



UNIVERSIDAD ALZATE DE OZUMBA

INCORPORADA A LA UNAM CLAVE 8898-09

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL ESTADO DE MÉXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

L I C E N C I A D O E N D E R E C H O

P R E S E N T A:

ERNESTO DE JESÚS MURILLO SORIANO

ASESOR DE TESIS:

LIC. JOSÉ GUSTAVO RUIZ GONZÁLEZ

OZUMBA MÉXICO

DICIEMBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A mi madre (la jefa), por que sin ella esto un hubiese sido posible, gracias por tu paciencia y tus regaños que me forjaron e hicieron que llegara hasta donde estoy.

A mi padre, mi mentor, mi maestro, mi amigo, mi ídolo, mi héroe, el líder de mi familia, el mejor amigo de mi mamá y por mucho el hombre mas increíble que he conocido te extrañamos todos los días pero siempre intentamos hacer que te sientas orgulloso, gracias por apoyarme a cada momento y demostrarme que siempre se puede lograr lo que uno se propone.

Al Pez, al Chiquis, al Rulo, a Massy, a la Michelita al Rorris (mis carnales) con los que he pasado grandes vivencias a su lado.

A mi Conchita hermosa por apoyarme y estar siempre conmigo y pasar momentos maravillosos a su lado te Amo mucho.

A mis abuelos, que si bien la mayoría de ellos ya no están con nosotros han sido, son y serán siempre un ejemplo a seguir.

Al Lic. José Gustavo Ruiz González, por regalarme su tiempo, paciencia, y conocimientos y mostrarme que a la meta se llega paso a paso.

Al Lic. Noel "El profe" por sus consejos y echarme la mano desde el principio.

A mi mejor Amigo Alfred que siempre ha estado en el bote conmigo remando a la par y superando toda clase de obstáculos que nos rodean.

A mis Amigos, Betty, Eren, Gwen, Lau, Héctor y Nohemy, gracias por apoyarme y estar conmigo cuando necesité de ustedes.

ALEA IACTA EST

*De todos los derechos de la
mujer, el más grande es el
de ser madre. (Lin Yutang)*

ÍNDICE:

| | |
|---|-----------|
| Introducción..... | 06 |
| Capítulo Primero: la Maternidad y la familia..... | 09 |
| 1.1. Definición de Maternidad Subrogada..... | 09 |
| 1.1.1. Noción fundamental de Maternidad..... | 09 |
| 1.1.2. Maternidad voluntaria..... | 11 |
| 1.1.3. Disociación de la maternidad..... | 12 |
| 1.1.4. Teorías sobre el presupuesto determinante de la Maternidad..... | 12 |
| 1.1.5. Maternidad compartida y determinación de la Maternidad legal..... | 14 |
| 1.1.6. La regla “ <i>mater semper certa est</i> ”: significación actual..... | 16 |
| 1.2. Paternidad y relación jurídica..... | 17 |
| 1.3. Nuevas formas de los conceptos Paternidad y Maternidad..... | 21 |
| 1.4. Definición de subrogación..... | 24 |
| 1.4.1 Definiciones de Maternidad Subrogada | 26 |
| 1.5. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada..... | 32 |
| 1.6. Tipología de Maternidad Subrogada | 33 |
| 1.7. Madres de alquiler..... | 35 |
| 1.8. Aspectos Jurídicos, bioéticos y Religiosos de la Maternidad Subrogada..... | 37 |
| Capítulo Segundo: Antecedentes jurídicos de la Maternidad Subrogada..... | 41 |
| 2.1. Historia de la Maternidad Subrogada | 41 |
| 2.2. La Maternidad Subrogada en el mundo..... | 48 |
| 2.2.1. América..... | 48 |
| 2.2.1.1. Argentina..... | 48 |
| 2.2.1.2. Colombia..... | 49 |
| 2.2.1.3. Canadá..... | 50 |
| 2.2.1.4. Estados Unidos..... | 50 |
| 2.2.1.5. Brasil..... | 52 |
| 2.2.2. Asia..... | 54 |
| 2.2.2.1. India..... | 54 |
| 2.2.2.2. Rusia..... | 54 |
| 2.2.3. Europa..... | 57 |
| 2.2.3.1. Reino Unido..... | 58 |
| 2.2.3.2. Francia..... | 59 |
| 2.2.3.3. Ucrania..... | 59 |
| 2.2.3.4. Holanda..... | 59 |
| 2.2.3.5. Grecia..... | 59 |
| 2.3. Estados de la República Mexicana que contemplan a la Maternidad Subrogada en sus ordenamientos legales. | 60 |
| 2.3.1. Estado de Tabasco..... | 60 |
| 2.3.2. Distrito Federal. | 61 |
| 2.3.3. Estado de Puebla..... | 62 |

| | |
|---|-----|
| Capítulo Tercero: La procreación como garantía individual consagrado en el artículo 4° constitucional..... | 64 |
| 3.1. Procreación, ¿garantía individual? | 64 |
| 3.2. La libertad de procrear..... | 66 |
| 3.2.1. Fundamentos de la libertad de procrear..... | 67 |
| 3.2.1.1. El <i>right to reproduce</i> en el Derecho norteamericano..... | 67 |
| 3.2.1.2. El derecho a procrear en el ordenamiento español..... | 68 |
| 3.2.1.3. Como derecho a la salud..... | 69 |
| 3.2.1.4. Como derecho a la libertad o autodeterminación personal..... | 69 |
| 3.2.1.5. Como derecho de fundar una familia..... | 70 |
| 3.2.1.6. Derecho a la protección de la salud de la familia..... | 70 |
| 3.2.2. Límites a la libertad de procrear..... | 73 |
| | |
| Capítulo Cuarto: La Maternidad Subrogada para el Estado de México..... | 75 |
| 4.1. Consentimiento y responsabilidad jurídica adquirida en tanto a la Maternidad Subrogada..... | 75 |
| 4.2. Las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica de la Maternidad Subrogada..... | 77 |
| 4.3. Derechos y obligaciones de la Madre Gestante..... | 78 |
| 4.4. Derechos y obligaciones de los Padres Biológicos..... | 79 |
| 4.5. La necesidad de reconocer jurídicamente al concebido..... | 80 |
| 4.5.1. Certificado de nacimiento del menor nacido mediante la Maternidad Subrogada | 80 |
| 4.6. Filiación..... | 81 |
| 4.6.1. Determinación de la filiación..... | 83 |
| 4.7. ¿Es lícito el contrato de Maternidad Subrogada?..... | 84 |
| 4.8. Aspectos Jurídicos que debe cubrir el contrato de Maternidad Subrogada..... | 85 |
| 4.8.1. Formalidades del contrato de Maternidad Subrogada..... | 86 |
| 4.8.1.1. Requisitos..... | 86 |
| 4.8.1.2. Consentimiento..... | 86 |
| 4.8.2. Registro y control del nacimiento de los menores nacidos mediante la Maternidad Subrogada..... | 89 |
| 4.8.3. La nulidad de la Maternidad Subrogada | 89 |
| 4.8.4. Las sanciones en relación con la Maternidad Subrogada..... | 90 |
| 4.9. Para la propuesta..... | 90 |
| 4.9.1 Reforma del Código Civil para el Estado de México..... | 90 |
| 4.9.2 Creación de la Nueva ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México..... | 92 |
| | |
| Conclusión | 103 |
| | |
| Bibliografía | 105 |

INTRODUCCIÓN

En el siglo pasado y durante el presente los avances de la biología de la reproducción humana han dado pasos agigantados para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad, haciendo posible que miles de personas hayan podido procrear y tener acceso a la parentalidad que para algunas personas constituye uno de los principales objetivos biológicos que cumple la persona en su ciclo de vida.

La infertilidad es un padecimiento asintomático, diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año. La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como una enfermedad con derecho a ser tratada, y sostiene que en más del 90% de los casos que se presentan existe solución a través de tratamientos médicos.

La esterilidad es la incapacidad de tener hijos por anomalía física, que puede ser un bloqueo en las Trompas de Falopio en la mujer o una disminución de la espermatogénesis en el hombre. El gameto se refiere a una célula germinal madura, femenina o masculina, es decir, ovulo o espermatozoide funcional, capaz de intervenir en la fertilización o la conjugación. A este proceso también nos podemos referir como meiosis y con esta a la gametogénesis, que es el proceso de la fecundación; por lo tanto, se puede decir que la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis es la puntualidad del término esterilidad.

Según cifras que aporta el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, INEGI, en México existen un millón y medio de parejas que padecen infertilidad o esterilidad, de ahí la importancia para que sea regulado este problema de salud pública.

La reproducción humana asistida, ha sido materia de legislación en otros países como Inglaterra, Francia, Italia, Costa Rica y España, entre otros, en estas legislaciones se pretende garantizar el derecho de las personas de procrear y regular prácticas que al igual que en nuestro país se llevan a cabo en esos casos con las prerrogativas y límites que establecen sus Estados.

La maternidad subrogada es una práctica que se ha vuelto muy usual en el país entre personas que no pueden tener hijos y quienes se prestan a alquilar su vientre a cambio de una compensación económica, sin embargo **ante la falta de regulación**, muchas de ellas se han visto

estafadas, aún cuando esta práctica debería realizarse de forma gratuita como un mero acto altruista.

Bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia es el núcleo o el epicentro donde se forma la sociedad o el país.

En el ámbito internacional, los derechos sexuales reproductivos se encuentran consagrados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Conferencia de El Cairo), en el capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, preceptúa:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos...La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios...” (CIPD; 1994:14)

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su artículo 4 el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de los mexicanos:

Texto Del Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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.”

De igual manera en el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política del Estado libre y soberano de México establece en su artículo 5° el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de los mexicanos:

Texto Del Artículo 5° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México

“ARTÍCULO 5.- En el Estado de México todos los individuos son iguales y tienen las libertades, derechos y garantías que la Constitución Federal, esta Constitución y las leyes del Estado establecen.

El hombre y la mujer son iguales ante la ley, ésta garantizará el desarrollo pleno y la protección de la familia y sus miembros por ser base fundamental de la sociedad.”

Es decir, corresponde al Estado, la asistencia a las personas para garantizar su derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, este reconocimiento lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos. Aunado a lo expuesto y en relación con el artículo 133 de la Carta Magna, el Estado Mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional.

Los permanentes avances en el desarrollo de las tecnologías amenazan día a día con ser más profundos y rápidos y las consecuencias que de ello pueden derivar ameritan que se les fije un límite. Este límite debe ser regulado por el derecho, teniendo como base la ética.

Es por tal razón que el fin de este trabajo es dar un panorama de las consecuencias que tiene la práctica de Maternidad subrogada sin una regulación jurídica y la necesidad de crear una ley que regule dicha práctica, a fin de evitar un sinnúmero de abusos, que incluso algunos se llegan a transformar en delitos y así lograr un verdadero estado de derecho.

El siguiente trabajo se compone de cuatro capítulos, en los cuales el primero trata a la maternidad en general y aterriza todas estas definiciones a la maternidad subrogada como tal.

El segundo capítulo trata de los antecedentes históricos de la maternidad subrogada, así como también los países en los cuales ya se realiza dicha práctica con una regulación adecuada.

El tercer capítulo trata del derecho a procrear y las garantías individuales que protegen a este derecho, y en el cuarto capítulo aterrizo todos los conocimientos expuestos con antelación para dar una propuesta o idea de la forma en la que se podría regular la práctica de la maternidad subrogada en el Estado de México, así como los derechos y obligaciones a los que las partes se hacen acreedores a realizar dicha práctica, y como el estado protegerá a las partes.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA MATERNIDAD Y LA FAMILIA.

1.1. Definición de Maternidad Subrogada.

La maternidad subrogada consiste en “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”. La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, de manera gratuita o con fines de lucro, pero en la mayoría de los países se prohíbe su comercialización y solo se considera como una práctica altruista y no lucrativa.

1.1.1. Noción fundamental de Maternidad.

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad. Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa “Estado o cualidad de madre.” (DRAE; 1992:1337) Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende “la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc....” (CASANOVA; 1989:25)

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso? “La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico,

en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.”(LÓPEZ; 2005:276)

A) Etimológico

La palabra madre procede del latín "mater/matriz", la cual a su vez deriva del griego "matér/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. Por este motivo, 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.

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del 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 de la vida civil un tutor. (COULANGES; 2003:61)

La ley de Manú ya lo decía, “La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa”. (COULANGES; 2003:59 y 60)

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar:

“Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido.” (COULANGES; 2003:60)

B) 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 tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", “Mujer casada o viuda, cabeza de su casa”. (DRAE; 1992:958 y 995)

C) Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente

en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. Al respecto José Alvarez Caperochipi menciona que:

“La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.” (en LÓPEZ; 2005:278)

D) Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). “Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente”. (LÓPEZ; 2005:278)

1.1.2. Maternidad voluntaria.

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

“A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación. Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico.” (MORÁN; 2005:191)

En orden a esta cuestión, se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad.

1.1.3. Disociación de la Maternidad.

Al respecto Claudia Morán de Vicenzi, menciona que:

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

a. *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b. *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c. *Maternidad gestativa*: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

d. *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.” (MORÁN; 2005:191 y 192)

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la paternidad vuelve a repetirse con un cambio de género, esto es: ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.

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

En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida, o si cabe el término, el de una madre de segundo grado.

1.1.4. Teorías sobre el presupuesto determinante de la Maternidad.

Ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación de la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

Trabucchi,¹ afirma que: “tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. A diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos.” (MORÁN; 2005:193)

De ahí, que el autor reformule el concepto del denominado elemento de responsabilidad, utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica.

Sin embargo, una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, desde una perspectiva de *iure condendo* (el derecho que debe ser formulado) y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor.

“En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí”. (MORÁN; 2005:194)

Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, en otras palabras, la responsabilidad por la procreación. Asimismo, la aplicación del nuevo criterio evita una injusta disparidad de trato entre el varón y la mujer: si el marido o compañero se convierte en padre por que dio su consentimiento a una fecundación heteróloga, la misma regla deberá aplicarse en la determinación de la maternidad.

En este sentido, Gorassin afirma “la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre.” (MORÁN; 2005:195) Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal.

¹ En este sentido, TRABUCCHI afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente *ab extrínseco* en la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que da a luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo.

1.1.5. Maternidad compartida y determinación de la Maternidad legal.

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

En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres o excepcionalmente tres que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación. De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.

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

A su vez, una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante. De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer. (MORÁN; 2005:193)

“GORASSINI alega que: La lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmentida por la lógica del sentido común. Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno”. (MORÁN; 2005: 204)

De acuerdo con una posición ecléctica, las soluciones anteriormente propuestas resultan indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación.

Ambos planos, que en algunos casos pueden resultar contrapuestos, se armonizan en razón a un criterio común: el de la protección de los intereses del menor, principio base de los

actuales regímenes de filiación. Por este motivo, independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo de aquél.

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

Un sector importante de la doctrina reconoce 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.

Al igual que en los supuestos de fecundación heteróloga de la mujer casada, esta técnica también tiene repercusiones en el ámbito de las relaciones 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”.
(MORÁN; 2005: 206)

Si bien, estrictamente, 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”. (MORÁN; 2005:206)

A la vista 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* (A favor de quien engendro) 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.

Esta cuestión fundamental va a afectar tanto a mujeres casadas, solteras, parte de una pareja estable. El medio jurídico que la determine y condicione una filiación concreta, actúa *a posteriori* de la opción por la maternidad biológica que acepte. La tendencia generalizada sigue inclinándose por

la seguridad del parto como dato de referencia para el concepto jurídico de madre. Es una decisión perfectamente comprensible, incluso ajustada a la necesidad práctica, pero la concurrencia del evento de las madres sustitutas y de una legislación que permite la investigación de la maternidad más allá de la realidad del parto provocan un desajuste social y biológico. Por un lado, quien es perfectamente capaz de proporcionar un sano material genético puede encontrarse impedida para gestar y acude a otra mujer para que la complemente. La intención maternal, el llamado vínculo de sangre, coinciden en la que no alumbró. Es la mujer que quiere ser madre jurídica y el Derecho le cerraría las puertas.

De otro lado, si la que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal como pretende. Sin embargo, si alguno de los legitimados para impugnar dicho vínculo invoca en el proceso la práctica que se ha utilizado, o se ejecutan las pruebas biológicas, se concluiría que a pesar del parto la madre genética es otra. Aunque madres biológicas serían las dos, porque ambas colaboran con una faceta de orden biológico.

¿De qué forma puede darse solución a estos temas con una regla general e inmutable?

No es sencillo, aunque el principio *mater semper certa est*, quebrantado en parte, sigue siendo el elegido como criterio.

1.1.6. La regla “*mater semper certa est*”: significación actual.

La regla “*mater semper certa est*” (La madre es siempre conocida), hace referencia a un principio de Derecho que incluso en algunas legislaciones nacionales tiene la fuerza de una presunción de derecho, en virtud de la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar.

Con respecto a ello en el Informe de la Comisión de expertos, atento a los conflictos de maternidad suscitados por la donación ovular, opta por no recomendar un nuevo medio de determinación porque la actual identificación de la madre con la mujer que alumbró es suficiente para que la receptora de una donación pueda considerarse como la madre legal la filiación del hijo respecto a ella podrá establecerse sencillamente a través de la inscripción en el Registro del nacimiento si se comprueba que la identidad coincide con los informes del parto”. (Informe español de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial humanas)

Pero con esto se fomenta una especial exaltación del carácter social y cultural que encierran las relaciones paterno-filiales.

En el mismo sentido se inspira la ley sueca al tratar la fecundación asistida". Se manejan en el Informe diferentes términos para referirse a los "tipos" de maternidad que han originado las nuevas técnicas. Se distingue, según los casos:

-*maternidad biológica*: plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos;

-*maternidad educacional o afectiva*, que puede coincidir o no con alguna de las biológicas;

-*maternidad del deseo*, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica;

-*maternidad legal*, la aceptada por las leyes como tal. (MORO; 1988:255)

Atendiendo esta clasificación nace una nueva interrogante ¿Tienen distinto rango con relación al hijo? y cuál es la más humanizada, la más profunda, importante e influyente en la referencia materno-filial.

La respuesta de la Comisión a sus propios interrogantes ha sido la maternidad de gestación en pocas palabras la regla *mater semper certa est* tiene un gran peso en la actualidad para designar quien tiene el mayor derecho sobre el hijo.

1.2. Paternidad y relación jurídica.

Moro Almaraz considera madre y padre:

- **Genéticos son aquellos que aportan sus células germinales.**
- **Madre portadora o gestante la que soporta el embarazo, vaya a ser o no la madre legal.**
- **Y padres legales, aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación. (MORO; 1988:52 y 53)**

La génesis de la preocupación por el hecho de la paternidad surge con el avance, con el progreso de la sociedad en la que es decisivo lo económico.

