



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL
CODIGO CIVIL FEDERAL EN SUS
ARTICULOS 324 Y 360 EN RELACIÓN
A LA FILIACIÓN MATERNA DEL HIJO
PROCREADO BAJO LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN LOS CASOS DE
IMPLANTACIÓN DE ÓVULO POR
FECUNDACIÓN IN VITRO”

TESIS:

PARA OPTAR POR EL TITULO
DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

CLAUDIA SANDOVAL MARQUEZ

ASESOR

MTRO. JOSÉ AURELIO ZALDIVAR VÁZQUEZ



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV 09/2011/01
ASUNTO: Aprobación de Tesis

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

La alumna, **SANDOVAL MÁRQUEZ CLAUDIA** , con número de cuenta **08613511-5**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del **Mtro. José Aurelio Zaldivar Vázquez**, la tesis denominada **“PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL EN SUS ARTÍCULOS 324 Y 360 EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN MATERNA DEL HIJO PROCREADO BAJO LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS CASOS DE IMPLANTACIÓN DE ÓVULO POR FECUNDACIÓN IN VITRO”** , y que consta de 155 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. 9 de marzo del 2011.

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

México, D.F. a 27 de agosto del 2010.

**DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS,
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL,
P R E S E N T E .**

La alumna **SANDOVAL MÁRQUEZ CLAUDIA**, con número de cuenta **8613511-5**, solicitó al suscrito la asesoría en su trabajo de investigación denominado **"PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL EN SUS ARTÍCULOS 324 Y 360 EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN MATERNA DEL HIJO PROCREADO BAJO LA MATERNIDAD SOBROGADA EN LOS CASOS DE IMPLANTACIÓN DE ÓVULO POR FECUNDACIÓN IN VITRO"** una vez realizadas las observaciones pertinentes me es grato someterlo a su consideración para los efectos de registro en el seminario a su digno cargo.

Agradeciendo de antemano, las atenciones que se sirva brindar a la presente, reciba un cordial y afectuoso saludo.

ATENTAMENTE



MTRO. JOSÉ AURELIO ZALDIVAR VÁZQUEZ

Doy gracias a Dios nuestro Señor por permitirme una nueva oportunidad de vida, donde aprendí que no solo se predica con la palabra sino se aplica, el apoyo de mi familia fue incondicional y lo sigue siendo, gracias por estar siempre ahí cuando los necesito;
Isidoro, Juan, Heidi, Aldo, Rebeca.

Gracias mamá y por que siempre me has apoyado en todo cuanto he realizado.

Gracias a mi padre por ser participe de mi creación, y en cierta parte por haber escogido esta carrera.

Gracias a mi esposo Antolín quien me ha apoyado para terminar por fin mi carrera y me ha dado un regalo maravilloso de ser la mamá de Santiago quien fue el motivo de mi tema de tesis.

A mis amigos por que siempre me alentaron a no decaer, y muy en especial a Javier Miranda por su apoyo incondicional, y por que siempre me ha impulsado a no dejar la carrera de Derecho.

Gracias al Mtro. José Aurelio Zaldívar Vázquez por su valiosa asesoría en este trabajo

Gracias a la gloriosa

Universidad Nacional Autónoma de México

Por proporcionar una educación gratuita y con los mejores profesores en la materia de derecho siempre dispuestos a ayudarte.

"Ningún hombre ha llegado a ser grande sin un toque de divina inspiración."

Marco Tulio Cicerón

INDICE

INTRODUCCION	I
---------------------	----------

CAPITULO I MARCO CONCEPTUAL

1.1 Vida	1
1.2 Paternidad	3
1.3 Maternidad	7
1.4 Filiación	16
1.5 Derecho de Familia	20
1.6 Reproducción humana asistida	27
1.6.1 Fertilidad e Infertilidad	29
1.6.2 Esterilidad	30
1.6.3 Inseminación in vitro	33
1.6.4 Maternidad subrogada	38

CAPITULO II FILIACIÓN

2.1 ¿Que es la Filiación?	42
2.2 Filiación materna	52
2.3 Filiación paterna	54
2.4 Filiación por Adopción	58
2.5 Patria Potestad	62

CAPITULO III
LEGISLACION EXISTENTE SOBRE REPRODUCCION
ASISTIDA.

DERECHO MEXICANO Y DERECHO COMPARADO	67
3.1 Ley General de Salud	69
3.2 Código Civil Federal	73
3.3 Jurisprudencia	75
3.4 Legislación Estatal existente	76

DERECHO COMPARADO

3.3.1 España	88
3.3.2 Inglaterra	92
3.3.3 Francia	97
3.3.4 Estados Unidos	100
3.3.5 Italia	107
3.3.6 Suecia	109
3.3.7 Australia	110
3.3.8 República Federal de Alemania	112
3.3.9 Argentina	115

CAPITULO IV
REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 324 Y 360
DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

4.1 La Ley General de Salud y sus propuestas de regulación de los Métodos de fecundación asistida	122
--	-----

4.2	Contenido actual de los artículos 324 y 360 del Código Civil Federal	127
4.3	Adición a los artículos 324 y 360 del Código Civil Federal en relación a la filiación de la maternidad subrogada en referencia a la fecundación in vitro por fertilización de óvulo	129
	CONCLUSIONES	133
	BIBLIOGRAFÍA	135
	ANEXOS	142
	DECLARACIÓN DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL SOBRE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES	
	RECOMENDACIÓN NÚM. 1.406 (1986) DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONCEJO DE EUROPA, RELATIVA A LA UTILIZACIÓN DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS CON FINES DIAGNÓSTICOS, TERAPÉUTICOS, CIENTÍFICOS, INDUSTRIALES Y COMERCIALES.	
	INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL.	

INTRODUCCION

A mis 39 años jamás pensé en concebir y la idea de que mi hermana me pudiera ayudar para concebir el sueño de la maternidad que es para algunas mujeres aun la realización en plenitud, daba vuelcos en mi mente, y mi duda era y ¿quién sería la madre de la criatura?; bueno no llegue a ese momento puesto que Dios me bendijo con la gran oportunidad de sentir, gozarlo y hasta sufrirlo; la maravilla de dar vida, y créanmelo es primero como que hay muchos cambios que no sabes cómo explicarlos pero los sientes eso es cuanto a lo físico, en lo emocional el verlo por primera vez ahí dentro es una emoción que no te explicas cómo es posible que un ser humano este ahí creciendo, y cuando escuchas por primera vez su corazón, ¡Dios mío es increíble, está vivo!. Sentirlo como se mueve, como se va abriendo paso entre mis órganos y ganar espacio para él; es doloroso pero ya está empezando a luchar por su espacio; y los cambios físicos y emocionales que te dan cada vez más frecuentes, que se van dando en el organismo de la mujer y finalmente el momento de dar a luz; pero si sé que me escucha cuando le hablo, que sabe que lo amo y que lo espero con muchas ansias. Todas estas emociones y más las vive la mujer gestante en la maternidad subrogada.

Y no es posible que alguien que pase por todo esto decida entregar a la criatura al nacer como si no pasara nada, si hasta una enfermedad deja secuelas, dolencias, cicatrices y no lo olvidas; entonces como poder olvidar que se ha dado la vida y se haya dejado ir como si no importara, claro que ello depende de la conciencia, moral de cada uno.

Esto es lo que sembró en la suscrita la inquietud de estudiar la maternidad subrogada por fecundación “in vitro”, como tema de tesis para optar por la titulación. Dicha investigación se realizó en cuatro capítulos

En el primero se presenta un marco teórico con definiciones que son

importantes para el estudio de este tema los cuales nos darán un concepto de cada uno de los términos más utilizados.

El segundo capítulo nos adentra a lo que es la filiación, cómo se determina y cuantas clases existen; es importante el tema ya que es un punto central de este estudio.

En el tercer capítulo se analiza la legislación existente en nuestro país y cuantos Estados tienen ya una solución si no muy amplia si se toma conciencia de que existe, además de la legislación existente en el mundo, como se desarrolla en cada uno de los países mencionados y que soluciones jurídicas se han dado a estos avances tecnológicos.

El capítulo cuarto es la propuesta según lo estudiado y cuestionado y la manera cómo se debería reformar nuestro Código Civil Federal.

