad y el de formar parte de una familia.

Los supuestos en los cuales, procedería tal acto, son:

- Cuando se declare médicamente que uno o ambos cónyuges están imposibilitados para procrear.

- Que se respete totalmente, el interés superior del menor, la familia, la moral, las buenas costumbres y el orden público.
- Que el acuerdo o convenio a que se llegue, sea totalmente gratuito, altruista, piadoso, y con el ánimo de ayudar a procrear o concebir a otros, renunciando la parte correspondiente a los derechos que de hecho y por derecho corresponden.
- La procedencia de este acto, será totalmente de Derecho Familiar observando los principios que las normas de este ámbito establecen.
- Emplear el término substituta o alternada, por el de subrogada que es de origen civil.
- Una vez satisfechos estos requisitos, se cumpliría con los análisis médicos, psicológicos y todo lo necesario, para declarar aptos a los padres que soliciten el servicio de fecundación humana.

Lo anterior, se propone con base a que en nuestro país, todavía no se reporta de derecho, ningún caso conocido, a pesar que dicho contrato, se encuentra regulado en Tabasco y San Luis Potosí, sin embargo, el Derecho Familiar debe estar actualizado en estos temas, sin perder su esencia protectora hacia la familia e integrantes y preservando la observación de sus normas, para que éstas no sean violentadas y sí, tener la posibilidad de hecho y de derecho, que la mujer y el ser humano en general, con las limitaciones que la ley impone, puede hacer con su cuerpo lo que quiera. El conecedor del Derecho Familiar debe equilibrar estas hipótesis con leyes viables y acertadas.

## **H. Necesidad de crear un Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal a efecto de regular la maternidad substituta.**

Con el propósito de colaborar en la creación de un Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal, proponemos que éste, sea una solución definitiva al problema que enfrenta actualmente la familia, la cual está en crisis, que se proyecta tanto en el orden social como en el jurídico, pues no podemos negar que la familia se enfrenta a una disyuntiva definitiva, además, la intervención del Estado en el seno familiar es cada día mayor y esa intervención debe detenerse, para convertirla en protección estatal, para permitir a la familia, reagruparse.

Otra de las ventajas de crear el Código Familiar para el Distrito Federal, donde se regule la maternidad substituta, será que éste, debe fundamentalmente basar las relaciones familiares en la legislación, con lo cual, se dará una efectiva protección a los hijos, a los padres, etc., y en general, a todos los integrantes de la comunidad familiar, por lo que si el Estado protege, a través de una reglamentación adecuada a la familia, sólo se ventilarán asuntos relacionados con ésta, procurando auxiliar a los jueces familiares, con trabajadores sociales, médicos, psiquiatras, los cuales formarían un consejo familiar, para opinar en asuntos familiares y orientar el criterio judicial, basados en el conocimiento del medio social, educación y cultura de las partes. En un juicio familiar, por ejemplo, un divorcio administrativo, sería conveniente que un juez familiar se encargara de realizarlo y no un Oficial del Registro Civil, pues además, en el caso concreto, asume funciones jurisdiccionales, violando el principio de la división de poderes, por el cual, se ejerce el poder en nuestra República.

Volviendo al punto mencionado, decíamos, si el juez familiar se encargara de resolver las controversias que se presenten en los casos de maternidad substituta, deberá tomar en cuenta el interés superior del menor, de la familia y a su vez, mantener la unidad dentro de ésta.

El Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal, en el caso de controversias derivadas de la maternidad substituta, deberá estar regulado en atención a sus propias normas, las cuales son imperativas con una inclinación a proteger los intereses del menor y de la familia, así como el derecho del menor de nacer y el derecho de los padres a procrear o concebir.

Debemos ver que, en un Código Familiar para el Distrito Federal, quedarían plasmados los deseos de nuestros ancestros revolucionarios, entre otros, Venustiano Carranza, que con una gran visión jurídico-política, promulgó en México, en 1917, la Ley Sobre Relaciones Familiares, que fue el primer ordenamiento autónomo sobre la familia en América.

El espíritu del Código Familiar, debe contener en sus principios, bases jurídicas que terminen con la desigualdad del hombre y la mujer, dándole a ésta su lugar de ciudadana, capaz de cumplir con cualquier tarea cívica o familiar, pero más que nada, a disponer libremente de su cuerpo, de acuerdo a las limitantes que el propio código establezca.