"El desarrollo agrícola favorece la formación de una familia más definida: mujer e hijos tienen un valor económico para el trabajo, y surge más concreta la autoridad del marido. Así se desprende de los Códigos de *Lipit-Ishtar* y de Hammurabi (siglo XVII a. de C.), aunque no daban todavía criterios de paternidad. La ausencia de cualquier presunción legal se manifiesta en las leyes asirias y babilonias posteriores. En las leyes Manú aparecen los primeros trazos de criterios que determinen la paternidad, con un principio legal según el cual el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre". (RIVERO; 1971:28)

Es en el Derecho Romano donde va a tener inicio la regla "*Pater veri is est, quem nuptiaae demonstran*:"

“Padre es aquel a quien señalan las justas nupcias. Acto de voluntad del padre por el que admite por anticipado los hijos que su mujer traiga al mundo en lo sucesivo, después del matrimonio. Según el Derecho Canónico, sería el efecto directo del matrimonio mismo, establecido en interés de los hijos, descansaría en la confesión del marido.” (MARTÍNEZ; 2007:128 y 129)

Con distintas etapas o manifestaciones, desde el *Tollere liberum*:

“Recogida del recién nacido equivalía a una especie de concesión del derecho a la vida. Ceremonia por medio de la cual el marido o el jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, actitud que permitía o impedía su entrada en la familia en calidad de hijo y en algunos pueblos visto como reconocimiento de la paternidad”. (MARTÍNEZ; 2007:128 y 129)

Hasta *la regla paulia* (senadoconsultos de *partu agnoscendo*, siglo II).

“Dos Senadoconsultos constituyen un importante hito en la presunción de paternidad legítima en Derecho Romano se refieren a los hijos nacidos después del divorcio y están en conexión con la obligación de alimentos por parte del padre.” (MARTÍNEZ; 2007:79)

El nacimiento constituye en Roma una de las tres formas, y la normal, de entrar a formar parte de la familia.

Se hace miembro familiar el procreado en *iustae nuptiae* El concubinato se contrae sin las formalidades de las “*iustae*” es necesaria la pubertad de las partes; no se requiere el consentimiento del paterfamilias; no podrá contraerse entre personas cuyo parentesco o afinidad los volvería incapaces para contraer “*iustae nuptiae*”. El concubinato es incompatible con el matrimonio no disuelto, no pudiéndose tener a la vez esposa y concubina. (FLORES Macedo Alfonso. Derecho Romano. http://www.robertexto.com/archivo9/der_romano.htm#II.)

Por individuo varón de la familia sea *pater* o *filius*. Pero también podían entrar extraños en la familia mediante la adopción o por *conventio in manu* (Por la que entra la mujer en la familia del marido). Se pueden distinguir en ese derecho tres «tipos» de parentesco: agnación, cognación y afinidad.

“La agnación es el vínculo jurídico que une a los parientes por Línea masculina que se encuentren bajo la potestad del mismo *pater familia* con independencia de sus vínculos sanguíneos, y la sucesión legítima se estima de acuerdo con la *adgnatio* (Gayo, 1, 156, *agnati sunt per viriles sexos personas cognatione iuncti quasi a patri cognati*.) La cognación es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común en línea masculina y femenina. Se distingue en naturales o civiles si se fundamenta en vínculos de sangre o en la adopción. GAYO. 3. 10 llama *cognatio legitima* al parentesco establecido en línea de varón, es decir la *agnatio*” (FLORES Macedo Alfonso. Derecho Romano. http://www.robertexto.com/archivo9/der_romano.htm#II.)

Este pequeño recorrido histórico demuestra que no siempre ha existido un mismo tipo de familia ni se han entendido de la misma forma en cualquier tiempo paternidad y maternidad. La

vinculación por la sangre no siempre era la base de la paternidad jurídica. “Se tenía en cuenta para los impedimentos matrimoniales. El derecho honorario y legislación imperial prestarán mayor atención al parentesco de sangre.” (FLORES Macedo Alfonso. Derecho Romano. http://www.robertexto.com/archivo9/der_romano.htm#II.)

Así pues, aunque a partir del Derecho romano, tanto los países de influencia latina como los anglosajones, fueron definiendo el vínculo parental que se configuró por las circunstancias sociales y por las exigencias y las reglas morales que se implantaban en cada etnia, los lazos de sangre fueron instaurándose como criterio prioritario y la adopción sólo era una solución subsidiaria y ficticia jurídicamente para los matrimonios sin hijos, con un contenido más social o interesado según los diferentes momentos y sus correspondientes legislaciones.

El hijo deja de significar una propiedad del *pater* y se le considera una persona con derechos propios, vinculado al padre biológica y jurídicamente, como regla general. De esa relación el Derecho deduce una serie de consecuencias, derechos y deberes, que han configurado las relaciones paterno-filiales.

Después las consideraciones económicas primaron sobre las religiosas e influyeron en la toma de conciencia sobre el fenómeno en sí y sobre su concepción jurídica. Se puede decir, pues, que ni en la antigüedad, ni en tiempos más cercanos, la biología lo fue todo en la relación paterno-filial. La prueba están las distintas codificaciones realizadas a partir de la promulgación del Código Napoleón e incluso en normas anteriores donde se establecía la paternidad jurídica en base a presunciones legales o actos de voluntad, o favoreciendo, y a veces prohibiendo, la investigación de la paternidad. Caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que en forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas, podremos sostener acertadamente que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible. Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esa teoría o sólo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre. Ciertamente, la voluntad había tenido ya un importante papel creador durante años. Poco después, y nuestro C.c. desde 1981, se pretendía que el nacimiento fuera el título de atribución de la filiación, dejando a voluntad el papel de acreditador del vínculo jurídico, siendo únicamente la adopción el vínculo por excelencia cuyo fundamento reside en, la voluntad individual y crea relaciones parentales *ex nihilo* (De la nada)

Bien es verdad que tampoco hoy *ab initio* (desde el principio) nadie puede evitar que una declaración de voluntad (en la inscripción de un hijo nacido en el matrimonio o en el reconocimiento de uno extramatrimonial) origine un vínculo jurídico de paternidad o maternidad sin que entre los sujetos implicados exista lazo biológico alguno.

Se dice ahora que con el resultado de las nuevas técnicas para la procreación estamos conociendo un nuevo sentido de la paternidad, o un nuevo tipo, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de filiación de casi todos los países. Esa novedad, no podemos sino referirla al significado de padre progenitor aquel que había aportado sus gametos (tanto el varón como la mujer) y con ello su dotación genética, que se ponían en contacto por medio de las relaciones sexuales. Esto es, hasta aquí la filiación por naturaleza se fundamentaba en la *vera copula* (Verdadera cópula).

Por otro lado, las acciones de reclamación e impugnación sólo tienen sentido en la definición de la paternidad preeminentemente desde su contenido biológico, que se permitirá ignorar sólo en contados supuestos y por razones concretas de orden público o de bienestar del hijo. Incluso en las legislaciones más conservadoras se presume la coincidencia de biología y derecho en la relación filial; aunque no siempre suceda así, y en tales ocasiones prefieran la seguridad jurídica.

Para la mujer, el principio *mater semper certa est*, suponía la identificabilidad de la maternidad con la persona que alumbraba al hijo; no cabía otra posibilidad, salvo la adopción.

Inseminación artificial o fecundación *in Vitro* alteran esa seguridad, aunque paradójicamente aportan mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica. La donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida con la que aporte su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el hijo es el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo.

No existirán problemas, en cambio, si los gametos utilizados son los de la pareja y no se lleva la gestación por una segunda mujer, porque el conflicto puede residir en la licitud o no de las mismas, su rechazo moral, pero no habrá enfrentamiento alguno con la regulación vigente de la filiación por naturaleza. Que el legislador pensara en la concepción por relación personal no es obstáculo insalvable para su extensión. La controversia se produce cuando se requieren donantes o madres subrogadas. Parece entonces que si es precisa la redefinición jurídica de la paternidad (maternidad) y decidir la sincronización de la legislación con la estructura, tendremos que concretar primero cuáles son los nuevos supuestos, y en qué consisten.

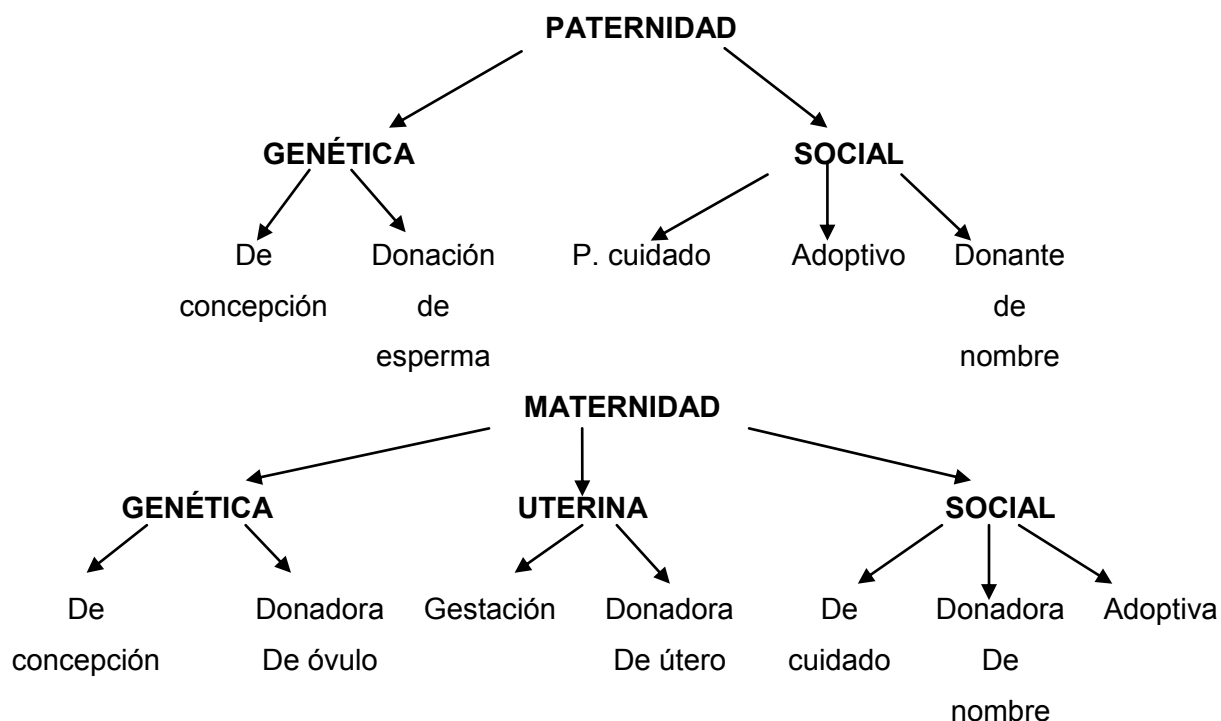
1.3. Nuevas formas de los conceptos de Paternidad y Maternidad.

“Todo ser humano dice Rostand comienza su existencia personal en la forma de una simple célula, ínfimo glóbulo de gelatina translúcida, “el huevo”. Este huevo resulta de la fusión de dos células, salidas, respectivamente, del cuerpo de los padres.” (ROSTAN; 1984:31) “Mientras el padre sólo puede suministrar una célula, la madre además de aportar la que le corresponde lleva adelante nueve meses de gestación. Y ello si no concede mayor trascendencia a la madre, que puede hacerlo, le permite ser madre por evidencia, mientras que el padre, con cualquier método, se reconoce a fuerza de constricción social.” (TRABUCCHI; 1982: 67. Citado en: MORO; 1988: 210) Al mismo tiempo esa doble función de la madre y la evolución científica pueden causar en adelante graves distonías que no surgen en la paternidad.

Pero los hijos no sólo se engendran con la carne, y el que crió y educó a un menor como hijo, el que lo ha hecho persona puede merecer más ser considerado en Derecho como padre que quien lo es sólo por la genética. De tal modo que resulta gratuito afirmar que no puede ser padre legal quien no aportó su código genético a la concepción.

Nos brinda Lombardi unas clasificaciones sobre los nuevos y tradicionales tipos de paternidad, los datos que los caracterizan y que revelan la escisión de las facetas otrora unidas, salvo mínimas excepciones, por motivos diversos a la intervención de la ciencia.

Se pueden observar hoy separadamente según el autor:



En base a ello se pueden hacer distintas combinaciones, algunas de ellas verán dissociadas facetas biológicas y sociales, otras no, como en la fecundación natural. Algunas recuerdan a las escisiones tradicionales, otras sólo pueden producirse con la ayuda de la ciencia. (LOMBARDI; 1984:50 Citado en: MORO; 1988:210).

Stoyanovitch señala la posibilidad de una especie de *multipaternidad* que no puede quedar determinada legalmente en nuestro sistema. Dentro de tal confluencia de sujetos, hay que elegir al que se toma como padre. Para él, la paternidad en las técnicas con semen de donante está compuesta por tres sujetos:

- ❖ Padre moral (el marido),
- ❖ Padre instrumental (el médico),²
- ❖ Padre biológico (el donante).

Con fecundación *in Vitro* pueden darse los siguientes 9 supuestos:

- ❖ «Hijo» del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma.
- ❖ «Hijo» del óvulo de la mujer de la pareja, gestación por ella, y de semen de donante.
- ❖ «Hijo» de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
- ❖ «Hijo» de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer.
- ❖ «Hijo» de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por mujer de la pareja.
- ❖ «Hijo» de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.
- ❖ «Hijo» de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja.
- ❖ «Hijo» de óvulo de donante, a su vez gestante, y semen de donante.
- ❖ «Hijo» de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja. (MORO; 1988:211)

Aún pareciendo irreales e incomprensibles, son supuestos que pueden darse si se permiten ampliamente todas estas prácticas, incluida la maternidad subrogada. Prohibida ésta, no quiere decir que se consiga efectividad, por eso tendrá que buscarse respuesta jurídica para; consecuencias que se originen. ¿A quién de entre todos los participantes en la procreación del hijo corresponde la función de padre legal?

Si hasta la implantación de técnicas de fecundación podía plantearse supuesto de hijos cuyos padres legales eran también los biológicos; la derivación biológica sólo coincidía en uno de los progenitores, o en ninguno, por causas diversas, únicamente el primero era generalizado, los

² Resulta excesiva e inadmisibles esa atribución de paternidad al médico defendida en esos años pero que hoy se descarta con toda lógica. El médico facilita con su intervención técnica la procreación, pero él no genera, ni aporta gametos propios, ni la voluntad de la concepción, ni el cuidado del niño. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988" *óp. Cit.*, Pág. 211.

últimos excepcionales. El Derecho reconocía valor jurídico a un evento biológico y social como es el nacimiento.

El paternalismo que en muchas de estas situaciones nuevas se da, es claro. Parece razonable, incluso, que para referirse a los casos de embriones producto de donación a la pareja que quiere ostentar la paternidad legal, se aluda a la adopción, aunque nada tenga que ver por su sentido y motivación con estas técnicas.

La función social de la paternidad vemos que supera con mucho la dimensión física de la reproducción. No obstante, paternidad, maternidad y filiación, son también símbolos de una transmisión que ocurre entre los hombres en la vida, y que es primordial y necesaria para que posteriormente podamos referirnos a todo el complejo de relaciones humanas.

Es importante, pues, mediatizar afirmaciones extremas, aunque apoyamos firmemente la idea de que el vínculo jurídico paternal se separa conceptualmente de la procreación física para asumir una calificación jurídica con un valor distinto y propio, como se separan los conceptos sociales, psicológicos o educativos.

La Fecundación In Vitro (FIV) presenta la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa, adoptiva. Recordemos una vez más que en este campo los conceptos estrictamente jurídicos se suavizan en función de la condición de la materia regulada, donde cuentan más los sentimientos que los requisitos legales. Nunca se podrá imponer el afecto al progenitor auténtico.

El que acude a la práctica de la FIV, o a otras similares, y recibe la donación de algún gameto, intenta reproducir en el seno de su pareja la situación normal de la paternidad, que no puede alcanzarse naturalmente y asume el convencimiento de que el hijo es biológicamente de ambos. De algún modo, si hubiera pretendido la adopción habría acudido a ella, a pesar de las dificultades actuales que también incentivan estos nuevos recursos.

Sin embargo, es importante recordar que las relaciones de paternidad han venido siendo, y algunos creen que por esencia, una relación de exclusividad y unicidad. El padre para ser reconocido no puede ser más que uno, lo contrario conduciría a excluir la existencia de una relación característica en prerrogativas y responsabilidades. La maternidad ofrece hoy complicaciones añadidas por su doble aporte ovárico y uterino que no dejan discernir claramente el papel que ha de ser prioritariamente protegido. El problema de configurar como padres a quienes no aportan su material genético es que con el Derecho actual están expuestos a una

acción de impugnación, o ellos mismos pueden ejercerla. Es difícil conciliar con veracidad biológica con una normativa basada en ella si a las relaciones nuevas pretendemos dar la misma apariencia que a otra filiación por naturaleza.

La eficacia de un reconocimiento que podría extenderse a la filiación matrimonial como determinante de la filiación, sirviendo así de solución jurídica al uso de las técnicas, con un significado meramente negociable de asunción y operación de la verdad por la voluntad también es hoy discutible frente a cualquier acción de impugnación. Tendrían que prever los Códigos un reconocimiento de carácter constitutivo para evitar problemas. No obstante, el mayor miedo lo provoca la comercialización.

1.4. Definición de Subrogación.

En este tema será importante iniciar desde su denominación, por la discusión de cuál es el vocablo correcto para identificarla, si subrogada, delegada, incubadora o sustituta, porque de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos:

- ❖ "Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- ❖ "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";
- ❖ "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";
- ❖ "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra". (DRAE; 1992:429, 739, 1223 y 1224)

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción 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 toda la duración del embarazo hasta el parto.

Para López Faugier la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción 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." (DRAE; 1992:652)

Pero además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación. (MORO; 1988:285)

Así, la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el del Derecho, respecto de este último, puedo mencionar la dificultad de las siguientes cuestiones:

- a) **La determinación de la maternidad.**
- b) **El derecho a interrumpir el embarazo.**
- c) **El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.**
- d) **El derecho a recibir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.**
- e) **La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede dar esa revocación).**
- f) **La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.**
- g) **La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.**
- h) **La posibilidad de impugnar la maternidad.**
- i) **Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación. (MORO; 1988:285)**

Precisamente en virtud de todas estas interrogantes, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de este tipo de prácticas, y particularmente por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse, si se privilegiará el nexo biológico o el nexo biopsíquico del embarazo con la madre gestante, estoy a favor de su aprobación en nuestro sistema legal.