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL

1.1 Vida

¿Que es la vida? Alguna vez se lo han preguntado al menos por curiosidad, yo me he hecho la misma pregunta muchas veces y la única conclusión a la que he llegado es la misma de San Agustín “si me preguntas que es la vida, no sabría que contestar, aunque existen muchas definiciones como por ejemplo la del diccionario Larousse que dice así: vida: f. Conjunto de los fenómenos que concurren al desarrollo y a la conservación de los seres orgánicos: el principio de la vida de un ser // Espacio de tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta la muerte: larga vida. // Lo que ocurre durante este tiempo: le encanta contar su vida. // Actividad: la vida intelectual de un país. // Sustento, alimento necesario para vivir: ganarse bien la vida. // Modo de vivir: vida de lujo. // Costo de la subsistencia: la vida no deja de subir. // Biografía: las “Vidas” de Plutarco. // Profesión: abrazar la vida religiosa. // Duración de las cosas: la vida de un régimen político. // Fig. Viveza, expresión: mirada llena de vida. // Actividad, vitalidad: persona llena de vida. //”¹

Como verán es muy larga la definición y al final cada quien tiene su propio concepto de vida, pero es importante para este estudio en particular tener una definición, recuerdo la que me dieron en la secundaria la mas fácil para mi que ha sido la de Biología, Bios = vida, logos = tratados; tratados de la vida; y aun sigue siendo incierta, en Biofísica la definición que dan es la siguiente. “Definición Científica Operacional de Vida: Desde el enfoque de la Biofísica, vida es un estado de la energía en algunos sistemas Cuasi-estables que determina una serie de intervalos que demoran la dispersión espontánea de la energía interna de esos sistemas hacia más micro estados potenciales.”²

¹ GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón; Diccionario Larousse, de la lengua Española. esencial México, D. F. : Larousse, 1983. P.619

² Página de Internet, http://biocab.org/Exobiologia_.Biofisica.html, Por [Biól. Nasif Nahle Sabag](#), Certificado por Harvard en Investigación Científica ICAM, Publicación: 14 de Septiembre de 2006; ACTUALIZACIÓN: 22 de Sept. de 2006, I Congreso de Ciencias Naturales. 18-22 de septiembre de 2006. Universidad Autónoma de Aguascalientes. Aguascalientes, Ags. Conferencia: Exobiología; Expositor: Biól. Nasif Nahle. Obtenido el 31 de mayo de 2008.

Como verán se pueden encontrar diversidad de definiciones dependiendo de la disciplina científica de que se trate, dentro del ciberespacio encontré otra definición la cual me parece muy completa: Vida, término que se utiliza para englobar las actividades características de todos los organismos, desde las algas unicelulares, hasta las plantas y animales superiores.

Definitivamente el poner tres hojas de definición sería demasiado; es por ello que solo me quedo con esta pequeña exposición, aunque existen otras tantas definiciones he llegado a una conclusión la vida es toda aquella que es engendrada para realizar un fin único y exclusivo de cada una de la especies existentes, las plantas su fin es darnos oxígeno, los animales forman parte de una cadena alimenticia en la cual el ser humano es el Rey de la creación divina o científica y el cual definitivamente es quien decide sobre todo lo que existe en la tierra con moral o sin ella y si nos remontamos al origen de las especies según Charles Darwin las especies animales se adaptan los seres humanos se seleccionan lo cual nos ha llevado a querer crear a un ser humano perfecto o escoger el tipo de vida que queremos que tenga un hijo seleccionado los espermatozoides y óvulos a fecundar, al final de cuentas es crear vida, hacer que exista vida, cumplir nuestros deseos de cumplir el rol para el cual fuimos creados, vivir, amar y morir.

Parte de la vida que una mujer desea vivir es el deseo de procrear o ser madre, una regla no escrita para todas, el dar la vida a un ser humano dicen que es algo inigualable y difícil de superar, ya que no solo el hecho de dar vida, engendrar un nuevo ser sino mantenerlo nueve meses dentro de uno, sufriendo un sin número de enfermedades o alteraciones hormonales las cuales terminan con el parto, nacimiento.

Dar vida a alguien es una satisfacción insuperable e inigualable la cual quien la vive es quien debe decidir si esta dispuesta a donarla o retenerla.

1.2 PATERNIDAD

Definir la paternidad sería un poco complicado, ya que esta es considerada desde la antigüedad una presunción, esto es, se presume ser quien aporte su espermatozoide para la fecundación del óvulo y dando como resultado un nuevo ser.

Las definiciones pueden ser biológica, etimológica y hasta jurídica, pero realmente ¿quien es el padre?, aquel que aporta un espermatozoide o que se dedica durante su vida a darle una formación integral y dándole un nombre a una criatura.

La paternidad definitivamente se determinara a través de la prueba de genética o aquel hombre que la asuma directamente ante un juez, aunque no sea el padre biológico, a continuación se darán una serie de definiciones referentes a la paternidad.

Existen varias definiciones en torno a lo social, cultural, psicológica, etc. Pero la que se requiere para esta tesis debe ser jurídica, mismas que aquí se menciona.

“La paternidad, lo más común es que haya necesidad de recurrir a la presunción de la paternidad, por la dificultad de conocer en forma directa e inmediata, ante la imposibilidad de penetrar en la intimidad de la pareja. La paternidad siempre ha estado rodeada de misterio y ha sido materia de difícil comprobación (incluso hay quien afirma que Adán es el único que tuvo claro la paternidad de sus hijos), aunque hoy en día puede ser objeto de prueba directa y positiva; toda vez que ya es posible científicamente y sin lugar a dudas, demostrar en muchos casos, no sólo la exclusión de la paternidad, sino también la paternidad.”³

³ ROYO MARTÍNEZ Miguel, Derecho de familia, “... una prueba positiva que acredite que el marido fue padre de la criatura y que sólo de entre todos los hombres de la tierra pudo ser el padre, es un privilegio del que sólo gozó Adán”, Sevilla, 1949, p. 238. Citada por, GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, La filiación en los labores del siglo XXI, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 27.

Para la Doctora Irene López Faugier “La paternidad 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.

A) Etimológico

La palabra padre pater/patrós, cuyo significado es padre. El vocablo es el mismo en griego, latín y sánscrito, por ello se infiere su procedencia en el tiempo en que los antepasados de los helenos, italianos e indios, aun vivían juntos en Asia Central. En principio, la idea de paternidad no se asociaba a esta palabra, pues la antigua lengua tenía otra tan antigua como pater, para designar al padre, dicha era ganitar o genitor, es decir, engendrador y también formaba parte de los idiomas de los griegos, romanos e indios.

Así, la palabra páter, tanto desde el punto de vista religioso como jurídico, tenía un sentido diverso al conocido con posterioridad en las mismas culturas antiguas. En la lengua religiosa, se aplicaba a todos los dioses denominando de esta forma a Júpiter, Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano y Plutón, a quienes los antiguos no consideraban sus progenitores, al contrario pues siempre se pensó que el género humano existía antes de ellos.

En la lengua del derecho, el vocablo pater se aplicaba en varias situaciones, en algunos casos se utilizó para denominar aquellos que no dependían de otro ejercían autoridad sobre una familia y sobre un dominio.”⁴

B) “Biológica

Si bien es cierto que todo individuo es descendiente de un padre y una madre, incluso cuando alguno de ellos o ambos sean desconocidos, la maternidad antecede”⁵

⁴ FUSTEL DE COULANGES. (Trad. Por José Manuel Villalaz), La Ciudad Antigua Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma, 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1978, p. 26. Citada por, LÓPEZ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 197.

“necesariamente a la paternidad, pues este vínculo se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de una maternidad cierta, de igual forma, la determinación biológica de la paternidad se funda en una maternidad cierta. La maternidad se deriva después de esta relación entre madre y descendiente.

C) Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la paternidad 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 paternidad es la relación real o supuesta del padre con el descendiente.”⁶

“Desde el punto de vista doctrinal, la paternidad es el estado civil del padre respecto del descendiente consanguíneo, es decir, al engendrado por él, así como el estado civil del padre respecto del descendiente adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad”.⁷

En nuestra legislación, el único ordenamiento jurídico que define la paternidad es la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo en su artículo 163:

**“TÍTULO SÉPTIMO
DEL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN
CAPÍTULO I
DEL PARENTESCO**

**CAPÍTULO II
DE LA FILIACIÓN**

Artículo 163.- La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad.⁸”

⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José, Curso de Derecho de Familia, T.II, Ed. Civitas, España, 1988. P. 67; Citado por, LÓPEZ FAUGIER Irene, Ídem. p. 196 y 197.

⁶ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 83.

⁷ VALVERDE VALVERDE, Calixto; Tratado de Derecho Civil Español, Derecho de Familia; T. IV, 39 ed.; Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926, pp- 405; Citado por. LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 67.

⁸ Citado de la paginad e internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/HIDALGO/Leyes/HGOLEY71.pdf>; p.20, citado el día 11 de noviembre del 2010.

“En la doctrina del siglo XIX, el matrimonio también se presentó como un instrumento de atribución de la paternidad, sin embargo la regla *pater is quem nuptiae demonstrat*, (padre es quien demuestra haber contraído nupcias) evolucionó desde su originaria naturaleza de regla imperativa, a ser una mera presunción de paternidad.”⁹

Otra definición pero en el sentido jurídico es la que encontramos en nuestro Código Civil Federal el cual menciona que:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”¹⁰

Esta definición no especifica el concepto de paternidad como tal pero nos da un parámetro de quien debe ser el padre y en que circunstancias un poco arcaicas para nuestros tiempos ya que actualmente el reconocimiento de la paternidad no es solo dentro del matrimonio sino fuera de él también, y en el concubinato.