El Código que proponemos, dentro de las ventajas que presentará, será que debe estar acorde en el objeto de Derecho Familiar, donde se tutelaré y protegerá a la familia como célula básica y fundamental de la sociedad.

También, definirá sus instituciones determinando su naturaleza jurídica, en un lenguaje sencillo, claro y accesible, los destinatarios de estas normas, las podrán conocer y asimilar con facilidad, para exigir su cumplimiento y conocer los deberes, derechos y obligaciones que cada miembro de la familia tiene en relación a los demás.

El Código Familiar propuesto, definirá a la familia como una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el acto jurídico solemne del matrimonio o por el hecho jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción plena o afinidad que habitan bajo el mismo techo. Es importante, en una legislación familiar, definir a la familia. Reconocerla como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado y que éste debe garantizar su protección y procurar su bienestar.

El Código en comento, debe buscar la permanencia y estabilidad en las relaciones familiares, como preocupación primordial del legislador. Asimismo, por el contenido jurídico de las normas que regulan las relaciones familiares, se considera que las disposiciones de este código, serán de orden público, de observancia obligatoria, irrenunciables y no podrán ser modificadas total o parcialmente por convenio. Incluso, la autonomía de la voluntad de los sujetos del Derecho Familiar, no será suficiente para alterar, modificar o eximir del cumplimiento de las normas de este código.

El código citado, debe reconocer como fuentes primordiales del origen de la familia, al matrimonio, al concubinato, a la fecundación humana asistida y a la

adopción plena, siempre y cuando, se satisfagan los requisitos señalados en la investigación.

Como podemos ver, el Código Familiar que proponemos, debe ser un protector incansable de la familia, de sus integrantes, del menor, del matrimonio y de los hijos en general, para así, dar cumplimiento a lo que en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, proponía Venustiano Carranza.

Con otras palabras, este código, planteará una verdadera protección al menor concebido, mediante fecundación humana permitiendo al Estado la sustitución de los que ejercen la patria potestad, estableciendo no sólo como derecho, sino como obligación, que el Estado asista a los menores en sus necesidades económicas, morales, culturales y sociales.

Este código, protegerá al menor, desde su primera edad, mediante los tratamientos adecuados, para resolver los problemas de nutrición e higiene mental, remediando el abandono y previniendo sus reacciones antisociales.

Esta legislación, propone verdaderas disposiciones protectoras de la familia, lo cual viene a ser un apoyo más de los autores que sostienen la tesis de la autonomía del Derecho Familiar, del Civil y del Privado. Las disposiciones señaladas y sus leyes, son fundamentos definitivos para la protección de la familia, la cual debe estar protegida por leyes específicas y no como ha sucedido hasta ahora, por disposiciones generales, sin tomar en consideración que la familia, es la institución básica de todas las organizaciones sociales y estatales, incluyendo diversas forma de gobierno.

Estamos pensando en una legislación familiar que no sea roja o amarilla, sino mexicanista, es decir, acorde a la manera y desarrollo del pueblo mexicano, a través de sus diferentes etapas históricas. La creación de un Código Familiar para el Distrito Federal, vendría a sentar las bases para desligar por completo la materia civil de la familiar, es decir, se debe contar con un ordenamiento jurídico especializado de la materia que englobe toda la problemática y soluciones, respecto de la familia, y no sólo eso, se debe estar a que una vez que se apruebe el Código Familiar tipo para el Distrito Federal, se culmine con un Código Familiar Procesal para el D.F.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Si aplicamos correctamente el Derecho Familiar, podrían solucionarse conflictos interpersonales, que surgen con la aplicación de las técnicas de la reproducción humana asistida. También es cierto, que existen situaciones fuera del alcance de la legislación civil y es precisamente en este punto, que debemos concentrar nuestra atención para dar solución adecuada a cada caso en particular.

**SEGUNDA.** La maternidad como hecho natural y propio de la mujer, se encuentra protegida en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, sin embargo, no todas las mujeres tienen la posibilidad de llevar a cabo esta función de la naturaleza, porque algunas no cuentan con la capacidad fisiológica y orgánica para desarrollarla, por lo que ante tal déficit, se recurre a las técnicas de reproducción asistida, con las repercusiones jurídicas, sociales y económicas que esto representa.