Desde dos puntos de vista: de su significado y de lo que indica la ley. La que me interesa de estas dos formas es la primera, la que alude a su significado.

"El término "subrogación" en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra." (GUTIÉRREZ; 2008:874)

Así, "Subrogar significa precisamente "sustituir" (BEJARANO; 2002:339) o cambiar una cosa o persona por otra.

De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Esto resulta muy importante, debido a que suele creerse que la subrogación a que alude la maternidad subrogada es la que menciona la ley y no es así.

La ley señala que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, toda vez que esta figura no tiene como fin que la mujer que contrata sea sustituida por la contratante. En consecuencia, la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, pero sin atribuirle lo que indica la ley.

Para Delgado Calva: "Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra".(DELGADO; 2004:37) Se busca integrar elementos como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto. El concepto que también señala que la subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona.

1.4.1. Definiciones de Maternidad Subrogada.

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.

Por ello, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, Tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga que no es madre quien engendra sino quien educa. De tal manera, que en la maternidad subrogada no encuentro obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante.

"A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes 18:

- **Alquiler de vientre,**
- **Alquiler de útero,**
- **Arriendo de útero**
- **Arrendamiento de vientre**
- **Donación temporaria de útero**
- **Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,**
- **Gestación de sustitución**
- **Gestación subrogada**

- **Madre portadora**
- **Maternidad sustituta,**
- **Maternidad de sustitución,**
- **Maternidad suplente,**
- **Maternidad de alquiler**
- **Maternidad de encargo**
- **Madres de alquiler,**
- **Madres portadoras,**
- **Ventre de alquiler**
- **Surrogated motherhood, su denominación en inglés.**

Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para gestar. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero, apunta Delgado Calva. Así, las denominaciones que a este autor no le parecen correctas son: maternidad de alquiler o En cuanto a la maternidad de alquiler, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.” (DELGADO; 2004: 41 y ss)

Existen variados conceptos doctrinales sobre el tema. Sin embargo, expondremos algunos de los que hemos hallado.

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es *"la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."*(HURTADO; 2000:54)

Respecto a este concepto, una mujer geste un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que geste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana. Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada.

Algo parecido dice el concepto de Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal. Estos dos autores dicen que la maternidad subrogada *"es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa."* (En DELGADO; 2004:45)

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado. Respecto al óvulo de la esposa no dice nada. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que dé a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.

Otro concepto es el siguiente: *La maternidad subrogada es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada."* (DELGADO; 2004:46)

El concepto que a continuación contiene elementos casi idénticos al anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. Dice lo siguiente: *"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante."* (DE LA TORRE; 1993:204)

Un concepto de Zanonni, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice: *"La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja"*. (DELGADO; 2004:46 Y 47)

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada:

- Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella
- Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo.

El tratadista Zannoni, dice:

“...se alude a la maternidad subrogada (del inglés *surogate motherhood*) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa. La maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéricamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno. En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.” (En SILVA; 1987:78).

La Iglesia Católica, en su documento titulado Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva (sic) a las dos hipótesis que maneja Zannoni de la siguiente forma:

- a) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y**
- b) la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.” (En MENDOZA; 2001:81)**

Para la Iglesia Católica, los dos casos los clasifican como maternidad subrogada, ya sea que la madre sustituta, aporte su óvulo, o cuando solo presta su útero. Pero para el autor Zannoni, en cambio solo es maternidad subrogada cuando ella solo presta su útero y no aporta el óvulo, y cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, dice que es simplemente madre.

La maternidad subrogada la clasifica de:

- “Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y
- Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.” (MENDOZA; 2001:81)

Las comúnmente llamadas “madres de alquiler”, suponen un serio obstáculo al mantenimiento de la mujer gestante como la madre legal, cuando recurrir a ellas quiere decir que otra que no puede gestar solicita su ayuda para poder tener un hijo al que considerará legalmente como suyo.

La espectacularidad con que se han presentado los casos de los que se ha dado publicidad, ha hecho olvidar que el fenómeno no es totalmente nuevo. La utilización de las prácticas de fecundación artificial es el elemento innovador, la versión sofisticada de antiquísimas costumbres ligadas a la esclavitud o a la opresión de las clases inferiores o trabajadoras por las que unas mujeres servían a otras para proporcionarles la descendencia que su esterilidad impedía.

Hay datos en el Génesis, pero de ellos no puede deducirse la legitimidad de las madres de alquiler y mucho menos de la comercialización del “servicio”. Es indiscutible, en cambio, que el recurso al embarazo en otras mujeres para tener un hijo, aprovechando la precaria situación económica de éstas ha existido siempre.

A pesar de que el planteamiento actual está basado en la libre decisión de la mujer que se presta a gestar un hijo que no considera como propio, el hecho guarda un cierto residuo de servidumbre y explotación de la mujer. Los supuestos que se han dado por filantropía son escasísimos, y el lucro impera como en ninguna de las técnicas de fecundación asistida. Rubeullin Devichi ha llegado a comparar estos acuerdos con los contratos de prostitución: se alquila una parte del cuerpo. Si bien se matiza por otros, ya que es todo el organismo el que se pone a disposición en el embarazo.

Lo cierto es que si la gestante es considerada legalmente como madre, y se tiende a reducir la legitimación o los motivos alegables en la impugnación, las parejas que acudieran a esta práctica aportando sus propios gametos no podrían tener su hijo. Incluso aunque la gestante lo entregue voluntariamente, debería procederse a la tramitación de una adopción si no quiere incurrirse en una suposición de parto.

Se ha venido cubriendo de juridicidad de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que solicitaron el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste. Porque, además, en la mayoría de los supuestos actuales se ha requerido que la mujer que iba a gestar también aportara su óvulo.

Si la madre sustituta accediera a ello, el padre podría reconocer al hijo y su madre adoptarlo.

Si la pareja no está casada, podría pensarse incluso en la viabilidad de un reconocimiento conjunto. Aunque esta acción sería un abuso del derecho.

El cauce adecuado es la adopción con un trámite simplificado, sobre todo si puede demostrarse la procedencia de los gametos de la propia pareja.

En todo caso, se requiere que la gestante quiera dar al hijo en adopción; no se podrá obligar a que lo entregue, sea una u otra la forma jurídica que se emplee para determinar la filiación.

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el siguiente:

“Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación *in vitro*) , a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante”. (DELGADO; 2004: 48)

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:

- **“Acto jurídico,**
- **Un médico con experiencia en la materia,**
- **Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación *in vitro*) ,**
- **Mujer denominada subrogada, quien será soltera,**
- **Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina,**
- **Esposo o concubino de la subrogante,**
- **Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta,**
- **Convenio,**
- **Mayores de edad,**
- **Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios,**
- **La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y**
- **Única vez.” (DELGADO; 2004: 48 y 49)**

Se dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

Se habla de un médico con experiencia en la materia, en virtud de que no cualquier médico puede realizar este tipo de técnicas, sino sólo aquel que conozca cómo aplicar estas técnicas, que haya tenido la experiencia suficiente para no cometer errores o daños en la mujer que se va a inseminar, que pueden ser irreversibles, como podría ser el dejarla estéril o infértil.

Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación artificial y fecundación *in vitro*, para llevar a cabo la práctica médica de Maternidad Subrogada que definitivamente debe ser con el óvulo de la madre subrogada y el espermatozoides del esposo de esta.

1.5. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada.

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada.

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gesticione para que dé a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación *in vitro*; o
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que gesticione y dé a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con el niño una familia.

De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando fuera a quienes son solteros.

1.6. Tipología de Maternidad Subrogada.

“La subrogación de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.” (HURTADO; 2000:54)

Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, y también es frecuente utilizar la Fecundación In Vitro (FIV) donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestora. En la práctica de la subrogación de la maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.

Al hablar de inseminación artificial nos encontrábamos con la presencia de la mujer inseminada y del hombre del que procedía el semen, que podía ser la pareja de la mujer o un tercero.

En el caso de la fecundación in vitro son posibles más casos. Por un lado se mantiene la distinción según la procedencia del semen, igual que en la inseminación artificial. Pero en la fecundación in vitro la mujer a la que se le extrae los óvulos y la mujer a la que se le implanta el embrión pueden no coincidir.

Esto puede ser ilustrador de los problemas que aparecen. Tómese el caso hipotético y que en principio cabe pensar como el más habitual de una pareja heterosexual que desea tener descendencia y que recurra por las razones que sean a la fecundación artificial.

Esta hipótesis se propone simplemente para ejemplificar las múltiples posibilidades. Con esto no se pretende agotar todos los casos ni obviar otros posibles supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una mujer sin pareja (masculina) que recurra igualmente a la reproducción asistida, o por muy indeseable y rebuscado que parezca la fecundación in vitro realizada con finalidades distintas a la reproducción, como la utilización de los embriones resultantes para fines diferentes.

En la hipótesis propuesta hay dos posibles orígenes para los gametos masculinos y dos posibles orígenes para los gametos femeninos o propios o ajenos a la pareja. Hay también dos posibilidades para la gestación por la mujer miembro de la pareja, o por otra mujer. *En total ocho posibilidades distintas.* Si la gestación va a ser por la mujer miembro de la pareja, es decir, si la transferencia del embrión o de los embriones se le practica a ella misma se dan cuatro posibilidades, e igualmente cuatro para una transferencia realizada a una tercera.

Así pues, tenemos:

- **“Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja. Éste es el supuesto simple y quizá el más extendido. Un ejemplo típico podría ser la incapacidad para que se produzca la fecundación debido a algún tipo de patología tubárica.**
- **Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero. Por ejemplo, los espermatozoides de un tercero por alguno de los motivos que se citaron para la inseminación artificial, pero a lo que se añadiese la inviabilidad de la inseminación por causa de patología tubárica.**
- **Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer. Un ejemplo podría ser algún tipo de infertilidad ovárica femenina.**
- **Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo sería el de la infertilidad de**

ambos miembros de la pareja. El primer embarazo en estas circunstancias, con donación de embrión, se produjo en 1983.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos procedentes de la pareja. Este y los casos que restan son equivalentes a los ya comentados, con la salvedad de que la gestación la realiza una mujer ajena a la pareja. Se trata de supuestos englobados dentro de lo que se conoce como maternidad de sustitución. La gestación por parte de una tercera se puede deber a una incapacidad de gestar por parte de la mujer miembro de la pareja, o bien por otros motivos, incluso de conveniencia.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.” (LEMA; 1999: 48 y 49)

Junto a esto es conveniente señalar una posibilidad más, en la que se produce transferencia de embrión, aunque no fecundación in vitro. Se trata del lavado embrionario, que consiste en la retirada de un embrión del seno de una mujer para transferírselo a otra.

El caso típico consiste en una inseminación artificial a una mujer para la posterior transferencia del feto a la esposa del hombre que proporcionó el semen: se trata de una especie de maternidad de sustitución limitada al momento de la concepción. Se realiza algunos días después de la ovulación, y consiste en inyectar en el útero un líquido para después reaspirarlo con la intención de aspirar también el hipotético embrión. Después se buscarían embriones en el líquido para transferidos a otra mujer. Esta técnica presenta el problema técnico de la necesidad de sincronización de las ovulaciones de ambas mujeres, lo que se consigue por medio de hormonas. Pero fundamentalmente su problema es que no siempre es inocua para la mujer a la que se le realiza el lavado: puede que algún embrión no sea retirado y tenga que continuar con el embarazo, o incluso que al desplazar al embrión se produzca un embarazo extrauterino. Por todo ello se trata de una técnica muy poco utilizada, aunque no está totalmente abandonada.

1.7. Madres de alquiler.

Moro Almaraz considera que:

“El término conocido como alquiler de útero, se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas, opina. Con ellos se alude a la mujer

que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.” (MORO; 1988:52 y 53)

La contratación de madres de alquiler para realizar una gestación vicaria no es legal, pero las únicas razones para su prohibición son de orden práctico y no ético. Así, de una gestación de alquiler pueden derivarse demandas judiciales múltiples, generalmente basadas, en que la gestante desea retener a su hijo, en función de relaciones gestacionales subjetivas.

Por estas razones, la mayoría de legislaciones considera como, madre a la gestante (en función de lo que determina el Derecho Civil), y el contrato de subrogación, nulo.

“CASADO espera que este criterio se mantenga, ya que otorgar derechos a la madre biológica en vez de a la madre gestante puede conducir a un reduccionismo genético políticamente peligroso, porque otorgar toda la importancia a la genética puede derivar en irresponsabilidad o utilizarse como argumento para la discriminación.” (CASADO; 2007:248)

Con el término general de maternidad subrogada o madre de sustitución se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra.

- Una de ellas se conoce como locación o alquiler de útero, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.
- La segunda modalidad, es la maternidad subrogada propiamente dicha, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen la maternidad por cuenta de terceros es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.

Dentro del término de maternidad subrogada también están comprendidos los supuestos de donaciones de embriones o de óvulos cuya gestación es llevada adelante por la misma mujer que desea asumir la maternidad. En estos casos, la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, solución que considero más adecuada a la certeza jurídica para la identificación del nacido y la determinación de la maternidad, considera Moran de Vicenzi.

1.8. Aspectos Jurídicos, Bioéticos y Religiosos de la Maternidad Subrogada.

De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas. Desde el punto de vista utilitarista, se mantiene que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas, mientras que desde el punto de vista contractualista, se dice que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes libremente decidieron. De otro lado, están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros y aquellos sustentados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”. (LEMA; 1999:139)

En esta técnica: se produce una grave distorsión de la relación madre-hijo, puesto; que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada de un hijo que deberá entregar una vez producido el parto. Por su parte, el hijo recibe el trato de ser el “objeto” de una transacción comercial y quien lo gesta no será una verdadera madre para él, constituyendo en realidad este procedimiento una forma inhumana de gestar a un hijo, pues se altera el proceso de la maternidad que es un valor esencial propio de la naturaleza humana. En efecto, mediante este contrato casi siempre oneroso de arriendo de útero se está produciendo un atentado en contra de la dignidad del ser humano; este pacto contraría la dignidad humana, pues se incluye en el contrato algo que está fuera del comercio, cual es el cuerpo humano y por lo tanto es inaceptable, pues, ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercancía.

“En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total hasta el establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo, la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideran 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 entrega al hijo o no con toda libertad. Frente a esas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran aisladas a la adopción o simplemente quedarán bajo la regulación contractual general, y por lo tanto, sobre lo acordado por las partes.” (LEMA; 1999:140)

En México no existe texto legal que prohíba la subrogación de vientre por exclusión del medio está permitida, por lo que tenemos que acudir a la teoría general del acto jurídico. Al hablar de su

subrogación de vientre, el objeto del acto jurídico que fundamentara la aplicación de las técnicas médicas sería ilícito, porque el cuerpo humano no es materia de comercio. Por otra parte, y con base en los razonamientos expuestos en el párrafo anterior, considero que antes de tratar de legislar sobre un tema tan controvertido, se debe reflexionar profundamente y con un determinado consenso social, si los beneficios que se obtienen justifican la práctica de esa subrogación que rompe con los principios biológicos y éticos de la maternidad y que permite que un hijo se convierta en objeto de transacción.

Aceptación religiosa

“La iglesia Católica acepta la practica de la inseminación *homologa*, pero considera a la *heteróloga* como abominación y un desorden moral considerable. Pío XII se pronuncio en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera del matrimonio pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino de matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.”(SESNA; 2004:5 y 6)

La institución Vaticana ha manifestado “Obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación de compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad”. (Cárdenas Quiroz, Carlos, “Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia*, Perú, Universidad Católica del Perú, núm. 45, p. 18. citado en SESMA; 2004:5 y 6)

Juan XXII Mater et magistra insistió en manifestar que la transmisión de la vida humana ha sido confiada a un acto que está sujeto a “leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos. Nadie, pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales”. (Congregación para la Doctrina de la Fe, instituto sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad. México, Librería parroquial, 1987, p. 10. Citado en SESMA; 2004:5 y 6)

En cuanto la maternidad sustitutiva, considera que “es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana” (SESMA; 2004:25)

En cuanto a la inseminación artificial *homóloga* dentro del matrimonio, la admite en el caso: “que el médico técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una

ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”. (SESMA; 2004:31) En cambio, para otras religiones como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento.

Todo lo que contribuye a la llegada de una nueva persona a este mundo es agradable delante de Dios, es admisible ética y moralmente. Dios es Amor: en esta frase se expresa la esencia del cristianismo, la base moral y ética de nuestra civilización. Lamentablemente, los fariseos que se enorgullecían de ser "justos" y conocer perfectamente la Escritura Sagrada siguen vivos hasta ahora. Se permiten imponer a la sociedad su opinión personal, aunque santificada por su rango clerical, acerca del alquiler de vientres, la que por lo general es extremadamente negativa. No queda otro remedio que aconsejarles recurrir a la Biblia y en concreto al Antiguo Testamento, el principal libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. “Saraí, la esposa de Abraham (Sara y Abraham se llamarán más tarde), era estéril y le ofreció a su marido la esclava Agar para que tuviera descendencia. Agar dio a luz un bebé que recibió el nombre de Ismael. Saraí le acogió como si fuera su propio hijo. Éste fue el primer niño nacido por medio de la gestación subrogada. A propósito, de Ismael descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la madre de Ismael.” (Génesis 16)

La segunda madre de alquiler en la historia de la humanidad fue: “Bilhá, esclava de la infértil Raquel, la segunda esposa de Jacob, que le dio dos hijos varones, Dan y Neftalí. Y la tercera, allí mismo, fue Zilpá, esclava de la primera esposa de Jacob, Lía, que después de haber dado a luz cuatro hijos perdió temporalmente la capacidad de procrear. Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. No obstante, luego Lía se recuperó y procreó a Jacob otros dos hijos, Isacar y Zabulón, y la hija Dina. (Génesis 30)

En la Escritura Sagrada se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler. Sin embargo, desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

La maternidad subrogada tradicional, cuando la madre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, hasta ahora se usa ampliamente en todos los países donde se permite el alquiler de vientres.

Si el severo Dios del Antiguo Testamento no veía nada malo en tal subrogación, si los propios profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler, ¿de qué entonces nos están hablando los hipócritas y santurriones que pretenden ser más santos que el propio Dios?