Se pueden encontrar una gran variedad de conceptos de paternidad y todas de acuerdo a la idiosincrasia de las personas y sociedades, la importancia de tener una definición jurídica, radica en que la paternidad no es evidente ni visible como lo es la maternidad, si bien es cierto que a través de la historia del mundo siempre ha sido primero el hombre en todos los aspectos, no lo es en la paternidad ya que esta en la actualidad solo se puede verificar a través de una prueba de ADN, o como pregona la gente “es más padre el que

⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José, Curso de Derecho de Familia, T.II, Ed. Civitas, España, 1988, p. 90. Citado por, LÓPEZ FAUGIER Irene, óp. Cit., p. 201

¹⁰Código Civil Federal obtenida en la página de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>, el día 06 de marzo del 2009. P, 32

cría que el que engendra”, es por eso que nos quedamos con esta definición para nuestro estudio es aquella que nos da el Código Civil Federal y es la que determina la filiación del recién nacido.

1.3 Maternidad

Al igual que la paternidad las diferentes definiciones que podemos encontrar son de acuerdo a la idea y formas de pensar de cada persona o sociedad, pero las que interesan para tema de este estudio son las que se relacionan con el tema jurídico.

La maternidad hasta hace algunos años era tan cierta y exacta, pero con los avances tecnológicos y la infertilidad que se da tanto en hombres como en las mujeres esta se ha vuelto absolutamente incierta, ya que pueden concurrir tres mujeres para gestar a una criatura ejemplo: existe la madre que aporta un óvulo, la que lo desarrolla en su ovario y la que lo recibe como madre legal, y así pueden existir una serie de combinaciones.

Esto nos da como resultado que ahora madre ya no es sólo una sino aquella que lo encargo para llevar, si suena a comercial o encargo del supermercado, pero esta es nuestra realidad, la falta de carácter de las autoridades a dado como resultado que la figura de la maternidad sea meramente una figura y no una institución si es que vale la comparación.

Es de tal importancia tener una identidad con la mamá para una criatura ya que de ella depende absolutamente para su desarrollo y formación física y moral, aunque actualmente parezca obsoleto y pasado de moda, la madre será quien gaste el producto de la concepción de la unión del óvulo y el espermatozoide fecundado; de ella depende que llegue a buen termino dicho embarazo.

A continuación se darán una serie de definiciones en relaciona a la maternidad.

“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 una perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A) Etimológico

La palabra madre procede del latín “*mater/matris*”, 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 estatus 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.

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”¹¹

¹¹ FUSTEL DE COULANGES. (Trad. Por José Manuel Villalaz), La Ciudad Antigua Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma, 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1978, p. 61; Citada por, LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 276 y 277.

“Así, el poder del hombre sobre la mujer se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al varón en superior condición a ésta, ya fuera dentro de su familia de origen o mediante el matrimonio.”¹²

B) “Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en esas 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,¹³ “pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

Ese carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidados 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 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.

C) 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

¹² LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 277

¹³ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José, Curso de Derecho de Familia, T.II, Ed. Civitas, España, 1988. P. 67; Citado por, LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 277

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.”¹⁴

“Desde el punto de vista doctrinal, la maternidad es el estado civil de la madre respecto de los descendientes que ha dado a luz, o ha incorporado a su familia por un acto de voluntad.”¹⁵

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

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

¹⁴ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José, Curso de Derecho de Familia, T.II, Ed. Civitas, España, 1988. P. 67 y 72, Citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit.p. 278

¹⁵ VALVERDE VALVERDE, Calixto; Tratado de Derecho Civil Español, Derecho de Familia; T. IV, 39 ed.; Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926, p. 405, citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, óp. Cit., p. 278.

El nexo materno filial de todos los descendientes concebidos mediante la relación sexual normal dentro del matrimonio o fuera de esta institución, se determina por los dos hechos antes referidos, es decir, el parto de la madre y la identidad del hijo o hija.

El parto de la madre se puede probar a través del certificado del médico u obstetra de quien haya atendido el parto, ya que, en dicho documento se detalla el hecho biológico del alumbramiento. La prueba de la identidad del descendiente también puede acreditarse con ese mismo certificado, con el cual se comprueba el parto de la mujer, pues también de él se infieren otros datos relacionados con el parto, como son: el sexo del nacido, sus características particulares como el peso, el tamaño, la hora y el lugar del alumbramiento.”¹⁶

“Entonces, con dicho certificado se prueban los extremos de la filiación de la madre con su descendiente: el parto, la identidad del descendiente y la maternidad.”¹⁷

“Es importante destacar que en aquellos casos en los cuales exista duda sobre la identidad del descendiente, la prueba de la filiación materna debe completarse con la posesión de estado de hijo o hija,” ¹⁸ “la cual deberá ser constante, porque no se puede tratar de hechos aislados o pasajeros. El artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal, enumera los principales hechos que reunidos constituyen esta posesión de estado, básicamente este preceptos se limita a establecer el *nomen*, el *tractatus* y la *fama*.

La acreditación de la filiación materna a través de la posesión de estado de hijo o hija, mediante cualquiera de los medios ordinarios de prueba autorizados por la ley, incluyendo los provenientes del avance de los conocimientos científicos, sólo es necesaria en casos

¹⁶ LLOVERAS Nora, Patria Potestad y filiación; Ed. Depalma, Argentina, 1986, pp. 47. Citado por. LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 279.

¹⁷ PLANIOL Marcelo Y RIPERT Jorge. (Trad. Por Mario días Cruz) Tratado Practico de Derecho Civil Francés; La familia, Matrimonio, divorcio y Filiación, II; ed. Cultura, Cuba 194, p. 585. Citado por. LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 280

¹⁸ DE RUGGIERO, Roberto; (Trad. Por Ramón Serrano Suner y José Santa Cruz Tejeiro) Instituciones de Derecho Civil, T. I, II, vol. II, Instituto Editorial Reus, España, 1978, p. 197. Citado por. LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 280.

materno filial, no representa ningún problema y se demuestra simplemente con el acta de nacimiento, la cual debe reunir ciertas condiciones elementales de forma y fondo.”¹⁹

Dentro de la Ley de Salud se define a la maternidad como:

Artículo 61: La atención materno-infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones: “I. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio;”²⁰

Para la ley de Salud lo califica como “un estado físico de la mujer que hay que atenderse.”²¹

“En el caso de la maternidad por medio de métodos de reproducción asistida tienen por objeto salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación, mediante la cópula o coito normal entre un hombre y una mujer. En nuestra legislación, tanto el Código Civil para el Distrito Federal, como el Código civil para el Estado de Coahuila (en este último ordenamiento jurídico se contemplan las disposiciones más avanzadas de nuestro país en este rubro), permiten su utilización tanto entre quienes están unidos en matrimonio como en concubinato.

Las técnicas de reproducción asistida se dividen en dos, inseminación artificial y fecundación extrauterina, ambas tienen como denominador común, que no requieren la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos, mientras su diferencia

¹⁹ DE RUGGIERO, Roberto; (Trad. Por Ramón Serrano Suner y José Santa Cruz Tejeiro) Instituciones de Derecho Civil, T. I, II, vol. II, Instituto Editorial Reus, España, 1978, p. 197, LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 280 y 281.

²⁰ Ley General de Salud, año 2007. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis. Última reforma Publicada DOF 18-12-2007. Obtenido el 31 de mayo del 2008. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/142

²¹ Red sanitaria revista trimestral del sistema federal sanitario, volumen I, numero 4 enero del 2006, Comisión Federal para la protección contra riesgos sanitarios, Unidades médicas saludables y la mortalidad materna en México, “La maternidad en la época prehispánica y la conquista” por Dr. Miguel Gerardo Lombera González, comisionado de Autorización Sanitaria y Dr. Alvaro Herrera Huerta, Subdirector Ejecutivo de Autorizaciones en Servicios de Salud. Obtenido el 31 de mayo del 2008, http://www.cofepriis.gob.mx/RevistaRED/portada2006enero/Index_enet06.htm.

radica en cuanto, la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, y la fecundación extrauterina se realiza fuera del cuerpo de la misma.”²²

“De este modo, la inseminación artificial homóloga es la técnica mediante la cual se inocula el semen del marido mediante jeringas o catéteres, para después ser depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo de la cónyuge, mientras en la fecundación extrauterina homóloga, esa unión del óvulo de la cónyuge y el espermatozoide del marido tienen lugar en una placa de laboratorio, en la cual se obtiene el embrión que posteriormente será implantado en el útero de la misma.”²³ “En ambos casos, la imputación de la, maternidad no representa mayor problema, pues la cónyuge fue quien aportó el óvulo para la fecundación del descendiente y es genéticamente su madre.”²⁴

“A diferencia de lo anterior, cabe destacar que en los supuestos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heteróloga, la imputación de la maternidad biológica no puede ser determinada con tanta claridad, al menos de que la esterilidad provenga del marido requiriendo con ello la utilización del espermatozoide fértil de un tercero.”²⁵

“En este caso, como la obtención del embrión fue a través del óvulo aportado por la cónyuge, y el componente biológico extraño utilizado fue por vía masculina, también es posible imputar la maternidad biológica a la cónyuge.