**TERCERA.** Con la realización de este trabajo, se pretende proporcionar razonamientos válidos, como los ya señalados en el capítulo cuarto, para que el tema de la maternidad substituta, cuente con mayor atención por parte de nuestros legisladores, y se lleve a cabo un estudio profundo sobre la misma, a fin de que la consideren como una realidad presente entre nosotros, aún cuando no se ha practicado en todas sus formas en nuestro país.

**CUARTA.** Será trascendente regular la maternidad substituta o arrendamiento de útero, para poder determinar las consecuencias que dicha figura generaría,

respecto a los diversos derechos que se derivan de la filiación, tales como los alimentos, patria potestad y derechos sucesorios.

**Q U I N T A.** Cuando nos referimos al concepto de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, nos encontramos ante una figura por demás compleja, ya que estaríamos ante la disyuntiva de que el cuerpo humano y sus órganos, no se encuentren en el comercio y menos, se pueda configurar un contrato en los términos precisados por el Código Civil para el Distrito Federal.

**S E X T A.** Una de las primeras observaciones que este tema nos arroja es la novedad que representa para la mayoría de los individuos. Es fuerte el impacto que pueden recibir las estructuras de pensamiento sobre lo que conocemos como las funciones maternas. La revisión de estos capítulos nos dejan con la impresión de que los avances tecnológicos modifican de forma importante lo que “naturalmente” sabíamos, respecto a la paternidad, la filiación, la familia; o aspectos como qué personas o qué parejas pueden acceder a reproducirse.

**S É P T I M A.** Lo importante de esta investigación, es desentrañar la naturaleza jurídica de la maternidad substituta para así, proceder a legislar sobre ella a través de un contrato o de un acto jurídico de naturaleza familiar, donde el fin primordial, sea la procreación, gratuita, altruista y en un total acto de piedad a las personas que no puedan procrear o concebir.

**O C T A V A.** El Derecho Familiar debe estar a la vanguardia sobre cualquier tema que afecte a la familia, para inmediatamente protegerla y sobre todo, que se apeguen a sus normas de Derecho Familiar, no a las normas del Derecho Civil,

así como también, que el acto que le dé origen, sea un acto de Derecho Familiar y no un acto de Derecho Civil, porque este, modifica, extingue y revoca derechos y obligaciones, no así, el acto de Derecho Familiar que es imperativo, es decir, ordena no discute, apegado a cumplirse aún en contra de la voluntad del individuo y no es negociable. Aunque si renunciable.

**NOVENA.** Se debe dar cabida a la reproducción humana asistida, que origina la maternidad substituta, siempre y cuando, ésta no sea contraria a las normas del orden público, no denigren la dignidad de la mujer ni de los niños y en general, a los que intervienen en tal acto y además, sea en sentido altruista.

**DÉCIMA.** Algunas legislaciones de nuestro país, como es el caso de Tabasco y San Luis Potosí, ya regulan el alquiler de vientre o contrato de maternidad subrogada, a pesar de que los órganos internos de la mujer y los seres humanos en general, no estén en el comercio. No debemos evitar la realidad que se vive con relación a la maternidad substituta, sino por el contrario, tratar que con el auxilio del Derecho Familiar y especialistas de la materia, se regule con la legislación idónea y acorde a la realidad jurídica que se vive.

**DÉCIMA PRIMERA.** De acuerdo a lo expuesto, la naturaleza jurídica de la maternidad substituta, en razón a lo legislado y a los proyectos de ley existentes al respecto en el Distrito Federal, ésta sería la de un contrato atípico, sin perjuicio de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho existente, la cual, no podríamos encasillar con otras figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto en cuanto participa de la *locatio operis*, de la *locatio*

*operarum*, requiriendo la colaboración de terceros, pudiera ser onerosa o gratuita, lo que resultaría complejo al no encuadrarse en las actuales figuras contractuales.

**D É C I M A S E G U N D A.** Ahora bien, desde mi punto de vista y con base a que la maternidad substituta o alquiler de útero ya está regulada en Tabasco, San Luis Potosí y próximamente en el Distrito Federal, la naturaleza jurídica de dicha maternidad, sería la de un acto jurídico familiar sin que perdiera su esencia protectora hacia la familia, e integrantes y además, preservando la observación de sus normas para que no sean violentadas, teniendo en primer término el interés superior del menor, relacionado con su derecho a la vida, a formar una familia y a su vez, el Derecho Familiar debe equilibrar estas hipótesis con leyes viables y acertadas.