La esterilidad como cualquier otra enfermedad es vista por estos "teólogos" como un castigo por los pecados, como una cruz que hay que llevar con dolor durante toda la vida. En tanto, si Dios hubiera perseguido este objetivo, no habrían aparecido remedios contra las enfermedades letales que se consideraban incurables ni las técnicas para tratar la infertilidad. Dios quiere ver a las personas sanas y lozanas, rodeadas de niños felices, capaces de apreciar en su justo valor este mundo que Él ha creado y no a los fanáticos sombríos con los ojos llenos de odio hacia todo lo vivo.

Así que sean fecundos y multiplíquense, y sean felices, porque esto le agrada a Dios.

CAPÍTULO SEGUNDO.

ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1. Historia de la Maternidad Subrogada.

Desde la antigüedad más remota el hombre siempre ha soñado con tener hijos y, pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios conseguir un heredero tan anhelado. La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí lo que dice al respecto el, libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes:

“Saraí, la esposa de Abraham (Sara y Abraham se llamarán un poco más tarde), era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Saraí dijo a Abraham: “Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abraham accedió al deseo de Saraí. En aquel entonces Abraham tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Sara le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa de la llamada “gestación subrogada tradicional”. A propósito, de Ismael descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la “madre subrogada” que ha gestado a Ismael. Es interesante que 14 años después del nacimiento de Ismael, en 1897 a. C. (el año de la destrucción de Sodoma y Gomorra) Sara consiguió quedarse embarazada de su marido legítimo, quien se preparaba para festejar su centenario, y dar a luz a Isaac. (Génesis 16)

El segundo programa de gestación subrogada, del que tenemos conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a. C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a. C. y que fue el primero en introducir el principio de presunción de inocencia (uno es inculpable hasta que se demuestre lo contrario), disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra

concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender “por plata”.

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata. (http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-51-100_14.html)

Por desconocer los nombres de otras madres de alquiler sumerias, vamos a considerar que la segunda fue Bilhá, sierva de la bella Raquel, la segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, que le dio dos hijos, Dan y Neftalí. El propio Jacob tenía entonces 85 años.

Y la tercera madre subrogada fue “Zilpá, la sierva de Lía, la primera y no querida esposa de Jacob. Tratando de conquistar el amor de Jacob, Lía le dio a luz cuatro hijos. Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. Luego Lía se recuperó y Jacob tuvo con ella dos hijos más, Isacar y Zabulón, así como la hija Dina.” (Génesis 30)

En la Sagrada Escritura se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler. Sin embargo, desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad. Basta decir que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no

gozaban de una salud de hierro. Por ejemplo, Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. A propósito, aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos. Tutmosis I reinó durante 13 años, conquistó la mitad del mundo conocido entonces, trajo a Egipto a miles de esclavos pero... cuando en 1490 a. C. murió su esposa y hermanastra Ahmose, la hija de Amenhotep I, fue destronado por los sacerdotes. Asumió el poder su hija Hatshepsut, de 16 años, que se considera la primera reina en la historia del mundo. Llegó al trono pese a que Tutmosis ya tenía el hijo Tutmosis II, dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente, el futuro gran guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea “solar” femenina, así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra. (http://es.wikipedia.org/wiki/Antiguo_Egipto)

En las Antiguas Grecia y Roma también fue una práctica muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

La maternidad subrogada tradicional, cuando la madre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, hasta ahora se usa ampliamente en todos los países donde se permite el alquiler de vientres.

Existe una interesante leyenda india, según la cual en 599 a. C., pasados mil años después de los acontecimientos bíblicos citados, debido a una transferencia embrionaria nació el 24º tirthancar y último Buda jainista, Mahavirá (en sánscrito, “Gran Héroe”). Había sido predestinado a ser grande y nacer en una familia aristocrática perteneciente a la casta chatría (de los guerreros), la única que generaba personajes grandes. Pero Mahavirá decidió reescribir su destino naciendo en la casta brahmán (de los sacerdotes). Cambió su karma en la vida anterior a su nuevo nacimiento y se reencarnó en un feto en el seno de la brahmán Devananda. Una vez que los dioses se enteraron de ello, quedó embarazada Trisala, la esposa de un chatría. Al día 82 de la gestación, cuando ambas mujeres dormían abrazadas a sus maridos, los dioses les intercambiaron los fetos. Esta vez Mahavirá no tuvo otro remedio que nacer en la casta chatría que le había sido predestinada por los dioses y hacerse un tirthancar. Entre tanto, Devananda y Trisala que dieron a luz el mismo día, llegaron a ser las primeras mujeres en gestar niños ajenos, es decir, las primeras madres subrogadas en el sentido moderno de la palabra.

Las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón. Uno de tales casos que se hizo patrimonio de la historia está descrito en la película talentosa del célebre director coreano Im Kwon-taek que se llama de igual manera, “The Surrogate Mother”. La esposa de Li, heredero de una familia noble, era estéril y le ofrecieron como concubina a una chica campesina que aún no llegó a la mayoría de edad. Sea dicho de paso, la intérprete del papel de la joven madre de alquiler fue reconocida como la mejor actriz en el Festival de Cine de Venecia.

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se están desarrollando durante varios siglos. “En 1677 el inventor del microscopio Antoni van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. “Supuso que el espermatozoide es una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo le crea un ambiente favorable para su germinación”. (Ruestow; 1983: 185-224.) En 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento resultó en el nacimiento de un niño sano ese mismo año. En 1880 se llevó a cabo el primer intento de FIV en conejos y conejillos de Indias, en este caso en el sentido pleno de la palabra. Dentro de 11 años el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una FIV y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera “madre subrogada”. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de la GIFT (transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio)”. (http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro)

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente.

“La primera FIV de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.” (ROCK; 1944: 105-107)

No obstante todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación *in vitro* en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación *in vitro* de un óvulo humano. (EDUARDS; 1969: 632-635) Sin

embargo, el primer embarazo de un niño “ajeno” que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigaciones y experimentos sin cesar. El 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya superó la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable. Al fin y al cabo, el 25 de julio de 1978 en la pequeña ciudad inglesa de Oldham (condado de Lancashire) nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Es el día que puede y debe considerarse como la fiesta profesional de los embriólogos y expertos en reproducción. Se requirieron más de 600 intentos de FIV para que Louise Brown viniera al mundo. (BIGGERS; 1981: 336)

La continuación no se hizo esperar. Dentro de un año, en 1980 en Melbourne (Australia) en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo “bebé probeta”, esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de FIV en Estados Unidos. (DAVID; 1984:18)

En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 por B. Leonov en Moscú y A. Nikitin en Leningrado. La primera “niña probeta” rusa Lena, procreada en el laboratorio de B. Leonov, nació en Moscú en febrero de 1986, manifestando el comienzo de la famosa “perestroika”. Pasados pocos meses, en Leningrado nació su “hermano” Cirilo.

El mencionado Borís Leonov estuvo en los orígenes de la FIV y, en general, de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país. En los duros años del estancamiento brezhneviano cuando no había Internet ni otros medios de comunicación modernos y cuando al país a duras penas llegaban noticias desde el exterior, Leonov entendió la importancia y el valor de la información fragmentaria sobre los primeros intentos de FIV en el Occidente e hizo todo lo posible para comenzar el desarrollo de tales programas en este país. Prácticamente a partir de cero creó una nueva orientación en la medicina soviética. Sólo gracias a su energía creativa, enorme talento organizativo y don de persuadir se logró conseguir que el Ministerio de Salud aportara la gigantesca cantidad de 500 mil dólares para la constitución del primer laboratorio de FIV. Así que con toda razón Borís Leonov puede considerarse el padrino de los muchos miles de niños que han nacido como resultado de los programas que él ha diseñado y plasmado en la vida.

Tan sólo en los 30 años pasados desde el nacimiento de Louise Brown en el mundo han nacido más de dos millones de niños probeta.

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Míchigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al

principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.¹

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía *Surrogate Parenting Associates, Inc.* constituida un año antes por el Dr. Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previo al comienzo del programa, tardó nueve largos meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces *Surrogate Parenting Associates, Inc.* ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane.

En abril de 1986 en Ann Arbor (Míchigan) nació la primera bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La niña fue concebida *in vitro* a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La FIV se llevó a cabo en el centro médico Mount Sinai de Cleveland bajo la dirección del Dr. Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total.

El primer programa de gestación subrogada ocurrido en el seno de la misma familia tuvo lugar en Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. Karen y su marido Alcimo ya tenían un hijo pero soñaban con tener otros tres más. Karen, a la que en 1984 se le extirpó el útero como consecuencia de una fuerte hemorragia posparto, pensaba que su sueño nunca se haría realidad. Al haberse enterado de la maternidad subrogada, los cónyuges seleccionaron a una madre de alquiler, pero luego tuvieron que desistir de sus servicios por el temor de que se quedara con el nacido. Fue entonces cuando Patricia se decidió a prestar su vientre e insistió en que se le hiciera una FIV. Le fueron implantados cuatro embriones de los once que se habían obtenido, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo. El parto realizado mediante cesárea era filmado por un canal británico que había pagado 500.000 dólares por tener derechos exclusivos sobre este

¹ Noel Keane y Dennis L. Breo, *La madre de alquiler* (Nueva York: Casa de Everest, 1981). En 1976, el Sr. Keane negoció y redactó el primer contrato formal entre una madre de alquiler y una pareja se casó en los Estados Unidos. En los años después, en medio de batallas sala de audiencias y argumentos filosóficos, morales, religiosos y legislativos, seguía siendo un fuerte defensor de la maternidad subrogada.

reportaje. A los nacidos les pusieron los nombres de David, José y Paula. De acuerdo con la Ley *Child Status Bill* vigente entonces en la República de Sudáfrica, la señora Anthony se consideraba la madre de los trillizos y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, que se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

No son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En el estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento infructuoso contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo. A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita. En 2005 en Sudáfrica la cuñada de la cardiocirujana Susan Vosloo le dio a luz a las mellizas Nina y Laila.

“Desde 1976 sólo en Estados Unidos han nacido más de 40.000 niños probeta que en su mayoría fueron engendrados mediante programas de maternidad subrogada tradicional. Hasta ahora se conocen 15 casos de madres de alquiler que se han negado a entregar el niño a sus padres biológicos. El caso más sonado, el de Baby M, tuvo lugar en Nueva Jersey en 1988, cuando la madre de alquiler “tradicional” Mary Beth Whitehead optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja de William y Elizabeth Stern. Después del parto la madre subrogada huyó con la niña a Florida, donde fue localizada por un detective privado contratado por los Stern y fue devuelta a su hogar. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia de Baby M a los Stern, concediendo a un que concedió a Mary Beth un derecho de visitarla de vez en cuando.”
(http://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M)

Sólo en cuatro casos las madres subrogadas han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido hacerse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos. Cabe destacar que frente a estos cinco hay más de cincuenta casos contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo “incorrecto” del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez. Sin embargo, un medio centenar de tristes casos no perjudica las brillantes estadísticas, ya que representa sólo un 0,125% del total de programas de gestación subrogada realizados con éxito.

A propósito, cada año en Rusia cerca de 50.000 madres dejan sus hijos en paritorios, lo que equivale a un 4% de los niños que nacen anualmente en el país.

El primer programa de maternidad subrogada en el territorio de la ya extinta Unión Soviética se llevó a cabo en Járkov en 1995. Al igual que lo hizo Pat Anthony en Sudáfrica, una ucraniana se ofreció para gestar los óvulos previamente fertilizados de su hija nacida con una malformación del útero y, al haber dado a luz, llegó a ser madre y abuela a la vez.

En 2004 una pareja de Chitá contrató a una madre de alquiler que fue sometida a una inseminación artificial con el semen del marido. Nacido un niño, la mujer no le entregó a los cónyuges que, para ser justo, nunca presentaron una demanda contra ella. La madre subrogada reclamó una pensión alimenticia y la consiguió mediante un fallo dictado por el Juzgado de Chitá. Este es un caso clásico de una pareja que confía demasiado en sus propias fuerzas y cae en toda clase de errores: en vez de la inseminación artificial había que hacer una FIV utilizando óvulos donados para que la madre de alquiler no tuviera un vínculo biológico con el niño que iba a gestar. Y, por cierto, todos los compromisos e intenciones se debían formalizar por escrito.

Un proceso curioso tuvo lugar el 29 de noviembre de 2004 en el marco del programa televisivo “La Hora del Juicio”. El meollo del asunto fue el siguiente. Ana Dunaeva dio a luz un hijo con una afección cardíaca para el matrimonio de los Rybakov. Se desconoce si Dunaeva fue una madre subrogada gestacional o “tradicional”. Los esposos renunciaron al hijo alegando que “no les hace falta un niño enfermo”. Además, se negaron a abonar la compensación económica previamente pactada a la madre de alquiler. Ana interpuso una demanda contra los Rybakov para que le pagaran el importe total de la recompensa. Por sorpresa, el juzgado desestimó la demanda “partiendo de las recomendaciones del Consejo de Europa” de utilizar como madres subrogadas a hermanas, parientes cercanas o amigas de la mujer infértil y sólo indemnizarles “los gastos objetivamente razonables”. Como se dice, sin comentarios.

2.2. La Maternidad Subrogada en el mundo.

2.2.1. América.

2.2.1.1. Argentina.

En Argentina se dio un caso de alquiler de útero, pero con la salvedad de que no hubo contrato escrito de por medio (un requisito en los países donde se lleva a cabo la técnica), porque la madre sustituta era familiar de la mujer que no podía tener hijos.

En este caso, la madre sustituta fue la cuñada de la mujer que no podía quedar embarazada por tener una enfermedad que era imposible de corregir con cirugía, pues sufría de desprendimiento hemorrágico placentario.

El ordenamiento jurídico argentino, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado este adagio para determinar la maternidad y, en su Código Civil Argentino, lo recoge en el artículo 242 (Ley 23.264) cuando expone:

“La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.” (Código Civil de Argentina)

En la realidad legislativa, no se ha legislado sobre las técnicas de inseminación artificial, como consecuencia, tampoco sobre los contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, se tiene un Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 2010² el cual abre la puerta al debate y posible conducción a la creación de una Ley que incluya a la maternidad subrogada como práctica lícita.

2.2.1.2. Colombia.

Desde el punto de vista legal, en Colombia no es prohibido ni permitido, porque, cosa rara, no hay una legislación clara que la regule. Uno de los problemas más significativos se presenta al momento del parto, cuando el médico debe elaborar el registro del nacido vivo. La madre que debe registrarlo es la que lo parió, pero el niño pertenece a la que puso en ese vientre ajeno sus óvulos y el semen de su esposo. De registrarlo a nombre de esta última, el médico incurre en falsedad en documento público.

Los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 42 de la actual Constitución Política de Colombia, tal como se señala textualmente:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...”

“...Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable...” (Constitución Política de Colombia)

² Dirección Web donde puede localizarse dicho Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 2010: http://www.concebir.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=91:ley&catid=39:legales&Itemid=6

Hay una urgente necesidad de reglamentar todo lo relativo a estas técnicas ya que las leyes vigentes no son suficientes para resolver los potenciales conflictos que se puedan presentar en esta materia.

La Corte Suprema de Justicia está tomando conciencia de los avances de la ciencia. Por esto, con la declaración de inexequibilidad³ de la expresión “de derecho” del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto espacio a considerar como legítimo al hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, casos que suceden con alguna frecuencia en los embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas científicas.

2.2.1.3. Canadá.

En Canadá, prohíben la forma “comercial” pero admiten la “altruista”. Este país presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. El Informe Ontario de la Comisión de Derecho de Ontario (Ontario Law Reform Comisión) permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos y formuló 32 recomendaciones sobre el tema.

En la recomendación 29 dice: “Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este se ha entregado a los padres sociales”. (Ontario Law Reform Comisión)

Esto demuestra que este país no solo ha legislado sobre la maternidad subrogada, sino que reconoce como padres a los contratantes, a los cuales llaman padres sociales.

En este país, una parte de la doctrina canadiense, interpreta que el contrato de maternidad subrogada trae aparejado el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de la mujer, lo que pone en duda la validez del objeto de dicho contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Québec, Provincia de Canadá.

2.2.1.4. Estados Unidos.

Se puede decir que la meca de la maternidad subrogada es Estados Unidos, ahí, ya más de 4.000 mujeres han recurrido a estos servicios. No obstante, en cualquier lugar del mundo puede

³ La inexequibilidad es un acto jurisdiccional propio de la rama judicial del poder público. La inexequibilidad declara que la norma estaba afectada por un vicio de constitucionalidad, que no permite seguir aplicándola. La Corte Constitucional no tiene atribuciones para reemplazar la norma declarada inexecutable ni subsanar los vicios legales. Como consecuencia del fallo de inexequibilidad no pueden desconocerse las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma y sus efectos se predicen hacia el futuro y por excepción hacia el pasado. La inexequibilidad revive las normas derogadas o subrogadas por la norma declarada inconstitucional.

encontrar una madre de alquiler, bien a través de una agencia especializada o por medio de Internet.

Uno de los principales motivos, para que en los Estados Unidos se modificaran sus criterios legislativos sobre la maternidad subrogada, fue el hecho de la falta de leyes que la prohíban o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de convenios aumentaran paulatinamente. Dos aspectos son los que principalmente se pretenden y son la validez y la flexibilidad de los contratos de arrendamiento de útero, que a todas luces es un negocio muy próspero en este país.

El derecho a la privacidad, conforme a la carta magna norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a excepción de que éste, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

Es importante destacar que dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de dieciséis Estados de la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, California, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Wisconsin. Esto nos demuestra y comprueba que la figura jurídica de la maternidad subrogada existe jurídicamente dentro del Estado de Derecho que constituye a los Estados Unidos de América, considerada como un Derecho Civil del Hombre. En cuatro jurisdicciones: el Distrito de Columbia, Florida New York y Wisconsin, aceptan específicamente sólo la subrogación gratuita. El proyecto de New Jersey autoriza la subrogación, limitando el pago a la cantidad de diez mil dólares. Y en el Estado de South Carolina, la subrogada no recibe más compensación que los gastos médicos, si ella aborta durante o después del quinto mes.

Aunque Estados Unidos sea uno de los países más permisivos en este sentido, no todos sus Estados lo permiten; aquellos en los que la maternidad subrogada está prohibida son Washington, Utah, Nuevo México y Nueva York. California es considerado el Estado más liberal en este ámbito.

La legislación californiana pone límites inter-federales, (La madre subrogada ha de residir en California) pero no es respetuosa con las legislaciones prohibitivas de los otros países. En este estado, se aceptó la figura de la maternidad subrogada. Los acuerdos, sean estos en la forma de contratos o acuerdos particulares, pueden ser ejecutados coercitivamente, y consecuentemente, tienen valor legal. Otro punto de importancia es que en California, los padres genéticos o biológicos son considerados como los verdaderos padres de la criatura que nace por esta vía,

entendiéndose como tales los padres a los cuales se les conceden los derechos materno filiales. Los contratos de maternidad subrogada realizados mediante precio.