No sucedería lo mismo, cuando en estas técnicas de inseminación artificial y fecundación extrauterina heteróloga, se utiliza el óvulo de otra mujer, aunque con posterioridad, el embrión obtenido de la unión de ese óvulo y del espermatozoide del marido, sea implantado en el útero de la cónyuge, pues genéticamente ella no es la madre del descendiente, a pesar de haberlo dado a luz.

²² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La fecundación In vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 13. Citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. P. 283

²³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, óp. Cit. pp. 13,16 y 17; citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 284.

²⁴ LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 284.

²⁵ ZANNONI Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, T. II, Ed. Astrea, Argentina, 1989, p. 4. Citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 284.

No obstante, como en nuestra legislación los Códigos Civiles para el Distrito Federal y para el Estado de Coahuila, prevén el uso de estos métodos en personas unidas por matrimonio y en quienes viven en concubinato, exigiendo ambos ordenamientos el consentimiento expreso de la pareja para someterse a dichas técnicas, la imputación legal de la maternidad de los descendientes concebidos mediante inseminación artificial o fecundación extrauterina heteróloga, recaerá en la cónyuge o concubina, aun cuando ninguna de ellas haya aportado el óvulo fértil utilizado, para la obtención del embrión que les fue implantado.

Los descendientes nacidos a través del uso de los métodos de reproducción asistida subsistiendo el matrimonio o el concubinato, se consideran descendientes de los cónyuges o de los concubinos según sea el caso, sin que pueda existir duda respecto de su filiación por la intervención de un componente biológico extraño a cualquiera de ellos o a ambos.

Por otra parte, cabe destacar que aun cuando en nuestra legislación, sólo se prevé el uso de las técnicas de reproducción asistida en personas casadas o entre quienes viven en concubinato, considero que la utilización de las mismas no se encuentra prohibida en el caso de personas solteras, pues el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su tercer párrafo:

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

Este precepto constitucional no limita la facultad de tener descendientes a ciertas personas, en función de características especiales como su edad, estado civil u otra situación de hecho o de derecho. Por ello, tal garantía constitucional tiene tanto hombres como mujeres, independientemente de su estado civil y del tipo de método utilizado para

la fecundación, ya sea, la relación sexual natural o los provenientes de los avances de la ciencia.”²⁶

Porque la definición de maternidad es importante porque de aquí se parte para determinar las madres por encargo o subrogadas que lo hacen sólo por una contraprestación por un servicio prestado durante nueve meses y las madres que desean criar y darle amor a un recién nacido.

En el caso de la maternidad subrogada se definirá más adelante.

Maternidad es una definición de lo más variado y un tanto difícil; no obstante lo anterior, nos referiremos a ella en dos sentidos:

Uno físico es decir conforme a ello es aquella mujer que gesta en su vientre un ser durante nueve meses la cual sufre una serie de trastornos hormonales y físicos durante y después del parto.

Y en un sentido espiritual se definiría como aquella persona que no necesariamente gesta durante nueve meses en su vientre un ser, sino aquella persona que forma durante toda una vida a otro ser al cual se le nombra hijo(a) sin necesidad de gestarlo en su vientre.

Y si bien es cierto que ya no se necesita ser la mujer gestante la madre y tampoco es necesario tener relaciones sexuales para tener un hijo; en ese supuesto si es necesario definir jurídicamente quien será la madre de una criatura que se dará por medio de una maternidad subrogada, se tendrá que decidir quien tiene derecho sobre el producto la madre subrogada o gestante como lo define la nueva ley del Distrito Federal aprobada por la Asamblea Legislativa pero que a la fecha no se ha publicado en la Gaceta del D.F.

²⁶La Inseminación Artificial en seres Humanos y su Reproducción en el Derecho civil, revista Jurídica de posgrado, México, Facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad autónoma Benito Juárez de Oaxaca, publicación Trimestral, Año1, N°2, Abril-Junio de 1995. P. 83. Citado por LÓPEZ FAUGIER Irene, Óp. Cit. p. 284 y 285.

En opinión personal, para mí será la madre quien gestó al producto en su vientre y le dio vida, porque cualquiera puede aportar las células para la inseminación artificial pero sólo la mujer gestante es quien le da vida y lo lleva en su vientre durante nueve meses.

1.4 Filiación

El tema de la filiación es demasiado extenso ya que su implicación no es sólo jurídica sino también social y religiosa, pero estos temas no son cuestión de estudio en esta tesis, por el momento sólo se tratarán algunas definiciones más adelante se dedica todo un capítulo al tema en particular.

“No se puede negar que la filiación trasluce un lazo sanguíneo, sin embargo, a los ojos del derecho consiste en algo más que una relación biológica, es esencialmente una relación de índole jurídica entre dos personas, padre o madre e hijo o hija, “es una relación de nacimiento elevada a la categoría de jurídica”²⁷ “porque para que produzca efectos jurídicos, tiene que ser conocida por el derecho, es decir, debe cumplir con ciertos presupuestos o requisitos.”²⁸

Definitivamente el tratar de dar un concepto de filiación es difícil ya que cada autor tiene su propia definición pero a mí me parece que la más completa es la siguiente “La filiación proviene del latín *filatio-onis*, de y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.”²⁹

²⁷ CARBAJO GONZÁLEZ Julio, en Serrano Alonso Eduardo (compilador), Manual de derecho de Familia, Edisofer, Madrid, 2000, p. 335. Citado por GUZMÁN ÁVALOS Aníbal, *óp. cit.*, p.1

²⁸ ALMARAZ Y SÁNCHEZ CID, Moro, señalan que el derecho para reconocer efectos a la filiación o procreación, exige ciertos presupuestos o requisitos, Lecciones de derecho de familia, Universidad de Salamanca y Ed. Colex, Madrid, 2002, p.186; GUZMÁN ÁVALOS Aníbal, *óp. Cit.*, p. 1

²⁹ CICU Antonio, El Derecho de Familia; trad. De Santiago, Sentís Meleando, Buenos Aires, Ediar, 1947, citado por Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991, tomo II, p. 1447-1448.

La filiación implica todo, quienes son tus padres, hermanos, abuelos y demás familia y que derechos y obligaciones que se derivan entre unos y otros.

Para el Doctor Galindo Garfias la Filiación es “Las relaciones jurídicas derivadas de la paternidad y maternidad nacen respecto de determinadas personas (el padre y la madre respecto de su hijo), cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el supuesto jurídico necesario, *la conditio sine qua non* para conocer una situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de la familia de esa persona.

En este sentido, la filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia que en su estructura sociojurídico es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera”.³⁰

“La filiación es consubstancial al concepto de “persona” en el sentido de que, siendo el estado civil uno de los atributos de ésta, toda persona debe conocer su propia filiación, porque éste necesariamente existe.”³¹

“Entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija.”³² “nos explica que esta definición incluye los conceptos de maternidad y paternidad, así como el de filiación en sentido estricto.

³⁰ FUEYO LANERI Fernando, Derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta y Litografía Uribe, S.A., 1959, t. VI. La Familia, vol. 1. P.435.

El hijo natural tiene un estado civil, que constituye una situación jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto.....El estado de hijo natural, tiene una exteriorización que es el título de estado, tal documento fehaciente que acredita legalmente ese estado civil (Gatti). También se ha estimado que el título de estado es el Fundamento jurídico. En este sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado, es el título fundamental. Lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado de cónyuge”, Citado por, GALINDO GARFIAS Ignacio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual Estudios de Derecho civil 1981, citado el 31 de mayo del 2008, clasificación K030/G158E, Derecho Civil, Tema, la Filiación y la paternidad, www.bibliojuridica.org/libros; p.256.

³¹ GALINDO GARFIAS Ignacio, Óp. Cit. p. 257.

³² MONTERO DUHALT SARA. DERECHO DE FAMILIA, México, Porrúa, 1984. Pp. 140 y ss. Citado por PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Derecho de Familia, 1990, p. 55; clasificación K780. 113/P414D, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 18 de octubre del 2008.

A través de esta institución del derecho de familia se pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio. Sin embargo, no agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción.

Hoy por hoy el esquema a través del cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional: todo hombre y toda mujer tienen el derecho de decidir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, consagrando en el artículo 4º de nuestra Constitución, mismo que apunta, también, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

El primer problema a resolver en esta corriente actual sigue siendo el señalado por Montesquieu en su *Espíritu de la Leyes*³³, “encontrar el (la) progenitor (a) que se haga cargo del nuevo ser. Ésta es la razón jurídica de la institución que observamos en este punto.