## BIBLIOGRAFÍA

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones. 7ª ed., Ed., Harla, México, D.F., 1998.

BENDER, Waming. Institución Iuris Matrimonio. 4ª ed., Ed. Mc. Graw-Hill, Buenos Aires, República de Argentina, 2005.

BONNECASE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. 2ª ed., Ed. Harla, México, D.F., 2000.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2001.

DE COULANGES, Fustel. La Ciudad Antigua. 10ª ed., Ed. Porrúa, “sepan cuantos”, México, D.F., 2000.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

DIEZ PICAZO, Luis. Sistemas de Derecho Civil. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 2000.

FLORES TREJO, Fernando. Bioderecho. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1997.

GLEESON VELARDE, George Edward. Introducción al Estudio del Derecho. 2ª ed., Ed. UNITEC, México, D.F., 2003.

GUTMACHER, Alán. Inseminación Artificial Humana. 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 1ª ed., Segundo Volumen, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, México, D.F., 1992.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª ed., Ed. UNACH, México, D.F., 1988.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Responsabilidad Civil. 1ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Directora Aída Kemelmajer de Carlucci, República de Argentina, 2007.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del Año 2000. Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. La Filiación en los Albores del Siglo XXI. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

HURTADO OLIVER, Xavier. ¿El Derecho a la Vida y a la Muerte? Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2000.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Informes Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 1995.

LEGAZ Y LECAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. 2ª ed., Ed. Bosh, Barcelona, España, 2000.

LEMA AÑÓN, Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. 3ª ed., Ed. Bosch, Madrid, España, 1999.

LEÓN FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de Inseminación Artificial en Seres Humanos. 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2005.

LLEDÓ YAGÜE, F. Fecundación Artificial y Derecho. 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 2003.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Derecho Tecnológico, la Nueva Inseminación Artificial. 3ª ed., Ed. Turullols, Buenos Aires, Argentina, 2003.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1995.

MORÁN DE VICENZI, Claudia. El Concepto de Filiación. 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, España, 2004.

PALMER, Raúl. La Fecundación Artificial en Seres Humanos. 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2003.

PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2ª ed., Ed. UNAM, México, D.F., 1999.

QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación Artificial Humana, su Valor en el Tratamiento de la Infertilidad. 8ª ed., Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1999.

RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. 6ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1981.

RICO ÁLVAREZ, Fausto. De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal. 1ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos. El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana. 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República de Argentina, 2003.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 2003.

ZARATE TREVIÑO, Arturo. Ginecología. 4ª ed., Ed. Lymusa, México, D.F., 2003.

### **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2010.

Código Civil para el Distrito Federal. 1ª ed., Ed. Sista, México, D.F., 2010.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco. 2ª ed., Ed. Duero, Tabasco, México, 2007.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí. 2ª ed., Ed. Duero, San Luis Potosí, México, 2010.

Ley General de Salud. 82ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2010.

### **DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1997.

Diccionario de Medicina. 7ª ed., Ed. Tecnos, Barcelona, España, 2002.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XII. 10ª ed., Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina. 1998.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. En Compendio de Términos de Derecho Civil C-D. Ed. Porrúa-UNAM, México, 2004.

PALOMAR, Miguel. Diccionario para Juristas. 3ª ed., Ed. Jus, México, D.F., 1981.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua. 6ª ed., Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 2002.

### OTRAS FUENTES

Asamblea Legislativa del Distrito Federal IV Legislatura. Estenografía Parlamentaria Versión Estenográfica de la Sesión Ordinaria Celebrada el día 18 de noviembre de 2008.

DE ROBERTO, Marcello. Adulterio e Inseminaciones Artificiales. En Revista de Derecho Bibliográfico, Argentina. S de R.C, Buenos Aires, República de Argentina, 1995.

GARCÍA OLIVERA, José Antonio. Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial. Revista de Derecho Judicial. Año XVII No. 91-92, Julio-Diciembre, Madrid, España, 2008.

La Sagrada Biblia. 2ª ed., Ed. Cristiana Versículo 67, México, D.F., 1997.

Revista de Medicina Legal. No. 762. Marzo-Abril, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Semanario Judicial de la Federación. T. XV Novena Época. 2ª Sala, Junio-Julio, México, D.F., 2009.

<http://www.colbio.org.mx/nexos/Pedrolsabel.pdf>