Varios proyectos de Ley se han presentado, pero, que conozcamos, ninguno ha sido aprobado aún y la legislación estatal vigente sobre inseminación artificial, no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

Son los padres contratantes los que han tomado la decisión de tener descendencia, y son ellos los que han tomado la iniciativa de llevar a cabo esta técnica, a la cual debieron acudir por no haber podido tener un niño por los métodos naturales.

Por último, señalaremos que en los Estados Unidos no existe una legislación unitaria en esta materia. De los proyectos legislativos existentes, 5 pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania). por otra parte, existen también proyectos de leyes en los estados de Illinois, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina en los cuales se admiten la maternidad subrogada, tanto cuando existe una contraprestación económica como cuando no la hay. Es necesario señalar que el estado de Michigan ha sido el primero en promulgar una ley en la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada cuando exista una contraprestación económica de por medio.

Como consecuencia del asunto Baby M., la década de los ochenta se ha caracterizado en los Estados Unidos por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta. A tal fin, en 1987 se elaboraron proyectos de ley en casi la totalidad de los estados, aunque tan solo Arkansas, Nevada y Louisiana tienen leyes ya aprobadas. En Arkansas su normativa prevé que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquellos son los padres legales del niño y no la madre portadora. En Louisiana no son exigibles

2.2.1.5. Brasil.

Brasil prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2002000200008&script=sci_arttext&lng=en), estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) y señala que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la

madre biológica (en una relación de parentesco hasta el segundo grado). Los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

Artículo 199.

4.- La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

Como bien se mencionó anteriormente, la resolución número 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, que ha adoptado *Normas para la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida*, todavía en vigor, se divide en 7 secciones, a saber: 1) Principios Generales; 2) Usuarios de las Técnicas de RA (Reproducción Asistida); 3) Clínicas, Centros o Servicios que ponen en práctica las técnicas de RA; 4) Donación de gametos o pre-embriones; 5) Preservación de gametos o pre-embriones a través de crioterapia; 6) Diagnóstico y tratamiento de pre-embriones; 7) Gestación de sustitución (donación temporal del útero).

La Resolución brasileña ha seguido la tendencia europea (con excepción de Inglaterra), cuando elaboró un conjunto de disposiciones éticas relativas al donante, a la pareja y al médico. Las reglas de gratuidad, anonimato y consentimiento informado fueron debidamente previstas en la Resolución mencionada.

Así, en la Sección IV, número 1 se establece que: "*La donación nunca va a tener carácter lucrativo o comercial*". La noción proviene del principio fundamental según el cual el cuerpo humano, en todo o en parte, no puede ser objeto de comercialización.

Refiriéndose a las "mujeres capaces", la Resolución no ha prohibido el acceso de las mujeres solteras a las RA, lo que implica negar la dualidad de los padres, en este caso, la paternidad.

Ahora bien, en la medida que la Constitución Federal protege, en su artículo 227, el derecho del niño a la "vida familiar" (es decir, el derecho a la identificación de sus dos progenitores, el padre y la madre) esta posibilidad es seguramente ilegítima, pues es contraria al interés del niño cuyo nacimiento fue programado, deliberadamente, sin padre. Además, esta hipótesis corresponde a una agresión a los derechos del niño, ya que la creación de familias monoparentales (con un

solo progenitor) es contraria a la evolución del derecho de la filiación que, levantando las interdicciones que se referían a los hijos naturales, ha favorecido el derecho de todo niño a tener una filiación paterna.

2.2.2. Asia.

2.2.2.1. India.

En India, también es posible la maternidad subrogada. El Consejo Médico de Investigación de la India, El ICMIR, organismo que rige la carrera médica en el país, controla que las madres de alquiler no superen los 45 años, que pasen la prueba del VIH y que no tomen drogas, entre otras características. En este país el precio oscila alrededor de los 30.000 dólares. Eso sí, las mujeres que alquilan su vientre en India corren el gran riesgo de ser rechazadas por la sociedad. Y las garantías no son las de las agencias estadounidenses. Desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país. La maternidad de alquiler en la India es barata en este país. Cabe decir, que es uno de los países en que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente.

2.2.2.2. Rusia.

En Rusia, cabe destacar que la legislación vigente rusa es una de las más liberales en el mundo en lo que se refiere a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Dirijámonos, pues, a la Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, de 22 de junio 1993, dispone lo siguiente:

- **“Toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión.**
- **La fecundación in vitro y la implantación del embrión sólo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja.**
- **Los datos sobre la fecundación in vitro y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico.**
- **La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de**

suministrar el responsable de la intervención médica.”
(<http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>)

De ese modo, cualquier mujer puede ser sometida a una fecundación in vitro o una implantación del embrión y hacerse madre subrogada o reproductiva, previo consentimiento de ella y de su marido (si está casada). De entrada hay que introducir una precisión. Con el termino de “maternidad subrogada” en la Ley sólo se denomina la gestación de un niño genéticamente “ajeno” a la gestante para una pareja conyugal (es decir, su matrimonio debe hallarse inscrito en el Registro Civil para la fecha de implantación del embrión).

- Para acudir a un programa de gestación por sustitución debe concurrir alguna de las siguientes indicaciones médicas:
- Indicaciones de la gestación subrogada:
 - Ausencia del útero (congénita o adquirida);
 - Deformación de la cavidad o del cuello uterino debida a alteraciones congénitas del desarrollo o provocada por una enfermedad;
 - Sinequias de la cavidad uterina que carecen de tratamiento;
 - Enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación;
 - Reiterados intentos fallidos de la FIV cuando, pese a haber obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.”

No todas las mujeres, ni mucho menos, pueden ser madres de alquiler y solo podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

- Tener una edad de entre 20 y 35 años;
- Tener un hijo propio sano;
- Tener una buena salud psíquica y somática.

Así las cosas, desde el punto de vista legal una “madre subrogada” es solamente aquella mujer que está implicada en un programa de gestación a favor de los cónyuges que son padres

biológicos del niño que está gestando. Otros programas que se difieren del descrito, aunque también se sustentan sobre las técnicas de reproducción modernas, no se consideran como “maternidad subrogada” de acuerdo con la legislación vigente. Como se ha destacado anteriormente, en tales casos procede emplear el término de “maternidad reproductiva”, llamando “madres reproductivas” a las mujeres que toman parte en dichos programas. Todas las relaciones que se derivan de estos programas sólo se rigen por el Derecho de Familia.

Tratándose de la maternidad subrogada clásica, el principal escollo con que pueden darse los padres biológicos es la posibilidad de que la gestante cambie de opinión y se niegue a dar su consentimiento para que sean inscritos como los padres del nacido, la posibilidad que le otorga el vigente Código de Familia (art. 51, punto 4):

- **"Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas.**
- **Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada)."(Código Civil Ruso)**

Mientras tanto, la Ley N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil”, de 15 de noviembre de 1997, dice:

“Artículo 16. Declaración de nacimiento Para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo gaste, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico en que conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño (madre subrogada) para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor.” (Código Civil Ruso)

Entonces, la madre de alquiler puede quedarse con el niño que no tiene ningún vínculo genético con ella, reconociéndose su madre oficialmente con todos los efectos jurídicos civiles que ello entraña. Puede hacerlo debido al afecto que siente por el bebé o para chantajear a los padres biológicos. Es uno de los peores escenarios para los progenitores pero no se apresuren a desesperarse. Incluso siendo inscrita en el Libro de Nacimientos, la filiación podrá ser impugnada judicialmente por el padre o la madre de hecho. He aquí lo que dice al respecto el Código de Familia:

Artículo 52. Impugnación de la paternidad (maternidad)

1. “La filiación inscrita en el Libro de Nacimientos conforme a lo dispuesto por los puntos 1 y 2 del artículo 51 de este Código sólo podrá ser impugnada por vía judicial mediante un recurso interpuesto por la persona inscrita como padre o madre del niño, por el padre o la madre de hecho del niño o por el propio niño cuando llegue a la mayoría de edad, así como por el tutor (custodio) del menor o del progenitor declarado incapacitado judicialmente.
 2. La persona inscrita como padre de conformidad con el punto 2 del artículo 51 de este Código no podrá impugnar su paternidad si en el acto de la inscripción hubiere conocido que, de hecho, no es el padre del niño.
- El cónyuge que en la forma prescrita por la ley haya dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión no podrá alegar esas circunstancias a la hora de impugnar su paternidad.” (Código Civil Ruso <http://www.russian-civil-code.com/>)

Los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, así como la madre subrogada (segunda parte del punto 4 del artículo 51 de este Código) no podrán alegar esas circunstancias para impugnar la maternidad o paternidad, una vez que se haya practicado la inscripción de los padres en el Libro de Nacimientos.”

Pero, ¿puede un contrato entre los padres biológicos y la madre de alquiler bien redactado prevenir tal desenlace? Para tener validez jurídica dicho contrato sólo puede definir la adquisición y transferencia de derechos y obligaciones civiles. La entrega del niño a sus padres biológicos por la madre de alquiler no puede ser objeto de un contrato, igual que un niño no puede ser objeto de negocio. Lo que se puede y se debe hacer es prever en el contrato una compensación económica a la madre de alquiler con el fin de proporcionarle las condiciones más favorables durante el período de gestación y la rehabilitación post-parto. Un contrato bien redactado debe contener una cláusula diciendo que si la madre subrogada decide quedarse con el hijo, no sólo perderá el derecho a la compensación económica, sino también deberá indemnizar a los padres biológicos todos los gastos derivados del contrato. De esta manera, las relaciones entre la pareja contratante y la madre de alquiler pasarán al ámbito del Derecho Civil, lo que hasta cierto grado garantizará que la madre subrogada entregue el niño a sus padres, ante la inviabilidad de su postura desde el punto de vista legal.

2.2.3. Europa.

En Europa, la práctica legal de maternidad subrogada es casi nula ya que solo en el Reino Unido lo permite con importantes restricciones como ser residente, ser familiar directo y sin ánimo de lucro.

2.2.3.1. Reino Unido.

El Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la maternidad subrogada, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad). Pero admite la maternidad subrogada justificada por motivos médicos, y que no implica la ejecución de un contrato. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión) a los padres intencionales si estos lo solicitan ante los tribunales. La maternidad subrogada ha de serlo a título gratuito. Si bien, admite como en Grecia el pago a la gestante de los *gastos razonables* que se deriven de la misma.

En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales. De tales requisitos se hacían eco las leyes de 1985 y la reformada de 1990 (al igual que la práctica de los tribunales).

Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor la Ley sobre Embriología y fertilización Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008), en adelante HFEA, que flexibiliza algunas condiciones. Notablemente, la que extiende la posibilidad que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.

La *Civil Partnership Act* (2004) ya establece una equivalencia de efectos entre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión civil que regula. La adopción conjunta de niños ya estaba permitida a las uniones registradas del mismo sexo. Ahora, el artículo 42 de la nueva ley extiende la maternidad subrogada se extiende a estas parejas a través del artículo 42 de la nueva Ley (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008 www.glin.gov/download.action?fulltextId=196859&documentId).

A nuestros fines, conviene destacar que la ley inglesa exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order* que establezca la filiación con respecto a los padres intencionales; y, que este requisito ha sido igualmente exigido cuando la maternidad subrogada ha tenido lugar en el extranjero. Así, conforme al artículo 54 (4) letra b) de la HFEA (2008), para que los tribunales del Reino Unido, declaren en favor de los padres intencionales la

filiación legal del menor nacido de una maternidad subrogada: “uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man.”

2.2.3.2. Francia.

En Francia se está estudiando una iniciativa para permitirlo sólo a parejas heterosexuales con más de 2 años de convivencia y en las que obligatoriamente la mujer no pueda quedar biológicamente embarazada.

2.2.3.3. Ucrania.

En Ucrania empezaron a introducir los métodos de la medicina reproductiva asistida a principios de los 80 del siglo pasado.

Precisamente Jarkov fue la primera ciudad donde el método de la fecundación in vitro (FIV) fue aplicado con éxito y gracias a la FIV nació la chica Katya en 1991.

Asimismo Jarkov fue la primera ciudad entre los países de CEE para realizar el programa de maternidad subrogada. Más que 400 “bebés in vitro” han sido nacidos en Jarkov durante los últimos 10 años.

El Código de Familia de Ucrania dispone que, el embrión generado por los cónyuges estos serán los padres del niño aunque éste sea transferido a otra mujer.

2.2.3.4. Holanda

En Holanda el contrato de maternidad subrogada es nulo, debido a que la origen del contrato es ilícita, contrario al orden público y a la moral. (Ya que por la contraprestación del servicio se recibe cierta cantidad de dinero)

“En este país se proclama en el mismo sentido que la legislación, está en contra de comercializar con el arrendamiento de útero, se apoyan en principios generales, es decir, que no se viole el orden público y la moral, y si lo interpretamos en sentido contrario, podríamos decir que si se realiza de forma gratuita si se permite el contrato. Porque ya no existiría la causa ilícita.”
(Mendoza; 2001: 64-79)

2.2.3.5. Grecia.

Grecia admite la gestación por sustitución. Su legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación, y prohíbe que se remunere a la subrogada, si bien deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre

subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres intencionales (la mujer no puede dar a luz por razones médicas). En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la cualidad de madre legal a la genética y de intención. Nótese que, en este caso, se atiende a la verdad biológica (y que será una verdad sociológica). El establecimiento de la filiación materna supone una adaptación a los tiempos y una ruptura con el principio de *mater semper certa est*, para el que era impensable que la madre biológica no fuera la que trajera al hijo al mundo. En este caso, son los genes y no el parto los que determinan la maternidad.

Pero lo que es importante destacar, a nuestros fines, es que se exigen vínculos con Grecia para que la gestación por sustitución tenga ante los tribunales las consecuencias previstas en la ley griega, que permite establecer una maternidad legal. La madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia, como lo indica el artículo 8 de la Ley 3089/2002 de 19 de diciembre de 2002⁴. (<http://www.aebioetica.org/rtf/09-BIOETICA-61.pdf>)

2.3. Estados de la República Mexicana que contemplan a la Maternidad Subrogada en sus ordenamientos legales.

2.3.1. Estado de Tabasco.

El Estado de Tabasco fue el primer Estado de la República Mexicana en considerar a la maternidad subrogada o madre gestante sustituta, para darle certeza jurídica al acto, pero solo atiende a el acto de reconocimiento al hijo y no a las medidas y restricciones que debe tener dicha práctica, así como los derechos y obligaciones a los que se hacen acreedores las partes.

El artículo 92 del Código Civil del Estado De Tabasco es sus párrafos 3, 4 y 5 establecen que:

“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera

⁴ “Los artículos 1458 y 1464 sólo se aplican en el caso de que la madre solicitante y la sustituta tengan su domicilio en Grecia.”

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

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

Como bien se darán cuenta el Código Civil del Estado De Tabasco, solo atiente al acto de reconocimiento del hijo y no menciona nada al respecto es cuanto a las condiciones y requisitos que deben cumplir las partes interesadas, ni las sanciones a las que se hacen acreedores al incurrir en una falta a lo ya estipulado.

2.3.2. Distrito Federal.

En el Distrito Federal con 51 votos en favor, uno en contra y nueve abstenciones, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en el pleno la Ley de Gestación Subrogada. La legislación fue impulsada por los diputados, Maricela Contreras, Julio César Moreno, Axel Vázquez y Cristian Vargas.

La nueva ley entrará en vigor el 1 de enero del 2011; sin embargo, operará a partir del mes de abril y a partir de ese día la maternidad subrogada será una práctica legal.

Dicha iniciativa después de su discusión quedo de la siguiente manera:

La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. Si no existe una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer.

La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de realizar la maternidad subrogada para que ésta determine si están preparados psicológicamente para hacerlo. La dependencia expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público

En el contrato se establecerá la obligación de la madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante. Asimismo, el conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, de acuerdo con la legislación vigente.

Entre los requisitos que debe cubrir la mujer gestante se pide no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

La maternidad subrogada carecerá de validez cuando haya existido error o dolo respecto de la identidad de la madre biológica y el padre, por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

2.3.3. Estado de Puebla.

En Puebla, a iniciativa de la diputada priísta **Roció García Olmedo**, ya se analiza el proyecto de legislación de la **maternidad subrogada**, que ya opera en el Distrito Federal y que permite a una mujer prestar su útero para la gestación de un embrión fecundado hasta la conclusión del embarazo, siempre y cuando sea de manera libre y sin fines de lucro.

Las parejas de esta entidad que están imposibilitadas para tener hijos por problemas biológicos (de la mujer o del hombre), podrían tener la opción de contar con la ayuda de una mujer de su misma familia, o bien ajena, para tener un bebé. Los requisitos que deberán cumplir los interesados serían los siguientes:

Los **padres biológicos**, así como la **mujer gestante**, acudirán a la Secretaría de Salud para manifestar su intención de realizar la maternidad subrogada. La dependencia decidirá si están preparados psicológicamente para ello. Asimismo expedirá, previa valoración, la constancia respectiva que deberá presentarse ante notario público para realizar el contrato, mismo que establecerá la obligación de la madre y el padre biológicos de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante, con independencia de si se logra o no el nacimiento. También establece la obligación de la mujer gestante de entregar a la madre y al padre biológicos al menor después del nacimiento, y de éstos a recibirlo.

La autoridad debe hacer del conocimiento de las partes el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, de acuerdo con la legislación vigente.

Algunos de los requisitos que debe cubrir la mujer gestante son: no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación, y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

De igual forma, deberá informar de su intención de participar en esta práctica a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato, para que ésta manifieste lo que a su derecho convenga.

Cabe resaltar que la mujer gestante puede demandar civilmente, de la madre y el padre biológicos, el pago de gastos médicos en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, para lo cual será indispensable la certificación médica expedida por la Secretaría de Salud.

Finalmente, en caso de que la madre gestante pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública para causar algún daño a la imagen pública de la madre y el padre, biológicos, el o los menores, o que no cumpla con lo manifestado, será sancionada por la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida.

CAPÍTULO TERCERO.