A partir de estos principios se estructura el sistema mexicano de la filiación, que recibió la influencia de los sistemas jurídicos romano y canónico, en los cuales se enuncian otros principios básicos que son: la maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del (la) hijo(a) y a cada hijo(a) sólo puede atribuirse un padre y una madre. Estos principios supuestamente deben ser aplicables a toda relación de filiación. Sin embargo, dada la complejidad de la naturaleza humana, las variantes a la estructura que el derecho maneja como “idea” son múltiples.”³⁴

“La filiación no es una institución creada, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en

³³ DE L'ESPRIT DES LOIX (presentación y análisis de M. d'Alembert), nouvelle édition, Paris, Billois Librairie, Quai des Augustines, an XIII, 1805, t. III, p. 58. Citado por PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, *Óp. Cit.* p. 55, citado el 18 de octubre del 2008.

³⁴ PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, *Óp. Cit.*, p. 55.

el interés social.”³⁵

“Normalmente coinciden biológicas y jurídicas, pero no siempre así. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no son reconocidos voluntariamente por sus progenitores, estaremos frente a un caso de filiación pero no jurídicas. También puede darse el caso contrario, una filiación jurídica sin sustento biológico, tal sería en caso, si el marido de la madre no es realmente el padre, o el hombre o la mujer reconocen a un hijo extramatrimonial no engendrado por ellos. Caso a parte es el de la filiación adoptiva en que la relación jurídica se basa en el consentimiento manifestado y no en la relación biológica.

Ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro del matrimonio, de atribuirle un estado jurídico además de proteger a la institución matrimonial y salvaguardar el honor y la cohesión de la familia.”³⁶

El concepto de filiación es determinante para una criatura ya que la relación jurídica que se establezca entre el hijo y los progenitores determinara su entorno social del niño, de la filiación depende su nombre, su descendencia y su identidad.

La filiación marca también de quien depende económicamente la criatura quien se encargara de él sus primeros 18 años de vida, quien le proveerá de comida y sustento y de un techo donde vivir.

Así mismo, determinará el deber de los progenitores a proporcionar todo lo antes mencionado y solo en caso de que alguno o ambos progenitores no cumplan con sus compromisos contraídos con la hija(o) serán obligados por la ley; por lo cual podrá ser demandado alguno de los progenitores.

³⁵BARRERA CRISTIANI, María Fernanda, “Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva”, Revista de Investigaciones Jurídicas, México, año 20, 1996, p. 681; citado por BRENA SESMA, Ingrid, El derecho y la salud, p. 85; pagina de internet, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 18 de octubre del 2008.

³⁶BRENA SESMA, Ingrid, Óp. cit. P. 85 y 86.

Es por eso que la filiación determina el estatus de la criatura.

1.5 Derecho de familia

¿Qué tan importante es la familia para el Derecho?, es de suma importancia la figura de la familia ya que esta depende la formación de los individuos, los seres humanos estamos acostumbrados a vivir en grupos, desde la antigüedad los individuos se han juntado para formar clanes, sectas, grupos, etc. Pero todos estos tenían algo en común eran descendientes de un tronco común, eran familia.

Esto nos da como resultado la familia la cual se integra por un tronco común que sería la madre y el padre, y sus descendientes que serían los hijos, esto es en lo social ya en lo jurídico el resultado es una serie de derechos y obligaciones entre sus miembros.

En la actualidad se han ido acrecentando los conflictos por las controversias que existen entre sus miembros. Es por eso que se ha desarrollado doctrinalmente el derecho de familia, a continuación se proporcionan una serie de definiciones de varios autores, así como reflexiones sobre el derecho de familia.

“La familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a ésta. Ahora bien, el hecho de que la familia su origen primariamente en tal fenómeno natural no quiere decir de ninguna manera que la familia sea mero producto de la naturaleza. Por el contrario, hay que darse cuenta claramente que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura (religión, moral, costumbres y derecho), para regular las conductas conectadas con la generación.

En este sentido, “el escritor y profesor francés Emile Faguet (1847-1916) observa que de

todas las victorias de la cultura sobre la naturaleza, el matrimonio monógamo es la más brillante, la más vigorosa y tal vez la más fecunda”.³⁷ “Los hechos del impulso sexual, de la procreación, del desvalimiento de los niños, del antagonismo de los sexos, y también de las generaciones, en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos, por el contrario, merced a la institución de la familia son encauzados y regulados.”³⁸

“La motivación radical de la familia en todas las variadas formas que ésta presenta en la historia consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole. Es característico del ser humano el hecho de la lentitud con que llega a ser capaz de valerse por sí mismo, tanto en lo que atañe al aprendizaje de dónde y como obtener alimento y subvenir a las otras necesidades perentoria (habitación, vestido, etc...) como en lo que respecta al aprendizaje de abstenerse de los actos peligrosos para sí mismo y para los demás.”³⁹

“Para colmar esas necesidades de los hijos se ha creado la institución de la familia. Las formas de ésta son muy variadas a lo largo de la historia y en las diversas civilizaciones. Pero en todas ellas hay de común un esquema de institución que implica la unión estable entre los progenitores, y entre éstos y los hijos hasta la madurez física e intelectual de los segundos.”⁴⁰

“El gran filósofo y sociólogo inglés del siglo XX, R. G. Collingwood, dice que en esencia una familia consta de padres e hijos. Puede constar además de otros elementos, pero serán inesenciales, accidentales y fortuitos.”⁴¹

³⁷ FAGUET (Emile), *Les prèjugès Nècessaires*, París, 1911, pp. 267 y ss. Citado por RECASSENS SICHES Luis, Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, p. 466

³⁸ WIESE (Leopold von) & BECKER (Howard), *Systematic Sociology*, Wiley, Nueva York, 1932, p. 579. Véase también: Paz (Luciano de la), *El Fundamento Psicológico de la Familia*, Ediciones Filosofía y Letras, Univ. Nal. Aut. De México, 1957. Citado por RECASSENS SICHES Luis, Óp. Cit. p. 466

³⁹ COLLINGWOOD (R. G.), *The New Laviathan or Man, Society, Civilization and Barbarism*, Clarendon, Oxford, 1944, p. 161. Citado por RECASSENS SICHES Luis, Óp. Cit. p. 466 y 467.

⁴⁰ HESSE (A.) & GLEYZE (A.), *Notions de Sociologie appliquée a la Moral et a l'Education*, 4ª ed., París, 1930, p. 77, citado por Lemonyer, O.P. (A.) Tonneau, O.P. (J.) & Troude (R.), *Manual de Sociologia Católica*, Introducción del R.P. Delos, O.P. revisada por Mariano Alcocer, Cía. Editora Nacional, México. Citado por RECASSENS SICHES Luis, Óp. Cit. p. 467

⁴¹ COLLINGWOOD (R. G.), *The New Laviathan or Man, Society, Civilization and Barbarism*, Clarendon, Oxford, 1944, p. 164; Citado por RECASSENS SICHES Luis, Óp. Cit. p. 470

Los cambios sociales y la falta de entendimiento de la pareja, la violencia y demás problemas que suceden en torno a la pareja, hacen que esta termine dejando a la familia sin uno de los dos progenitores convirtiéndose así en una nueva forma de familia, las llamadas familias monoparentales de las cuales la mayoría son sostenidas por la madre.

“Tratando de dar una definición general de la familia que abarque todas sus formas, Maclever dice que la familia es un grupo, definido por una relación sexual suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos”.⁴²

En la actualidad ya no solo se integra una familia en la forma tradicional esto es teniendo relaciones sexuales, sino también a través de la inseminación artificial y ya no suelen ser duraderas y muy poco estables aun teniendo hijos por inseminación artificial.

Dentro de la familia se “puede incluir o no incluir parientes colaterales, descendencia de segundo y ulterior grado, o miembros adoptados, pero esencialmente la familia está constituida por la vida conjunta de los esposos con su prole, formando una unidad colectiva definida. Toennies define la familia como la relación de hombre y mujer para procrear hijos de común voluntad; voluntad, tanto del hombre como de la mujer, de reconocerlos como suyos y cuidarlos, pero voluntad también, cuando no se logra ningún hijo, de vivir juntos, de protegerse mutuamente y de gozar los bienes comunes.”⁴³

“La familia ya constituida es una comunidad, precisamente uno de los ejemplos típicos de comunidad, sobre todo para los hijos, pues éstos despiertan a la conciencia dentro del seno de la familia e impregnados por el ambiente de ésta.

Como se apuntó ya, para los hijos la familia constituye una verdadera comunidad, se hallan en ella sin el concurso de su voluntad, y porque en su crianza y educación ellos no ejercen el gobierno de esas funciones, las cuales son desempeñadas por los padres.

⁴² MACLEVER (R.M.) & PAGE (Ch.), *Society; An Introductory Analysis*, Rinehart, Nueva York, 1950, p. 75, Citado por RECASSENS SICHES Luis, *Óp.Cit.* p. 470.