LA PROCREACIÓN COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 4 ° CONSTITUCIONAL

El Artículo 4° en su segundo párrafo atiende a nuestro ruego otorgando nuestro derecho de formar una familia y de decidir de manera libre y responsable sobre la forma y el número de hijos que deseemos tener y a su tenor dice lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”(ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)

De igual forma nos confiere el derecho a la protección de la salud mismo que en su párrafo tercero reza de la siguiente manera:

“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.” (ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)

Bajo el resguardo de la justicia y la protección de nuestra *carta magna* nos investimos de derechos que nos son inherentes por el hecho de ser mexicanos y de tal hecho es imposible que autoridad alguna trate de coartar nuestro derecho, impidiendo que parejas libres y con la facultad para procrear decidan libremente cuántos hijos quieran tener aún bajo la desdicha de no poder concebir de manera natural por llamarlo de alguna manera.

3.1. Procreación, ¿garantía individual?

Me cuesta trabajo aceptar que la procreación sea una garantía individual más que un derecho fundamental ya que los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado, la Constitución se limita a

reconocer los derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea. De la misma manera el insigne Doctor Ignacio Burgoa Orihuela señala;

“La decisión que el hombre y la mujer tomen respecto del número y espaciamiento de los hijos que deseen tener, entraña una determinación sobre la realización o la abstención de actos meramente fisiológicos, aunque con proyección familiar y social. Es absurdo que en la Ley Fundamental del país se establezca que el hombre y la mujer tienen libertad para copular o no copular cuando estimen conveniente. En puntual congruencia y lógica y conforme al propósito que animó la declaración que comentamos, la Constitución también debería prescribir la libertad para comer o vestir conforme a los deseos de los gobernados, lo que sería risible”. (BURGOA; 1982:271)

Ya hemos afirmado que las garantías individuales entrañan en su motivación y teleología diques, frenos o valladares que la Constitución opone al poder público del Estado para asegurar una esfera en favor de todo gobernado dentro de la que éste pueda actuar libremente. La mera repetición normativa de lo que el hombre y la mujer puedan hacer desde el punto de vista físico y mental, no representa ninguna garantía en puridad jurídica.

La Constitución, en lo que atañe al régimen de garantías individuales que instituye, no debe prescribir, como no prescribe, lo que los gobernados pueden hacer, sino lo que las autoridades estatales no deben hacer o dejar de hacer en su detrimento. Creemos, por consiguiente, que al redactarse el segundo párrafo del artículo 4° constitucional que comentamos, no se tomó en cuenta la implicación esencial de la garantía individual, por lo que indebidamente se incluyó tal párrafo en el título correspondiente de nuestra Ley Suprema. Si se hubiese advertido la naturaleza jurídica de las garantías del gobernado, el texto del multicitado párrafo se habría concebido en los siguientes términos: *"No se podrá impedir a nadie el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos."* Esta redacción, en el supuesto no admitido de que los actos fisiológicos determinativos de dicho número y espaciamiento pudiesen ser materia legíslable, hubiese adecuado, al menos terminológicamente, el propósito de quienes alentaron el segundo párrafo del actual artículo 4° constitucional, dentro del contexto de las garantías individuales, sin embargo esto no quiere decir que el estado no proteja este derecho que el hombre tiene adherido por el simple hecho de nacer, sino que solo es una falla en la redacción de dicha garantía pero como Derecho Fundamental el estado debe respetarlo y protegerlo velando siempre por la integridad de los gobernados y así mantener una correcta esfera de derecho.

3.2. La libertad de procrear.

El precepto constitucional así consagrado supone la protección de dos derechos específicos: el de decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de los hijos, y el de tener acceso a la información, la educación y los medios que permitan la realización de aquella libertad de decisión. Por ello, todo ser humano que se encuentre en condiciones de tomar una decisión así, tiene una permisión clara conforme a la ley. Y, en contrapartida, como derecho fundamental oponible a las autoridades, implica una serie de obligaciones para las autoridades y servidores públicos que se pueden sintetizar en dos principales: la de prohibir cualquier conducta que vulnere o impida el libre ejercicio de este derecho, y la de proporcionar información, educación y medios para el ejercicio de la decisión sobre el número y espaciamiento de los hijos.

El derecho como tal es trascendente si consideramos los valores involucrados, pues si bien se trata del respeto a una libertad concreta, el ejercicio de la misma impactará en cuestiones de salud y de bienestar; de ahí la trascendencia de que la misma se tome de manera responsable, lo que a su vez exige del conocimiento y dominio de la información suficiente para su ejercicio.

La educación e información sobre planificación familiar deberá dar a conocer los beneficios que genera el decidir de manera libre y responsable sobre el número y la edad para concebirlos; advertir del riesgo que supone un embarazo antes de los 20 años o después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; deberá incluir la orientación sobre los riesgos a la salud en general y los que causen infertilidad en lo particular, así como las estrategias de prevención y control, y, por supuesto, la información suficiente sobre los métodos existentes para regular su fecundidad. Así lo prevén la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Población.

En el mismo sentido, la Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar establece que:

“los servicios de planificación familiar deberán proporcionar información, orientación, consejería, selección, prescripción, contraindicaciones y aplicación de los métodos de control de la fertilidad, identificación y referencia en casos de esterilidad e infertilidad, prevención de infecciones de transmisión sexual, atención materno-infantil, detección de riesgos antes de la concepción, detección oportuna de cáncer cérvico-uterino y de mama y el tratamiento de la menopausia. La norma enfatiza sobre el propósito de la planificación familiar, en tanto contribuye a la disminución de los embarazos no planeados o no deseados.” (NOM-005-SSA2-1993)

También es visto este problema como una forma de discriminación reiterada hacia la mujer; por lo que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer obliga a los estados parte a adoptar las medidas adecuadas para eliminar este tipo de discriminación en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, y, en particular, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

3.2.1. Fundamentos de la libertad de procrear.

La fundamentación del derecho a la reproducción se puede realizar por dos vías distintas. Considerado un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva. Como se puede deducir el hecho de sostener una u otra postura conlleva una especial relevancia pues de ello dependerán los alcances de este derecho y los principios informadores de la legislación en materia de fecundación artificial.

3.2.1.1. El *right to reproduce* en el Derecho norteamericano.

En los países del *commom law*, la jurisprudencia y la doctrina han dispensado gran importancia al tema del derecho a la reproducción (*right to reproduce*), muy en especial, en los Estados Unidos de Norteamérica, país en el que el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo en los últimos años.

En suma, la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* como expresión del *right to personal privacy* y de la libertad personal, aunque la Corte Suprema estadounidense no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera expresa sobre el contenido y los titulares de este derecho. No obstante, la doctrina de este país se muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y a acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial. (MORÁN; 2005:174)

Esta fundamentación *right to reproduce*, desvinculada de la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener

descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación artificial, esto es de los padres intencionales (*intended parents*).¹

3.2.1.2. El derecho a procrear en el ordenamiento español.

Los argumentos esgrimidos por el Derecho norteamericano no parecen extrapolables a los otros sistemas jurídicos, de manera que habrá que determinar el fundamento y los límites del derecho a procrear, y precisar si es posible reconocer la existencia de derechos prácticamente ilimitados como sucede en el país anglosajón.

En España, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la doctrina no reconoce la existencia de un derecho a procrear, y aun cuando se llega a una respuesta afirmativa, las opiniones sobre cuál es el fundamento de este derecho suelen ser divergentes.

“VIDAL GARCÍA niega la existencia de un derecho humano a la reproducción o de un derecho a procrear en sentido estricto”. (VIDAL GARCÍA, M. citado en MORÁN; 2005:175) El fundamento de su afirmación se encuentra en la naturaleza de la procreación y en la función filosófico-ética-jurídica del concepto de derecho humano. Ciertamente, no existe un derecho de esta naturaleza. Esta afirmación queda corroborada por la ausencia de una norma que reconozca de manera expresa un verdadero y propio derecho a procrear. Ante esta situación, se suele fundamentar la existencia de este derecho en otro u otros derechos ya reconocidos en textos internacionales o constitucionales.

Esta manera indirecta de fundamentar la existencia del derecho a procrear no queda exenta de críticas por la subjetividad que se puede esconder tras cada una de las opciones elegidas.² Dependiendo del contenido que se pretenda reconocer al derecho a procrear, se elegirá el derecho que le sirve como fundamento y, por ende, ello determinará las consecuencias que se derivan de este derecho en orden a su contenido y límites, así como respecto a la solución de los posibles conflictos con otros derechos.

¹ La doctrina alega como fundamento de esta postura la comparación entre la fecundación natural y la deseada y planificada procreación mediante técnicas de fecundación artificial. Algunos autores afirman que las experiencias en relación con la procreación y el deseo de tener hijos no se presentan, únicamente, cuando una pareja casada engendra mediante la unión sexual, sino que también en la forma no sexual se realizan los mismos valores. Inclusive, estos valores están presentes con mayor claridad en las formas de procreación artificial porque los padres planifican intencionalmente su proyecto de procrear un hijo, hecho que no siempre ocurre cuando se trata del evento natural. Este criterio ha sido acogido por los tribunales norteamericanos para resolver algunas controversias sobre maternidad subrogada entre la madre gestante y los padres comitentes, por ejemplo, en el conocido caso *Johnson v. Calvert*.

² En efecto, pareciera que se trata de presentar como una solución un proceso que se ha realizado a la inversa. Es decir, a partir de soluciones previamente decididas sobre lo que se desea permitir y sobre los sujetos a quienes se posibilitará el acceso a la fecundación artificial se escogen los derechos reproductivos que se desean defender. A partir de ello también se escogen los derechos ya reconocidos sobre los que fundamentar los nuevos. Se presenta como una labor hermenéutica para determinar soluciones jurídicas, cuando en realidad se trata de soluciones tomadas de antemano. Por ello, las conclusiones a las que llega frecuentemente son diametralmente opuestas. Del mismo parecer, IAGULLI, P.; ob. cit., p. 373, LEMA AÑÓN, C.; ob. cit., p. 285. Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. “El Concepto de filiación...”, *Op. Cit.*, pág. 177

3.2.1.3. Como derecho a la salud.

Roca I Trías fundamenta el derecho a la reproducción como una de las manifestaciones del derecho a la salud. En opinión de esta autora, la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial. (Roca I Trías, citado en MORÁN; 2005:177)

Por otra parte, la consideración del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el reclamo al Estado de los recursos sanitarios públicos necesarios para llevar a cabo esta clase de terapia, además, de solucionar los eventuales problemas relacionados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, en especial, la de los médicos y equipos correspondientes en los casos de nacimientos de niños con taras físicas o psíquicas.

Sin embargo, encuadrar el derecho a procrear dentro del derecho a la salud resulta cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto.

Dice Moran de Vicenzi Además, mal se puede invocar el derecho a la protección de la salud cuando en la mayoría de los casos la fecundación artificial no se realiza en cabeza de las personas enfermas o incapaces de procrear sino en las personas sanas y recurriendo a terceros como donantes de gametos o a una madre subrogada. (MORÁN; 2005:177)

3.2.1.4. Como derecho a la libertad o autodeterminación personal.

El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Para los defensores de esta postura el derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros. Más, quienes sostienen que el derecho a procrear es una manifestación de la libertad personal, disienten en el modo de interpretar el ámbito de decisión tutelado dentro de esta libertad.

De esta manera se puede llegar a la existencia de un derecho a procrear, pero no como pretensión de tipo positivo frente a los poderes públicos, sino más bien, como una libertad para cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o de no intervención en las elecciones individuales. El respeto de esta libertad supone que el individuo pueda tomar sus decisiones familiares sin injerencias del Estado o de terceros, pero no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a tener descendencia.

3.2.1.5. Como derecho de fundar una familia.

El derecho a procrear también ha sido encuadrado dentro del derecho a fundar una familia, que si bien no está expresamente reconocido en la Constitución Española sí aparece como tal en el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. No obstante, la doctrina no es unívoca en determinar a qué modelo de familia alcanza la protección de este derecho.

Siguiendo una interpretación amplia y relativista, el derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia. De igual manera, si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia. En cambio, otro sector afirma que el derecho a fundar una familia incluye implícitamente, aunque no de manera imprescindible, la función procreativa. Éste es uno de los derechos inherentes de la personalidad que, como tal, participa de la dignidad de la persona siempre que su ejercicio responsable y respetuoso de los derechos de los demás se realice dentro del marco del matrimonio o dentro de una relación de pareja heterosexual. El acto de constituir una familia supone la realización de un proyecto humano que apunta hacia la continuidad del grupo familiar mediante la descendencia.

Desde esta perspectiva, las técnicas de reproducción asistida o cualquier otra relación que excluya el vínculo de la pareja resulta profundamente distinto al matrimonio y no encuentra amparo en el derecho a fundar una familia.

3.2.1.6. Derecho a la protección de la salud de la familia.

La familia se ha transformado y ahora tiene que ser vista como "un campo de transformación y de expresión humana móvil". En ella reconocemos ahora a un grupo informal, dinámico, cambiante, integrado por seres que deben ser reconocidos en su individualidad con sus propios intereses y derechos.

A muchas personas les resulta amenazante la pérdida de solidez y permanencia del grupo familiar pues observa los cambios y los múltiples tipos de familia que surgen en la sociedad además de la formada fuera del matrimonio, las de padre o madre, o los resultados de segundas o posteriores nupcias, la desaparición de este grupo y consecuentemente el deterioro de los ciertos valores atribuidos a la familia.

Se menciona con frecuencia que la familia está en crisis, y que esta crisis deriva, entre otros factores, de la desintegración producida con el divorcio o la separación de la pareja; del papel que la mujer ha asumido no sólo de madre o ama de casa sometida a obediencia a su pareja en el ámbito doméstico, para asumirse como de co-autoridad y aun en ausencia de la pareja, jefe real del hogar del cual es frecuentemente la proveedora. Además de la liberación de la sexualidad y la revalorización del cuerpo y el erotismo como algo positivo, también se han introducido cambios en la dinámica familiar. La democratización del grupo implica el escuchar la voz y opinión de los hijos.

Aún con estas y otras transformaciones, los seres humanos seguimos reconociendo un significado fundamental a las relaciones familiares. Si bien muchas de las funciones de la tradicional familia se han puesto en tela de juicio, hay una que ha permanecido sin cuestionamiento alguno y es aquella que le confiere la protección a los más vulnerables, como son ancianos y discapacitados, así como educación e integración de los niños a la sociedad. Sin la familia, resulta impensable la sobrevivencia y desarrollo del ser humano desde su nacimiento hasta la madurez que le permita su incorporación con el mundo adulto.

Por ello, es en esta función que descansan las estructuras familiares y el derecho, en reconocimiento de la importancia de este elemento básico del tejido social, procura su protección a través de normas e instituciones jurídicas.

El propósito de diversas instituciones creadas por el derecho es el de reafirmar, consolidar y proteger al grupo social, lo cual se cumple por una parte, con el establecimiento de deberes y obligaciones entre los miembros del grupo familiar, pero también, con la decisión del Estado de reconocer su responsabilidad en el apoyo a este grupo y traducirla en medidas legislativas y políticas gubernamentales adecuadas.

Otro problema sometido a debate es el relacionado con los titulares del derecho a procrear, en este caso, la cuestión es determinar si se trata de un derecho de ejercicio compartido o si puede ser ejercido de forma individual. La solución propuesta permitirá reconocer o denegar el acceso de las personas solas, estériles o no, y de las parejas de homosexuales a las técnicas de fecundación artificial. (MORÁN; 2005:186)

Para un sector el derecho a procrear es un derecho de titularidad y ejercicio individual, salvo las limitaciones derivadas de la propia naturaleza o impuestas por las normas jurídicas, según se trate de un varón o una mujer.³

³ Para GÓMEZ SÁNCHEZ esta solución también se fundamenta en el derecho de igualdad de las personas, por lo que cualquier injerencia del legislador tendente a imponer un control previo que discrimine las circunstancias en que se puede ejercer o no el derecho

Como argumento se alega que el derecho a la procreación se asemeja, en principio, a otros derechos que como el derecho al matrimonio son de titularidad individual pero que requieren la concurrencia de otro sujeto. Sin embargo, los recientes avances en técnicas de crio-preservación y la creación de bancos de gametos permiten que las personas solas puedan determinar su propia procreación sin conocimiento del otro sujeto que también aporta sus gametos. Este hecho ha permitido que para el ejercicio del derecho a la procreación ya no sea necesaria la concurrencia de dos voluntades; basta una sola, la de aquella persona que ejerce su derecho tanto, desde este punto de vista, el derecho a la reproducción no sólo es un derecho a procrear sino también a un derecho a procrearse.

Si el derecho a procrear realmente fuera un derecho de titularidad y ejercicio individual resulta cuestionable afirmar que también puede ser ejercido a través de otro varón como donante de gametos, o de otra mujer como madre subrogada. Admitir que en esos casos la persona comitente ejerce su derecho a la reproducción, equivale a reconocer la existencia de un poder o de una facultad delegable para procrear por cuenta de terceros. En mi opinión, el derecho a la reproducción supone la participación voluntaria, biológica y/o genética en la paternidad y maternidad que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos. Por tanto, no se puede invocar la existencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la procreación.

En este mismo sentido, se sostiene que el derecho a procrear es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado y heterosexual, pues ello es conforme con la naturaleza del acto de la procreación. Efectivamente, si la realidad demuestra que la fecundación sólo se puede realizar a través de las relaciones entre un hombre y una mujer, entonces, el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho de ejercicio individual pero sí de la pareja. La efectividad del derecho está condicionada a la concurrencia de otra voluntad y a la aportación de otro gameto para llevar a cabo la fecundación. Desde esta perspectiva el derecho a la procreación se entiende como un derecho a procrear “*con*”.

En suma, el derecho a procrear es una libertad de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado o conjunto, esto es, que requiere la voluntad actual y el aporte genético del otro miembro de la pareja. De ahí que afirmar la existencia de derecho individual a procrear, incluso

a procrear sería ilegítima En este sentido, parte de la doctrina también reconoce un derecho limitado a la reproducción artificial de la mujer sola. MORÁN DE VICENZI, Claudia. “El Concepto de filiación...”, *Óp. Cit.*, pág. 187

mediante donantes o madre subrogada, en realidad, suponga consagrar el derecho a ser padres, derecho no reconocido legalmente.⁴

3.2.2. Límites a la libertad de procrear.

Los derechos están sujetos a ciertos límites y, en este sentido, el derecho a la reproducción humana no constituye una excepción; los límites de los derechos fundamentales están determinados por su propio contenido esencial y, en consecuencia, a éste habrá que remitirse tratándose del derecho a procrear.

Para Gómez Sánchez, los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el propio texto constitucional, y se derivan del ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los otros. La autora recalca que, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que en un Estado democrático la libertad es la regla y sus restricciones la excepción. (MORÁN; 2005:189)

“Porras Del Corral, considera que el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber.” (MORÁN; 2005:189) Por este motivo el autor se manifiesta en contra del libre acceso a las técnicas de fecundación artificial, incluso de la mujer sola sin exigir ningún requisito especial sólo la existencia de voluntad de procrear, sin medir las consecuencias que un hecho de esta naturaleza podría tener en el hijo, en su educación y desarrollo personal. “El autor concluye que no existe un derecho al hijo como un bien útil, ya que el ser humano siempre es sujeto de derecho y no puede ser considerado como un objeto.” (MORÁN; 2005:189)

“Para Vega Gutiérrez los límites del derecho a procrear vienen dados por los propios deberes que corresponden a cada persona.” (MORÁN; 2005:190) Todo derecho subjetivo implica un deber reverso de las facultades que comporta configurados al mismo tiempo como sus límites. Las restricciones que se imponen a los sujetos titulares del derecho a procrear están conformadas por las necesidades de los hijos nacidos y futuros, y en las obligaciones de los padres frente a la comunidad. Desde esta óptica no cabe hablar de una libertad procreadora omnímoda sino responsable, pues ante todo, prima el respeto de la dignidad humana del concebido frente a sus padres y la sociedad.

“Moran, considera que los límites de la libertad de procrear tienen su origen en la propia naturaleza humana, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, con especial consideración a los derechos del hijo. En este sentido, como en el acto de procrear están

⁴ Ni aun en el caso de la adopción se puede afirmar la existencia de un derecho a la paternidad de los adoptantes. En efecto, la institución de la adopción no tiene como fundamento un supuesto derecho a ser padres sino que más bien su finalidad es garantizar, en la medida de lo posible que el nacido se desarrolle en un ambiente familiar adecuado.

implicadas varias personas, el legislador debe tutelar la dignidad y los derechos de cada una de ellas lo que significa que ninguna persona puede quedar sometida a otra para hacer efectivo su derecho a procrear.

Por lo mismo, se puede afirmar la existencia del derecho a procrear entendido como la libertad de la persona de decidir y llevar a cabo la procreación con su participación biológica y/o genética. Desde esta perspectiva, quedan excluidas del ámbito de este derecho el recurso a procedimientos que puedan implicar la instrumentalización de las demás personas o que puedan vulnerar la dignidad o los derechos del hijo.” (MORÁN; 2005:190-191)

CAPÍTULO CUARTO.

LA MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1. Consentimiento y responsabilidad jurídica adquirida en tanto a la Maternidad Subrogada.

La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aún cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros.

“La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su "motor principal"; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan”. (BEJARANO; 2005:47)

“El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transición de derechos y obligaciones”. (PÉREZ; 2006:21)

“El consentimiento en los contratos se integra por dos elementos oferta y aceptación” (PÉREZ; 2006:22)

En este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la maternidad subrogada, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. Cabe señalar que algunas personas sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras.

En este campo, como en cualquier acto jurídico, el consentimiento debe ser uno de los requisitos esenciales. Es claro que se trata de un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquiera de los vicios de la

voluntad y, en este tema, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos;

- El primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y
- El segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.

En materia penal, la palabra delito denomina la conducta del sujeto que causa el hecho ilícito y como consecuencia traerá consigo un castigo. La sanción que se impone es el castigo al culpable, imponiéndole una pena.

La responsabilidad subjetiva civil puede también clasificarse en contractual (si deriva de la violación de un contrato) o extra contractual (si deriva de la violación de una norma de carácter general).

La responsabilidad se hace patente en las prácticas de Maternidad Subrogada; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o

perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la Maternidad Subrogada. Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.

4.2. Las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Los profesionales de salud que realicen la práctica médica de Maternidad Subrogada tendrán a bien una serie de obligaciones que deberán cumplir para el buen desempeño de dicha actividad, y así obtener un resultado favorable para las partes contratantes siempre protegiendo la dignidad de las personas y el interés superior del menor.

El médico tratante deberá:

- Informar ampliamente de las consecuencias medicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante;
- Actuar con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación;
- Solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos para llevar a cabo la práctica de Maternidad Subrogada;
- Realizar los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el sano desarrollo del feto durante el periodo de gestación.

El médico tratante que realice la implantación de mórula humana deberá certificar, que:

- I. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación medica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- II. El padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y
- III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

Ningún médico tratante realizará una implantación de mórula humana, sin que exista un instrumento para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervienen en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca el instrumento notarial.

Ningún médico tratante podrá conservar gametos con fines de lucro o practicas que atenten contra la dignidad de las personas

4.3. Derechos y obligaciones de la Madre Gestante

Como bien es sabido, gran parte de la actividad de la Maternidad Subrogada recae sobre la Madre gestante y como tal es prioritaria su participación, es por ello que deben estipularse claramente los derechos y obligaciones a los que se hace acreedora la Madre gestante en el momento de aceptar la práctica de Maternidad Subrogada.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante ya que esto provocaría un sinfín de dificultades en el embarazo y podrá llegar hasta la muerte del producto. Por tal razón a la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.

Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la inseminación de la mórula, que no ha practicado más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace libre y sin fines de lucro.

Así también la mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, se encontrara en estado de ingravidez hasta el nacimiento, y le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes al respecto.

En la atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminaran su condición de mujer gestante, ni harán distinciones en su atención por este motivo.

La madre gestante hará todo lo apropiado para mantener su buena salud y la del feto durante el embarazo.

De la misma forma se establece que el marido de la madre gestante deberá también someterse a exámenes médicos, pruebas de sangre y de enfermedades de transmisión sexual tal como determine el médico responsable.

No se comprometerá en cualquier actividad arriesgada o impropia durante el embarazo. No viajará fuera después del segundo trimestre de embarazo, excepto con aprobación de los doctores. En general, deberá someterse a los requerimientos médicos que sean necesarios para llevar a buen término el embarazo.

Una vez finalizado el embarazo la madre gestante deberá entregar el niño al momento de nacer a los padres biológicos de éste.

Por otro lado la madre gestante tiene el derecho a abortar al producto, si su vida se encuentra en grave riesgo, o puede perderla si se continuara con el embarazo.

4.4. Derechos y obligaciones de los Padres Biológicos

Los padres biológicos tienen la obligación de pagar los servicios de salud de la madre gestante así como indemnizar a la misma por cualquier daño o trastorno que sufra por dicha práctica; a su vez tienen el derecho de recibir al concebido y registrarlo como hijo propio.

Los Padres Genéticos, están también obligados a someterse a una serie de pruebas de sangre y ETS (Enfermedad de Transmisión Sexual) como determine el médico responsable, tanto para asegurar el éxito de la concepción como para evitar infectar el cuerpo de la futura Portadora del Embrión con alguna enfermedad.

Los padres genéticos tienen la obligación de responder por el niño sin importar que por cualquier circunstancia o causa de fuerza mayor, el niño nazca con alguna deficiencia o discapacidad, en pocas palabras, los Padres Genéticos serán responsables por cualquier niño nacido, sea saludable o no.

Los Padres Biológicos deberán pagar cualesquiera otros gastos en que hubiere de incurrir la madre gestante a fin de cumplir debidamente con su obligación. Esta obligación deberá ser determinada con precisión en el instrumento que se celebre, debido a la gran cantidad de casos que se pueden dar sin ser previstos por las partes y que al momento de su cancelación no se encontrarán cubiertos por los honorarios determinados en el caso anterior.

Es recomendable que los padres biológicos abran un fideicomiso por cualquier eventualidad que pudiera llegar a suceder el cual cubriría los siguientes supuestos:

- Pagar cualquier gasto médico no cubierto por el seguro.
- Por el seguro de vida del término para la Portadora del Embrión.
- Por los costos del control psicológico para la Portadora.
- Por los costos razonables del control médico para la Portadora, su marido, la Madre Genética y el Padre Genético.
- Por todos los costos médicos relacionados con la concepción, embarazo y nacimiento no cubierto por el seguro médico.
- Por todo lo relacionado con el procedimiento de filiación.
- Por cualquier entierro o gastos de cremación de nacer muerto el niño.
- Cubrirán gastos del cuidado del niño como visitas al médico.
- Gastos en el caso de embarazo múltiple o de alto riesgo.
- En caso de muerte de los padres biológicos una pensión al menor hasta que cumpla su mayoría de edad.

Los Padres Genéticos deberán decidir sobre la vida del niño si éste nace con defectos tan graves que su supervivencia dependiera de equipos médicos y el médico recomienda que no se le mantenga en ellos.

4.5. La necesidad de reconocer jurídicamente al concebido.

El reconocimiento de los hijos es un acto jurídico que para valer necesita de formalismos legales; al contrario de lo que sucede con la posesión de estado de hijo, que resulta solo de actos meramente sociales, paternos, filiales o de humanidad, que no requieren formalidad alguna.

Los hijos reconocidos tienen derecho a llevar el apellido del que los reconoce; a ser alimentados por éste, y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Es por esta razón que es necesario el reconocimiento del concebido por parte de los padres biológicos para otorgarle los derechos a los que el menor se hace acreedor por ser hijo de los mismos.

4.5.1. Certificado de nacimiento del menor nacido mediante la Maternidad Subrogada.

El certificado de nacimiento es el documento que va a expedir el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento de menor, éste llenará el formato expedido para tal efecto por la secretaria de salud.

El certificado de nacimiento debe contener la constancia de que la maternidad fue asistida a través de la práctica médica, denominada Maternidad Subrogada.

Las alusiones o referencias que hace la normativa vigente en el Estado de México y relativas a la Madre o a la identidad de la Madre se entenderán referidas a la Madre subrogada o biológica del nacido. Es necesaria para efectos legales, la presentación de un testimonio público del Notario Público que dio fe del instrumento de la Maternidad Subrogada.

4.6. Filiación

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.

La filiación puede ser vista desde dos perspectivas exclusivamente:

- Como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y
- Como un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

Podremos examinar el alcance que esto tiene si tomamos el caso de las relaciones de filiación, uno de los que más se ve afectado en este sentido por las prácticas ligadas a las nuevas tecnologías reproductivas. En estas prácticas, al hecho ya mencionado de que la relación sexual se ve desplazada de la reproducción se une una descomposición y transparencia de la aportación biológica de cada uno de los progenitores.

Este hecho en un primer momento puede tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia ineluctable entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre progeneritura y paternidad/maternidad. Ello se acentúa desde el momento en que además la paternidad se hace cierta y comprobable incluso a posteriori.

Sin embargo, desde el momento en que se introduce la figura del tercero donante, la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan y hasta modifican la mera relación biológica. Sobre todo teniendo en cuenta que no se puede pretender que la filiación en los casos de inseminación artificial con donante constituya hasta tal punto una excepción del régimen general que cambie por completo hasta el mismo entramado social de atribución de la filiación.

Es claro que las nuevas tecnologías reproductivas tienden a presentarse no sólo como las vencedoras de la esterilidad, sino como garantes de la correspondencia biológica entre padres e hijos; *versus*, por ejemplo a alternativas como la adopción. En este sentido parece predecible que en el futuro se tienda a buscar formas de procreación médicamente asistida en las que en lo posible se vaya abandonando la necesidad de recurrir a terceros. Los mitos basados en la sangre son substituidos por los basados en el “patrimonio genético”, y utilizados tanto en las discusiones sobre la regulación de las tecnologías reproductivas, cuanto como principal reclamo publicitario suyo. En las tecnologías reproductivas, pues, más allá de su significado, digamos biológico, de su significado de modificación del sustrato natural de la reproducción humana, de la intromisión de la artificialidad aspecto que ha sido enfatizado sobre todo por los opositores de principio a las nuevas tecnologías reproductivas importa sobre todo el aspecto cultural.

Desde el momento en que se hace patente que la artificialidad más importante en las relaciones de filiación no viene dada por la mediación técnica sino por la mediación cultural, el derecho tendrá que ejercer abiertamente su carácter atributivo en este dominio. No le cabe, en este sentido, escudarse en una supuesta naturalidad, y por ello ha de realizar una elección que no está claramente fundada, que es hasta cierto punto arbitraria. O, más bien, la arbitrariedad de la atribución se manifiesta abiertamente sin un criterio claro e indudable a que apelar en el momento atributivo. Porque más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente la criatura (quién fue el genitor o la genitora, cosa que incluso es difícil de determinar en el caso de que se escinda la maternidad en genética y de gestación), dista de estar claro inmediatamente la respuesta a la pregunta de ¿a quién pertenece? o, ¿a quién se le atribuye?

A quién garantizará el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la criatura que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es prácticamente la única que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto. “Se trata de garantizar una posición que incluye toda una serie de relaciones simbólicas y materiales, entre ellas la posibilidad de educar y ciertas relaciones patrimoniales, por ejemplo derivadas de la sucesión mortis causa.” (LEMA; 1999:99)

Al respecto Claudia Morán De Vicenzi nos dice:

Diversa es la problemática jurídica en orden a los supuestos de locación de útero y de maternidad subrogada, que comprenden las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los contratos de maternidad subrogada, y la determinación de la filiación materna originada por los supuestos de maternidad compartida, es decir, cuando se produce la disociación entre el aporte genético y la gestación. (MORÁN; 2005:197)

Los conflictos planteados por la intervención de dos o más mujeres en la procreación de una misma persona han concitado una gran atención de la opinión pública a causa del sensacionalismo que les rodea. En el ámbito jurídico, la aparición de este fenómeno ha merecido un atento estudio de los juristas, ya que esta forma de procreación rompe la unidad biológica determinante de la maternidad y, consiguientemente, del referente inicial para la identificación del nacido; entonces, puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculinos o femeninos, aplicándose hoy el derecho común a toda filiación por naturaleza, y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que concurren los presupuestos de dicha filiación: matrimonio de los padres; se acredita la paternidad.

Tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial, si se emplearon gametos donados, quedan a salvo las acciones de investigación de la paternidad que, en su momento, cualquier legitimado quisiera emprender para determinar la filiación auténtica o invalidar la establecida. De ahí que sea necesaria una modificación en la legislación o, mejor, la introducción de un régimen propio de la fecundación artificial con donante, en el que los consentimientos tengan valor constitutivo en la filiación que se quiere determinar respecto al que no puede ser progenitor genético pero quiere ser padre legal, dando así estabilidad a las relaciones creadas jurídicamente.

Si se produjera la donación de ambos gametos, o de un embrión, debería determinarse la filiación por medio de un procedimiento de adopción simplificado, para no burlar las normas de esta institución. En todo caso, si la mujer gestante de la pareja es la que lleva adelante el embarazo y se mantiene el secreto del procedimiento, probablemente los interesados determinen la filiación de forma normal, como si ninguna especialidad concurriera, y el hijo ostente la filiación matrimonial o no matrimonial en virtud de los presupuestos que concurren en cada supuesto.

4.6.1. Determinación de la filiación

El problema con respecto a la determinación de la filiación es: ¿A qué madre se le debe otorgar la filiación? El Código Civil para el Estado de México en su Artículo 4.162 nos dice:

“La filiación de los hijos Fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre del solo hecho del nacimiento. Respecto al padre se establece con el reconocimiento o con una sentencia que declare la paternidad.” (Código Civil del Estado de México Artículo 4.162)

En este entendido en relación al padre no encuentro mayor problema con respecto a la filiación, el problema se encuentra en la madre ya que el artículo citado nos dice que la filiación del hijo a la madre se demuestra con el solo hecho del nacimiento. Entonces, ¿De qué manera se puede otorgar la filiación a la madre genética? si quien tiene el derecho sobre el hijo es la madre gestante.

La única solución que se me ocurre y que lo menciono con antelación es la necesidad de que el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento de menor, extendiera un formato expedido a manera de certificado de nacimiento y autorizado para tal efecto por la secretaria de salud y que deberá contener, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de la practica medica, denominada Maternidad Subrogada. Para efectos legales, será necesaria la presentación de un testimonio público del Notario Público que dio fe del instrumento de la Maternidad Subrogada.

Solo con la existencia del testimonio del Notario Público que dio fe de la realización del instrumento de Maternidad Subrogada con pleno consentimiento de las partes es como el médico tratante tendrá la facultad de expedir el certificado de nacimiento a favor de los padres biológicos, y de esto modo por medio del Acta de nacimiento reconocer la filiación del menor con respecto a los padres biológicos como lo menciona el artículo 4.155 de nuestro Código Civil que a su tenor dice:

“La filiación de los hijos nacidos del matrimonio se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres”. (Código Civil del Estado de México Artículo 4.155)

Y así las alusiones o referencias que hace la normativa vigente en el Estado de México y relativas a la Madre o a la identidad de la Madre se entenderán referidas a la Madre subrogada o biológica del nacido.

4.7. ¿Es lícito el contrato de Maternidad Subrogada?

Varios son los juristas que piensan que no lo es, porque la Maternidad Subrogada implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres y al orden público, así como también a la legislación, ya que en el Código Civil español (art. 1271) se consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando por ello la nulidad del mismo pero yo me pregunto el contrato laboral en qué lugar queda. Además, sostienen, que contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

Antes de arribar a una conclusión respecto del interrogante planteado debemos analizar si, efectivamente, el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en sentido jurídico.

¿Qué tipo de contrato sería? ¿De prestación de servicios, de compra-venta, de donación, de alquiler...? Ciertamente, no habría un nombre apropiado para ello.

Un contrato no precisamente debe estar en el comercio y es que al llamarlo contrato uno piensa que va a haber un acto de comercio, pero no todo contrato es un acto de comercio.

Si recordamos lo que dice nuestro Código de Comercio en su artículo 75 fracción primera menciona que: *“la ley reputa actos de comercio: todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial...”* (Código de Comercio Artículo 75 Fracción I).

Al respecto el Código Civil del Estado de México, define a los contratos de la siguiente manera:

“Los convenios que crean y generan obligaciones y derechos reciben el nombre de contratos”. (Artículo 7.31 del Código Civil para el Estado de México) pero no con ello menciona que debe tener exclusivamente fines lucrativos para que se considere contrato.

Por tal razón se considera que el contrato de Maternidad Subrogada es lícito ya que genera derechos y obligaciones tanto para la madre subrogada como para la madre gestante y para la pareja de esta que indiscutiblemente debe ser parejas heterosexuales ya que el material genético es indispensable para poder llevar a cabo la filiación del recién nacido.

4.8. Aspectos Jurídicos que debe cubrir el contrato de Maternidad Subrogada.

Los aspectos jurídicos no son más que los puntos que se deben tomar en cuenta para la realización del contrato o instrumento que permita la práctica médica de Maternidad Subrogada, para evitar así conflictos o controversias con respecto a la licitud de dicha práctica, y de esta forma mantener la armonía y orden común respetando la dignidad humana y el interés superior del menor como también protegiendo los intereses de las partes y la protección de la salud tanto de la madre gestante como del embrión y feto en su momento.