⁴³ TOENNIES (F.), *Principios de Sociología*, trad. de V. Llorens, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 75; Citado por RECASSENS SICHES Luis, *Óp. Cit.* p.470

Pero, en cambio, la pareja conyugal, que va constituir el núcleo base de la familia, es una asociación en la cual los dos cónyuges entran voluntaria y libremente por virtud de su consentimiento al celebrar el contrato matrimonial.”⁴⁴

“Si el matrimonio fuese algo que afectara exclusivamente a los dos esposos y a nadie más, seguramente ni la sociedad, ni mucho menos el Estado, ni tampoco la religión se habría ocupado de regularlo. Si la relación sexual permanente o estable de una pareja implicase solamente un asunto de amor entre los dos participantes, nunca se habría producido una regulación jurídica sobre ella. Pero como dicha relación implica la perspectiva del nacimiento y de la crianza de los hijos, y consiguientemente afecta a la vida social en su conjunto, las instituciones sociales, el Estado, la religión, han emitido normas muy estrictas sobre el matrimonio, para hacer de éste una institución estable, con funciones definidas, con derechos y obligaciones para los esposos, así como para los hijos.”⁴⁵

“Desde el punto vista social y etnológico (especialmente entre los pueblos latinos) se ha sostenido que existe, además de la familia nuclear –pareja e hijos- la extensa que incluye también a los ascendientes de una o ambas, la descendencia en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto o sexto grado, afines y adoptivos.

Es por eso que para que exista una armonía entre los miembros de una familia, deben existir derechos y obligaciones a nivel núcleo familiar y es así como nace el Derecho de familia. El Lic. Jorge Alfredo Domínguez Martínez lo define como la parte del Derecho Civil correspondiente al Derecho de Familia se compone de una serie de instituciones jurídicas pilares de la organización familiar. Son dos sus fuentes generadoras principales; nos referimos por una parte al parentesco en sus tres manifestaciones, o sea, el consanguíneo, el afín y el civil o por adopción y por la otra el matrimonio.

⁴⁴ RECASSENS SICHES Luis ob. Cit. p. 47. El canon 1052, párrafo1 del Codex Juris Canonici, promulgado por Benedicto XV dice: “Christus Dominus ad sacramentui dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem interbatizatos” El canon 1018, párrafo1, dice: “Matrimonium facit partium consensus inter personas jure hábiles legitime manifestus, qui nulla humana potestate suppleri valet”,

⁴⁵ ROSS (Edward Alsworth), *New-Age Sociology*, Appleton, Nueva York, 1940, pp. 447 y ss. Citado por RECASSENS SICHES Luis ob. Cit. p. 471 y 472 .

Toda la dinámica del Derecho de Familia reconoce su origen bien en el parentesco, particularmente en el consanguíneo, bien en el matrimonio o bien en ambos.

Forman parte del Derecho de Familia, entre otras instituciones, precisamente el parentesco en su triple manifestación; el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la filiación, la adopción, la patria potestad y los alimentos.”⁴⁶

Felipe de la Mata y Roberto Garzón definen el derecho de familia como: “el conjunto de normas jurídicas de derecho privado e interés público que autónomamente regulan a la familia y a las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros, y otras personas relacionadas.”⁴⁷

Julián Bonnecase define el derecho de familia, en los siguientes términos: “Por derecho de familia entenderemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”, “Dentro de la primera categoría (de las normas jurídicas que organizan la familia) clasificaremos la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación”.⁴⁸

“Si se desea reducir el derecho de familia a límites más estrictos, debe comprender el matrimonio y los regímenes matrimoniales o derecho matrimonial y el parentesco o derecho del parentesco. Pero, no deja de ser legítimo cuando se quiere comprender el derecho de familia en su conjunto, considerarlo en el sentido amplio del término, tal como lo hemos definido”.⁴⁹

⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, Derecho Civil, editorial Porrúa, S.A., México 1990, p.35.

⁴⁷ DE LA MATA PIZANA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, editorial Porrúa 2005. México, p. 19-205

⁴⁸ BONNECASE Julián, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, traduc. Del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, pags. 33 y 36. Citado por ROJINA VILLEGAS Rafael Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia.; Editorial Porrúa, México 2005, p. 202.

⁴⁹ BONNECASE Julián, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, traduc. Del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, p. 38, citado por ROJINA VILLEGAS Rafael; Óp. cit. p. 202

“Tesis de Antonio Cicu sobre la naturaleza jurídica del derecho de familia.- El distinguido jurista italiano Antonio Cicu, profesor de derecho civil en la Universidad de Bolonia, ha sustentado una teoría interesante respecto a la naturaleza del derecho de familia, dándole en ciertos aspectos un carácter de derecho público. Sostiene Cicu en su obra denominada La Filiación (traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Tejeiro, Madrid, 1930, Revista de Derecho Privado), que: El derecho de familia se considera generalmente como una parte del derecho privado; éste suele dividirse en cuatro especiales: derechos reales de crédito, de familia y de sucesiones, a las que se antepone una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el derecho privado.

Acepta Cicu colocar el derecho de familia junto al derecho público y no como una rama del derecho privado, pues las características de esta rama radica en que el Estado actúa como extraño en las relaciones de los particulares, reconociendo al individuo la libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el derecho público, lo mismo que en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y, además, procura realizar directamente los fines superiores bien sea de la comunidad política o del grupo familiar.”⁵⁰

“Los sujetos en la rama del derecho civil son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el Derecho de Familia los sujetos que intervienen son personas físicas. Excepcionalmente tenemos la injerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la intervención del consejo de tutelas como un organismo

⁵⁰ROJINA VILLEGAS Rafael. Óp. cit. p. 203 y 204.

estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.”⁵¹

“Los deberes subjetivos familiares, pero tienen, una especial fisonomía debido a los distintos tipos de sujeción que establece en las relaciones conyugales, parentales, paterno-filiales y tutelares. Así es como puede afectarse no sólo la conducta del sujeto pasivo, sino también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

Las sanciones propias del derecho familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten, para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad; pero también en la revocación y en la rescisión. El divorcio viene a constituir a su vez un tipo de rescisión especial del derecho de familia, dado que en su forma última, que reconoce el Código Civil vigente, implica no la separación de cuerpos, como en el antiguo sistema sino la disolución del matrimonio o vínculo conyugal. También en el derecho familiar tenemos como sanciones generales la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización y la ejecución forzada”⁵²

“Actos jurídicos familiares.- Los actos jurídicos familiares son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.”⁵³

Como ya se ha mencionado muchas familias en la actualidad solo se conforman por uno de los padres. En esas familias monoparentales el progenitor debe hacer ambas funciones y traen consigo la disfuncionalidad de la misma y de sus miembros. Lo que se espera es que aun cuando alguno de los padres no se encuentre en el hogar seguirá siendo una familia y que el padre o madre aun fuera debe seguir asumiendo su función como miembro de la familia, ya no con la presencia continua de cuando vivían juntos pero lo hacen con convicción y empeño por el bien de los hijos.

⁵¹ROJINA VILLEGAS Rafael; Óp. cit. p. 228

⁵² Ibídem p. 230-231.

⁵³ Ibídem, p.237

1.6 Reproducción humana asistida

Cuando se habla de reproducción humana asistida o inseminación artificial se hace referencia a lo mismo, alguna vez se han preguntado que es la inseminación artificial y ¿por qué fue creada? ¿Con qué fines y quiénes fueron los primeros en proponerla?, lo primero y mas conocido es porque sirve para procrear cuando no se puede una mujer embarazar, y es ¿el único fin de la manipulación de los óvulos? La verdad es que en México no hay un control de la manipulación Genética y mucho menos de quien debe practicarla y bajo que régimen de salud y ni ya mencionar el jurídico.

No existe regulación en materia Federal y de salud es muy pobre la legislación en relación solo a la filiación materna en situación de una maternidad subrogada, a nivel local La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ha pronunciado a favor y a dando su aprobación a la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada, ya que hasta el momento sigue desierto este tema en materia de salud y en la Legislación Nacional alguna de las propuestas han sido en relación a prohibirlo, es una forma sutil de negar que se siga dando, que pasara cuando alguien contrate el servicio en otro país e ingrese con un hijo supuestamente suyo y la vivaz madre subrogada vea la ventaja de reclamar a su hijo por que puede obtener un vida cómodamente pagada hasta morir.

Antes de referirnos al tema es necesario hacer una reseña histórica de la Inseminación Artificial. “Los primeros ensayos se hicieron con vegetales, después con animales ya desde el siglo XV se tiene noticia de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registro por Inglaterra por el médico J. Hunter (1728-1783) .

Las prácticas se continuaron, pero a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los Estados mas avanzados y de religión protestante, en vista de la resistencia de la Iglesia católica para permitir las practicas inseminatorias. En 1940 se establece en los Estados Unidos por primera vez un banco de semen y durante la Segunda Guerra Mundial fue práctica común la realización en forma masiva

transportándose el esperma de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.”⁵⁴

Una definición sobre la reproducción humana es la siguiente “La reproducción humana, es el mecanismo biológico natural, mediante el cual, una pareja de seres humanos pueden procrear a un ser humano. Esta reproducción humana, puede ser de dos tipos. La Reproducción natural, que consiste en la unión íntima sexual de hombre y mujer; y la reproducción humana asistida, en la cual intervienen terceras personas, haciendo uso de los recursos y medios tecnológicos que la ciencia ha aportado, con la única finalidad de generar, e inclusive, hasta manipular, la reproducción humana.”⁵⁵

“Por reproducción humana asistida entendemos al conjunto de métodos médicos-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturales establecidas. Actualmente existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida.”⁵⁶

La reproducción humana es un problema para algunas parejas al no poder procrear ya por problemas de esterilidad y/o infertilidad, que son tratados actualmente por la ciencia médica y muchas parejas a través de la reproducción humana asistida logran tener un hijo. En los siguientes apartados se definirá lo que es esterilidad o infertilidad que es lo que da origen a las prácticas de procreación asistida y posteriormente se definirán las técnicas de procreación asistida que se realizan.

⁵⁴ BRENA SESMA Ingrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, El derecho y la salud, P. 2; citado el 31 de mayo del 2008, clasificación E500/B898D, Derecho Constitucional, Derecho a la Salud, Inseminación Artificial, Reproducción Asistida, Derechos Reproductivos www.bibliojuridica.org/libros

⁵⁵ ESQUIVEL ZUBIRI, Jorge Luis Las deficientes reformas del código civil del distrito federal en materia de inseminación artificial, Tesina presentada en la Escuela de Estudios profesionales campus Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México. Punto 8.1; Obtenido de la página de internet <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030506000248.html> citado el día 22 de marzo del 2008.

⁵⁶ DE LA MATA PIZANA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, editorial Porrúa 2005, México. P. 373

1.6.1 FERTILIDAD E INFERTILIDAD

En estos tiempo de modernidad y de una vida llena de tecnología, consumismo existe un gran número de enfermedades creadas por nuestro propio cuerpo que repercute en nuestro organismo dañándolo y provocando lesiones irreversibles entre estas esta la infertilidad o esterilidad.

Aunado a esto los cambios de sexualidad, la homosexualidad y las ganas de no deformar el cuerpo esbelto y curvilíneo que tanto les costo crear emocional y económicamente nos a llevado a este problema.

Se comenzara por definir en términos médicos que es Fertilidad: “es la propiedad de los organismos vivos para reproducirse, dando lugar a seres normales, con la conservación de sus características específicas de la especie”⁵⁷

En lo relativo a la Infertilidad tenemos los siguientes conceptos:

“Por infertilidad debe entenderse la incapacidad de la pareja o del individuo (mujer) para poder llevar a termino la gestación con un producto vivo, después de dos años de exposición regular al coito, sin uso de métodos de anticonceptivos.”⁵⁸

“Infertilidad: es la incapacidad de la mujer para llevar a una época viable y sano un producto que ha sido concebido, en dos o más gestaciones consecutivas.

Infertilidad primaria: es aquélla en que la mujer nunca ha logrado un producto vivo, es decir, todos sus embarazos han fracasado.

Infertilidad secundaria: es aquella en que previamente a su actual infertilidad ha logrado uno o más productos vivos y sanos.

⁵⁷ VERDUZCO PARDO Gabriel, Médico gineco-obstetra , Esterilidad Conyugal. Noriega Editores, Editorial Limusa, México 1987. P. 20.

⁵⁸ ISSSTE Jure, Normatividad, Norma oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993, de los servicios de planificación Familiar 30/05/1994, 5 Disposiciones Generales , 5.6.1 Identificación y manejo de casos de esterilidad e infertilidad , pagina de Internet juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/244/11. Citado el 21 de marzo del 2008.

Infertilidad relativa: cuando la causa de la infertilidad es susceptible de corrección

Infertilidad absoluta: cuando no existe solución terapéutica.

Infertilidad de repetición: cuando hay pérdida sucesiva de dos o más gestaciones, intercalándose entre ellas un hijo vivo y sano.

Es fácil entender que la pérdida recurrente del embarazo o aborto habitual, es un problema perturbador tanto para la paciente como para el médico; por ello tiene gran importancia el tema de la infertilidad.”⁵⁹

“Infertilidad: En el diccionario, infertilidad y esterilidad son palabras sinónimas. Sin embargo un modo puramente convencional, hemos dado en llamar esterilidad a la falta de fecundación, e infertilidad a la falta de descendencia. Esto requiere decir que el aborto habitual que priva a la mujer de un modo total de hijos, se incluye en ella la muerte habitual del feto y del recién nacido. De este modo, en el lenguaje médico común, decimos que una mujer es estéril cuando no ha tenido embarazos, y que es infértil cuando no ha tenido hijos.”⁶⁰

1.6.2 ESTERILIDAD

Se podría pensar que la infertilidad y la esterilidad son lo mismo y no es así ya que varían en tiempo y los métodos que se utilicen.

La definición que proporciona la normatividad de la Ley del Instituto de Seguridad Social De los Trabajadores al Servicio del Estado es la siguiente, “por esterilidad debe

⁵⁹ VERDUZCO PARDO, Gabriel Y VERDUZCO GUIJAR, Alejandro, Infertilidad, Noriega editores, Limusa, México, 1990, P. 13, 15-16

⁶⁰ BOTELLA LLUSIA, J.; CABALLERO GORDO, A.; CLAVERO NÚÑEZ J.A.; Y VILAR DOMINGUEZ, E., Esterilidad e Infertilidad Humanas, Segunda edición, ed. Científico-Medicinas, 197; Barcelona, vía layetana, 53 Madrid-México.p.5

entenderse la incapacidad que presenta un individuo, hombre o mujer o ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un periodo mínimo de 12 meses de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos" ⁶¹

Otras definiciones médicas son las siguientes.

“Esterilidad: es la incapacidad de la pareja para lograr un embarazo en un término de 12 a 18 meses de vida sexual activa sin seguir algún método anticonceptivo. Esto se refiere a un estado de la mujer en el cual no puede concebir, o el hombre es incapaz de fecundar.

La esterilidad puede ser un problema de uno de los miembros de la pareja, o bien, puede ser de ambos.

Sin embargo, la esterilidad no sólo es un problema de carácter médico, sino también de carácter emocional. Millones de parejas que se forman y cohabitan todos los días, unen sus vidas, en la mayoría de los casos, con la intención de procrear. Esperan ansiosamente la llegada de un niño, sueñan apasionadamente, con ver crecer, educar y formar a un hijo. Un bebé, que se convierte en infante, en adolescente, joven y adulto.

La esterilidad, es la forma en que se denomina médicamente, el problema que consiste en el impedimento de carácter natural, que hace difícil, y en ocasiones imposible, que pueda lograrse la concepción entre la célula esperma y óvulo.

La ciencia conoce bien, cuales son esas causas, de la esterilidad; y siendo el humano un ser racional, ha creado la tecnología para la solución de los problemas humanos, aplicando la ciencia, en estricto apego a los valores de la ética. Para poder de esa forma, solucionar el problema de esterilidad.

⁶¹ ISSSTE Jure, Normatividad, Norma oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993, de los servicios de planificación Familiar 30/05/1994, 5 Disposiciones Generales, 5.6.2, pagina de Internet juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/244/11. Citado el 21 de marzo del 2008.

La solución a éste problema se llama: reproducción humana asistida.”⁶²

En términos médicos existen tres tipos de esterilidad y son:

“Esterilidad fisiológica

Es un hecho indudable el que no todos los coitos son fecundos. De ahí que haya que admitir una esterilidad fisiológica. Cabe definir ésta como la incapacidad temporal de concebir de una mujer, por otra parte normal y capaz de tener o haber tenido descendencia. La mujer es estéril fisiológicamente entre la pubertad y la nubilidad, y unos años antes de la menopausia. Algunas veces, no siempre, lo es durante la gestación. Si nos referimos a la pareja en su conjunto, también puede haber una esterilidad fisiológica de origen masculino.”⁶³

“Esterilidad Patológica

Si la capacidad de reproducirse es una propiedad inherente a la materia viva, hablar de esterilidad patológica es evidentemente una redundancia. En realidad, lo que debería decirse no es esterilidad patológica, sino esterilidad permanente.”⁶⁴

“Esterilidad relativa

Llamamos esterilidad relativa a la disminución de la capacidad de concebir, sin llegar a faltar ésta de un modo completo.”⁶⁵

La esterilidad como la infertilidad son dos trastornos fisiológicos que pueden afectar tanto al hombre como a la mujer provocando, la falta de procreación, los avances tecnológicos nos ha permitido corregir todos estos trastornos y solo en caso de no conseguir que estos puedan sanar se recurre a las técnicas de inseminación artificial.

A continuación enunciare cada uno de los métodos de reproducción asistida conocidos.

⁶²ESQUIVEL ZUBIRI Jorge Luis, Tesina. Óp. Cit., Sin pagina

⁶³BOTELLA LLUSIA, J.; CABALLERO GORDO A.; VILAR DOMINGUEZ E. y CLAVERO NUÑEZ J.A. Óp. Cit. p. 4

⁶⁴ Ibídem, p4

⁶⁵ Ibídem, p.5

1.6.3 INSEMINACION IN VITRO

La inseminación artificial en cualquiera de sus formas es en la actualidad uno de los descubrimientos mas importantes de nuestra era ya que da la oportunidad de poder concebir aun cuando el cuerpo no responda a esta función.