4.8.1. Formalidades del contrato de Maternidad Subrogada.

El contrato para la práctica médica de Maternidad Subrogada deberá hacerse por escrito, en escritura pública y con pleno consentimiento de las partes ante notario público.

4.8.1.1. Requisitos

En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre y el padre biológicos, y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos:

- I. Ser habitantes del Estado de México, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente;
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;
- III. La madre biológica acredite, mediante certificado médico expedido por la Secretaría de Salud, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo;
- V. De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga.
- VI. La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.

4.8.1.2. Consentimiento

La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, quien deberá determinar si están preparados psicológicamente para realizar un procedimiento de esta naturaleza. Aprobada dicha valoración se expedirá una constancia que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el contrato para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga el registro civil y así poder registrar al menor como hijo legítimo de los padres biológicos.

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. A su vez este consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos, el consentimiento expresado en el contrato para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante; además de una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la madre biológica y el padre. Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil.

La madre biológica, el padre y la mujer gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos necesarios para dicho contrato.

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

- I. Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;
- II. La obligación de la madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;
- III. La manifestación de la mujer gestante de que sus óvulos no fueron utilizados para la fertilización y que no es la madre biológica del menor que nazca dentro de las 40 semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación;
- IV. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento;
- V. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, a o los menores después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, y

- VI. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 251 fracciones III y IV del Código Penal para el Estado de México, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente. Para tal efecto, deberá existir certificado del médico tratante para que se inicie el procedimiento al que se refiere la normatividad aplicable. Por lo que hace al supuesto de la fracción III del Código Penal para el Estado de México, la decisión será exclusiva de la mujer gestante, informando previamente a la madre biológica y el padre, mientras que para el caso de la fracción IV de ese mismo precepto la decisión estará a cargo de la madre biológica debiendo constar, además, por escrito.

El Notario Público vigilará que el contrato para la Maternidad Subrogada, no contenga disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a los infantes y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

El contrato para la Maternidad Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

- I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante;
- II. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que implica la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y
- III. El derecho del menor a la protección del Estado, incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil.

El consentimiento otorgado en el contrato para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.

Si se llegara a dar la separación de la madre biológica y el padre, o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, el Juez de lo Familiar resolverá la situación de este, en términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil.

El contrato para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que genere una base de datos sobre la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Y por último cualquier conflicto derivado de la aplicación del contrato para la Maternidad Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

4.8.2. Registro y control del nacimiento de los menores nacidos mediante la Maternidad Subrogada

Para el caso de la práctica de Maternidad Subrogada le corresponderá a la secretaria de salud en coordinación con el registro civil llevar un registro de los contratos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esta práctica médica, a fin de evitar que la madre gestante realice esta práctica en más de dos ocasiones.

El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del contrato para la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el contrato, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

4.8.3. De la nulidad de la Maternidad Subrogada

El contrato de maternidad subrogada será nulo cuando:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades del contrato ya anteriormente expuestas;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravinieren el orden social y el interés público.

Cabe señalar que la nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Así también la mujer gestante puede demandar civilmente de la madre o del padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención o control médico prenatal y postnatal.

El contrato para la Maternidad Subrogada carecerá de validez cuando haya existido error o dolo respecto de la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso estarán a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

4.8.4. De las sanciones en relación con la maternidad subrogada.

Aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y la plena aceptación de las partes que intervienen se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales. Siendo aplicables las penas que establece el delito de manipulación genética, disposición de células y procreación asistida (Artículos 251 bis y 251 ter del Código Penal para el Estado de México)

La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del contrato de Maternidad Subrogada o en su caso en las disposiciones que establece el artículo 278 del Código Penal para el Estado de México en su título tercero “Delitos contra las personas” subtítulo quinto “delitos contra la reputación de las personas” capítulo segundo “Difamación”.

A los padres biológicos le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del contrato de Maternidad Subrogada cuando no cumplan con su parte del contrato de la misma forma se harán acreedores a penas pecuniarias consistentes en la reparación del daño estipulado en el artículo 26 fracción III del Código Penal para el Estado de México.

4.9. Para la propuesta.

4.9.1. Reforma del Código Civil para el Estado de México.

En este apartado hare una propuesta de reforma a algunos artículos del código civil de nuestra entidad federativa para así regular la práctica médica de Maternidad Subrogada que a continuación presento:

- **Contenido del acta de nacimiento.**

Artículo 3.10.- El acta de nacimiento se extenderá con la asistencia de dos testigos designados por las partes interesadas; contendrá la fecha, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que se le pongan, la razón de si se ha presentado vivo o muerto; datos que no pueden omitirse. Se tomará al margen del acta la impresión digital del presentado.

Por ningún motivo se asentará en el acta que el presentado es adulterino o incestuoso, aún cuando así apareciere de las declaraciones.

Si el presentado aparece como hijo de padres desconocidos, el Oficial del Registro Civil le pondrá nombre y apellidos, sin hacer mención de esta circunstancia en el acta.

En el caso que se tratara de un hijo nacido mediante la practica medica de Maternidad Subrogada los padres biológicos deberán presentar el testimonio público del Notario Público que dio fe de la realización del contrato de Maternidad Subrogada con pleno consentimiento de las partes, y el certificado médico expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento de menor, autorizado para tal efecto por la Secretaria De Salud y que deberá contener, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de la practica medica, denominada Maternidad Subrogada.

- **Paternalidad y Maternalidad de hijos fuera de matrimonio.**

Artículo 4.162.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, se establece por el reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo previo a aquellos menores que han nacido de una mujer gestante, en este caso, tanto derechos como obligaciones derivados de la filiación serán a favor de la madre subrogada y el padre.

- **Medios de reconocimiento de hijo.**

Artículo 4.168.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse de alguna de las formas siguientes:

- I. En el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil;
- II. En escritura pública;
- III. En testamento;
- IV. Por confesión judicial expresa.

V. *Por testimonio público del Notario Público que dio fe del contrato de la Maternidad Subrogada.*

4.9.2. Creación de la Nueva ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México.

A su vez propongo que se cree la ley de Maternidad Subrogada Para el Estado de México y quedaría de la siguiente manera:

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ESTADO DE MÉXICO

TITULO PRIMERO

CAPITULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. La presente Ley es de orden público e interés social, y observancia general y tiene por objeto establecer las bases y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada.

Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley es relativa a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer.

La Maternidad Subrogada es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético.

Deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor nacido.

Las mujeres en estado civil diferente al señalado en el presente artículo podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre biológica en la presente Ley; para tal efecto, le serán aplicables de manera análoga en lo que corresponda dichas disposiciones.

La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para la madre biológica y el padre, y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional.

Artículo 3°. Para efectos de esta Ley se define y entiende por:

I. Código Civil: Código Civil para el Estado de México;

II. Código Penal: Código Penal para el Estado de México;

III. Filiación: relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia;

IV. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos de los niños y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña, en los términos que establecen los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano y las leyes aplicables en la materia;

V. Contrato para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante;

VI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México;

VII. Madre biológica: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete mediante el contrato para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;

VIII. Maternidad Subrogada: La práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos a una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo;

IX. Médico tratante: médico especialista en infertilidad que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Maternidad Subrogada;

X. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a llevar a cabo la gestación del embrión posteriormente del feto, producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su material genético y cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo;

XI. Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta sus espermatozoides para la fecundación y que se compromete mediante el contrato para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

XII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

XIII. Registro Civil: a la Dirección General del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Oficiales del Registro Civil;

XIV. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Estado de México;

XV. Transferencia de embrión: transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVTE aplicada en su variante homóloga, y

XVI. Tutela: A la Tutela que establece el Título Octavo del Código Civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por Maternidad Subrogada y en los casos de fallecimiento de la madre biológica y el padre.

Artículo 4°. La práctica médica de Maternidad Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo que establece el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, la Ley de Salud todos del Estado de México y demás ordenamientos legales.

TÍTULO SEGUNDO

DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES

PARA LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 6°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente a las partes que intervienen de las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante.

Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la Maternidad Subrogada, debiendo existir constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la intimidad.

Artículo 7°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación.

Queda estrictamente prohibida toda forma de comercialización o de utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida, así como la vitrificación de óvulos y espermatozoides que no sea con el fin reproductivo y su conservación cuando tenga por objeto la formación de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra de la dignidad humana, sujetándose a las sanciones establecidas en el Código Penal.

Artículo 8°. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 9°. Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos, sin que exista un contrato para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho contrato.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 10. El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar, que:

I. La madre biológica posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;

II. La madre biológica y el padre se encuentran plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente, para la implantación, y

III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada.

A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Estado de México, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante, no será objeto de discriminación por su condición, ni habrá distinción alguna por parte de las instituciones de salud, el médico tratante o el personal de salud.

TÍTULO TERCERO

DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre biológica, el padre y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:

I. Ser habitantes del Estado de México, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente;

II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;

III. La madre biológica acredite, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;

IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo;

V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y

VI. De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, la Secretaría de Salud expedirá el certificado médico que acredite los supuestos correspondientes; en el caso de la fracción V corresponderá al médico tratante la expedición del documento respectivo.

Artículo 15. La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, quien deberá determinar si están preparados psicológicamente para realizar un procedimiento de esta naturaleza.

Previo a la valoración que realice la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Artículo 16. La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre.

En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.

Artículo 17. La Secretaría de Salud llevará un padrón de mujeres y de parejas que quieran someterse a la práctica médica de la Maternidad Subrogada, debiendo guardar la confidencialidad en la identidad de las partes que el procedimiento lo permita.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el contrato para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga el registro civil y así poder registrar al menor como hijo legítimo de los padres biológicos.

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

Artículo 19. La madre biológica, el padre y la mujer gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos establecidos en la presente Ley.

CAPÍTULO TERCERO

DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 20. Previa verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la Maternidad Subrogada, el Notario Público, fijará fecha y hora para que otorguen su consentimiento mediante el contrato para la Maternidad Subrogada.

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

I. Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;

II. La obligación de los padres biológicos de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

III. La manifestación de la mujer gestante de que sus óvulos no fueron utilizados para la fertilización y que no es la madre biológica del menor que nazca dentro de las 40 semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación;

IV. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento;

V. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, a o los menores después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, y

VI. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 251 fracciones III y IV del Código Penal para el Estado de México, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente.

Respecto a las hipótesis contenidas en la fracción VI del presente artículo, deberá existir certificado del médico tratante para que se inicie el procedimiento al que se refiere la normatividad aplicable. Por lo que hace al supuesto de la fracción III del Código Penal, la decisión será exclusiva de la mujer gestante, informando previamente a la madre biológica y el padre, mientras que para el caso de la fracción IV de ese mismo precepto la decisión estará a cargo de la madre biológica debiendo constar, además, por escrito.

Sin menoscabo de lo señalado en las fracciones anteriores, el consentimiento expresado en el contrato para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante; además de una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la madre biológica y el padre.

Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil para el Estado de México.

Previa firma del contrato, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 24 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de dos procedimientos de Maternidad Subrogada.

Artículo 21. El Notario Público vigilará que el Instrumento para la Maternidad Subrogada, no contenga disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a los infantes y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor.

El contrato para la Maternidad Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante;

II. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que implica la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y

III. El derecho del menor a la protección del Estado, incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil para el Estado de México.

Artículo 22. El consentimiento otorgado en el contrato para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.

Artículo 23. En caso de separación de la madre biológica y el padre, o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, el Juez de lo Familiar resolverá la situación de este, en términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil para el Estado de México.

Artículo 24. El contrato para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que genere una base de datos sobre la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Artículo 25. Cualquier conflicto derivado de la aplicación del contrato para la Maternidad Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

TÍTULO CUARTO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA PRÁCTICA MÉDICA DE MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 26. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante en términos de la Ley de Salud para el Estado de México.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado de México y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la madre biológica del nacido.

Artículo 27. Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el Ministerio Público que den cuenta de una Maternidad Subrogada.

TÍTULO QUINTO

DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES DEL CONTRATO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL CONTRATO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 28. Es nulo el consentimiento otorgado en el contrato para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del contrato para la Maternidad Subrogada.

Artículo 30. La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre biológica y del padre, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Artículo 31. El contrato para la Maternidad Subrogada carecerá de validez cuando haya existido error o dolo respecto de la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso estarán a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

CAPITULO SEGUNDO

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 32. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y la plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de manipulación genética artículo, disposición de células y procreación asistida (251 bis 251 ter del Código Penal para el Estado de México)

Artículo 33. La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la Maternidad Subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del contrato de Maternidad Subrogada o en su caso en las disposiciones que establece el artículo 278 del Código Penal para el Estado de México en su título tercero “Delitos contra las personas” subtítulo quinto “delitos contra la reputación de las personas” capítulo segundo “Difamación”.

Artículo 34. A los padres biológicos le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del contrato de Maternidad Subrogada cuando no cumplan con su parte del contrato de la misma forma se harán acreedores a penas pecuniarias consistentes en la reparación del daño estipulado en el artículo 26 fracción III del Código Penal para el Estado de México.

CONCLUSIÓN.

El Artículo Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consigna el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos. La ley general de salud, así como su reglamento en materia de investigación, se refieren a la inseminación artificial en forma tangencial, pero ante la presencia de los distintos intereses que confluyen en ese acto, deben establecerse normas que regulen cuidadosamente la Maternidad Subrogada. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación incluida la que se obtiene por medio de la inseminación debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

En primer lugar, las prácticas de Maternidad Subrogada reunirán todas las condiciones técnicas que aseguren los óptimos resultados y no supongan grave riesgo para la salud de las dos mujeres participantes (madre gestante y madre genética o subrogada), o sus posibles descendientes.

Debe permitirse solo cuando las circunstancias médicas (imposibilidad para gestar) lo justifiquen, en todo caso, debe entenderse que la practica medica de Maternidad Subrogada es una práctica excepcional contra la imposibilidad física o contraindicación medica que tiene la madre subrogada para llevar a cabo la gestación en su útero y no como una medida usual para traer niños al mundo.

Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente. Desde el punto de vista de la madre subrogante, la legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocerlos de los que lo hubieren hecho.

La administración pública debe dictar normas para que en los centros de salud se especialicen en la práctica médica de Maternidad Subrogada y se garantice el respeto a las personas que intervienen en el proceso y se cercioren de las libres manifestaciones de voluntades *Ad libitum* y el cuidado de gametos y embriones.

A su vez debe reformarse el Código Civil, porque es el que regula todos los aspectos personales y patrimoniales de los individuos.

De no hacer las reformas al Código, a pesar de aprobarse la ley, existirán incongruencias que serán difíciles de resolver para las autoridades que lleven el proceso en caso de surgir una controversia.

La Maternidad subrogada habrá de someterse a normas precisas. Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas, de modo que el derecho no limite el avance de la ciencia, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos y que solo se traigan al mundo, a través de la práctica médica de Maternidad Subrogada, a niños con la mejor de las intenciones sin dañar el interés superior del menor.

Referencias Bibliográficas

Bejarano Sánchez, Manuel (05) Obligaciones civiles, Oxford. México.

Biggers, J.D. (81) In Vitro Fertilization and embryo transfer in human being, en The New England Journal of Medicine, New England.

Burgoa Orihuela Ignacio (82) Las garantías individuales, Porrúa. México.

Casabona C. Romeo (08) El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Comares. España.

Casado, María (07) Nuevos materiales de bioética y derecho, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara. México.

Casanova, Martha P. (89) La formación de la identidad femenina, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México.

David D. (84) Historique en L' insemination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation, ESF, Paris.

De Coulanges, Fustel (03) La ciudad Antigua, Porrúa. México.

De La Torre Vargas, Maricruz (93) La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile. Chile.

Delgado Calva, Ana Soledad (04) La maternidad subrogada: un derecho a la reproducción humana a la luz del Derecho Mexicano, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Diccionario De La Real Academia Española (01) 22^a edición, Espasa. Madrid España.

Eduards. R., bavister, B. y Steptoe, P. (69) Early stages of fertilization in vitro of human oocytes matured In vitro, en Nature 221, Londres.

Gutiérrez y González, Ernesto (08) Derecho de las obligaciones, Porrúa. México.

Hurtado Oliver, Xavier (00) El derecho a la vida ¿y a la muerte?, 2ª edición. Porrúa. México.

Lema Añón, Carlos (99) Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta. Madrid España.

López Faugier, Irene (05) La prueba científica de la filiación, Porrúa, México.

Martínez De Moretón Llamas, Ma. Lourdes (07) Régimen jurídico de las presunciones, Dykinson. Rusia.

Mendoza García, Isidro (01) Problemática jurídica de la maternidad subrogada, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Morán De Vicenzi, Claudia (05) El concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú.

Moro, Almaraz, María Jesús (88) Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Bosch. España.

Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo (06) Contratos civiles, Porrúa. México.

Rivero Hernández, Francisco (71) La presunción de paternidad legítima, Tecnos. Madrid España.

Rock, L. y Menkin, M. F. (44) In vitro Fertilization and cleavage of human ovarian eggs, en Science 100, USA.

Rostan, J. (84) El hombre, 4ª. Edición. Alianza. Madrid, España.

Sesma, Ingrid Brena (04) El derecho y la salud, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. México.

HEMEROGRAFÍA

Ruestow, E. G. Images and ideas: Leeuwenhoek's perception of the spermatozoa. Journal of the History of Biology 1983, pp. 185-224.

MANTOVANI Ferrando. MANIPULACIONES GENÉTICAS, BIENES JURÍDICOS AMENAZADOS, Revista de derecho y genoma humano, Núm. 1 (julio-diciembre), Edición española, 1994. Universidad de Deusto. Bilbao, España, 1994, p. 108

PÁGINAS WEB

http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-51-100_14.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Antiguo_Egipto

http://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M

http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundaci%C3%B3n_in_vitro

http://www.robertexto.com/archivo9/der_romano.htm#II.

Código Civil de Argentina, Dirección Web:

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Dirección Web donde puede localizarse dicho Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 2010:

http://www.concebir.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=91:ley&catid=39:legales&Itemid=6

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2002000200008&script=sci_arttext&tlng=en

<http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

www.glin.gov/download.action?fulltextId=196859&documentId.

<http://www.aebioetica.org/rtf/09-BIOETICA-61.pdf>

http://cms-static.colombiaaprende.edu.co/cache/binaries/articles-186370_constitucion_politica.pdf?binary_rand=1416

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf>

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/1014/791/>

<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>

LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2010

Código Civil para el Estado de Tabasco 2010.

NOM-005-SSA2-1993.

Código Civil para el Estado de México 2010.

Código Penal para el Estado de México 2010.

Código de Comercio 2007.