Es provechoso y benéfico para unos cuantos ya que estas técnicas tan avanzadas es sólo para quien pueda pagarlas, los avances tecnológicos no son para todos sólo para aquellos con posibilidades económicas y que nos da como resultado un mercado de oferta y demanda, se ofertan óvulos, espermatozoides y úteros, al mejor postor. Y por lo tanto consecuencias jurídicas que no son previstas y dejan grandes lagunas jurídicas y por lo regulan llegan a solucionarse solo cuando existe intereses políticos o económicos en disputa.

“La actual situación de la evolución científica nos hace comprender que no se ha tocado techo sino que es el inicio. En las próximas décadas se sucederán nuevos y deslumbrantes logros en el terreno de la genética y de las técnicas de asistencia a la reproducción humana.”⁶⁶

“Se puede decir, sin embargo, que los primeros intentos confirmables de la práctica se realizaron a fines del siglo XVII por MALPIGHI y BIBBIENA que intentaron fecundar huevas de gusano de seda. Y ya en el siglo XVII ELKHEIN y JACOBI lo probaron en truchas y pájaros.”⁶⁷

“Hasta avanzado dicho siglo no fueron coronadas con éxito las inseminaciones propiamente dichas. No obstante, y quizás en el terreno de lo anecdótico, parece que el primer intento en humanos se produce en España en el siglo XV MUNZER en su

⁶⁶ MORO ALMARAZ Ma. Jesús, aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Librería Bosch, Ronda Universidad, Barcelona 1988, p. 27

⁶⁷ MALPIGHI Y BIBBIENA; Aborto, eutanasia y fecundación artificial; Barcelona, 1954 p.22; citado por MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 27

intinerarium por España y Portugal (1494-1495), relata, y así lo recoge MARAÑÓN⁶⁸, “cómo se llevo a cabo por médicos españoles cierta práctica eutelegénica en la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV, con esperma de éste, aunque según el mismo comentarista, no obtuvo éxito por ser el rey estéril.”⁶⁹

“Importantísimas se han considerado las experimentaciones del abate naturalista SPALLANZINI. En 1779, prosiguió sus prácticas en vivíparos, con resultados positivos en una perra de raza Barbets, de la que nacieron tres crías.”⁷⁰

“En 1785”⁷¹, “se dan noticias de las primeras pruebas en humanos. THOURET, decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a su mujer estéril gracias a una inyección intravaginal de su propio semen con una jeringa de estaño.

Por esos años, en España se llevaban a cabo los primeros ensayos. El Catedrático de Obstetricia de la Facultad de Medicina de Valencia, doctor Sancho Martín, presentó un aparato ideado por él para la ejecución de las inseminaciones a la Sociedad Ginecológica Española. Le opusieron gran resistencia; algunos creían en su eficacia y, en general, lo estimaban contrario a la moral de la mujer, el hombre y el médico.

Definitivamente, al concluir el siglo XIX la Inseminación Artificial había prosperado cualitativamente de forma absoluta. Sin embargo, la generalidad de uso no era una realidad, sino que la implantación social, incluso la aceptación por la profesión médica, era lenta. Se resaltan los problemas morales y jurídicos y eso detiene un tanto su avance.”⁷²

“En estados Unidos de Norte América es el primer país que crea un banco de semen y esto se realiza porque muchos de los soldados que participan en la segunda Guerra

⁶⁸ MARAÑÓN, G. Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo, 12ª, ed. Madrid, Espasa-Calpe, 1975, p.67; citado por MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 27

⁶⁹ DAVID. D. L'insémination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation. París, ESF.1984, p. 15; citado por MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 27

⁷⁰ MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 28

⁷¹ . D. L'insémination artificielle humaine. Un nouveau mode de filiation. París, ESF.1984. p. 18; citado por MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 28

⁷² MORO ALMARAZ Ma. Jesús, Óp. Cit. p. 28 y 29

Mundial querían procrear un hijo y empezaron a mandar su semen para inseminar a sus esposas y poder procrear aun estando ellos en plena Guerra, se podría decir que con esto se realizaron varios embarazos pos-morten, ya posteriormente esta técnica es una de las primeras utilizadas en la década de los 70. Esta práctica aparece como remedio en los casos que la mujer presenta una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos.

En 1978 se logra en Gran Bretaña, la primera fecundación de un ser humano fuera del vientre humano. Excluyéndose con ello el acto sexual, lográndose la concepción del espermatozoide y el óvulo en una placa de laboratorio.”⁷³

La Fecundación In Vitro (FIV) “es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando no se ha logrado por el mecanismo natural.

Para ello es preciso:

- A) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación,
- B) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado,
- C) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo
Esperando que la fecundación in Vitro se produzca.

Algunos especialistas médicos consideran que, para ser más exactos en los términos, debería hablarse de fertilización extracorpórea en vez de fecundación in Vitro, dado que la primera implica el momento en que se fertilizó el espermatozoide con el óvulo y la segunda sería el momento de la implantación.

⁷³ Óp. Cit. Jorge Luis Esquivel Zubiri, sin página, Tesina. Citado el 14 de abril del 2009, pagina de internet <http://www.tuobra.unam.mx/obrasPDF/publicadas/030506000248.html>

Cuando los embriones producidos por la fertilización in Vitro se llevan al interior del útero, estamos frente a la fecundación in Vitro con transferencia de embriones (FIVTE).

Estas son las técnicas más estudiadas y practicadas, aunque existen otras variantes como la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), la técnica de Kraft y la del lavado de uterino.

Las posibilidades de la fecundación in Vitro son:

Tipo de esterilidad	Esperma	Ovulo	Útero
Madre estéril con capacidad de concebir	Padre	Madre	Madre
Padre estéril. Madre con capacidad de concebir	Donante	Madre	Madre
Madre estéril capaz de gestar	Padre	Donante	Madre
Pareja estéril. Madre capaz de gestar	Donante	Donante	Madre
Madre estéril e incapaz de gestar	Padre	Donante	Sustituta
Pareja estéril y madre incapaz de gestar	Donante	Donante	Sustituta
Pareja Fértil y madre incapaz de gestar	Padre	Madre	Sustituta
Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril	Donante	Madre	Sustituta

Sustituta= madre sustituta

La fecundación in Vitro con transferencia de embriones puede realizarse con gametos de la pareja o donantes y la transferencia se hace en el útero de la mujer que forma parte de la pareja o en otra ajena; en el último caso, estamos frente a lo que se ha llamado maternidad subrogada o de sustitución.

En España, es el Instituto DEXEUS de Barcelona el que inicia los estudios de la fecundación in Vitro en 1982. En julio de 1984 el equipo dirigido por el Dr. Barri logra el nacimiento de una niña por medio de esta técnica.

En este año 1984 se producen los primeros casos de embarazos en que la madre genética no coincide con la gestante. En el Monash University de Melbourne Center de Torrance (California) se inseminó a una mujer fértil con semen del marido de una mujer

estéril. Se extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera trasplantándolo en el útero de la segunda, donde se desarrolló el resto de la gestación.

Estas técnicas han continuado desarrollándose, hasta conseguir la maternidad por subrogación o de sustitución. Es decir que se gestan hijos por otras mujeres imposibilitadas para hacerlo, sea por falta de útero o por existencia de contraindicaciones graves al embarazo. Este hecho ha causado una verdadera conmoción debido a las implicaciones éticas que conlleva, especialmente, porque la mayoría de las mujeres que se prestan a llevar el embarazo de sustitución lo hacen motivadas por las fuertes remuneraciones que reciben.

Los problemas jurídicos que plantea la fecundación in Vitro aumentan cuando, para poder realizarlas, se tiene que recurrir a gametos – Óvulos, espermatozoides- de una tercera persona extraña a la pareja; es decir al donante.

Se entiende por donante aquella persona –hombre o mujer -- que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo una fecundación in Vitro.”⁷⁴

“Algunos consideran que la donación de gametos es equiparable a la donación de sangre. Disiente de esta opinión, entre otros, Eser, quien considera que no se puede equiparar, puesto que la sangre se integra en el cuerpo de un tercero y el gameto da continuidad a la propia persona.”⁷⁵

“La fecundación in Vitro con donante de semen produce la intromisión de material genético extraño en el seno del matrimonio o de la pareja estable. A su vez, la donación de un óvulo para ser fecundado con el espermatozoide del marido o conviviente de la mujer produce un resultado equivalente.

⁷⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. P. 15, 16,17.

⁷⁵ ESER, A., La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética, en vol. Ingeniería genética y reproducción asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes gráficas Benzal S.A. , Madrid, 1989, p. 282; citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. p. 61.

Sin embargo, las distintas formas de donación de óvulo conllevan problemas más complejos que una donación de semen. Cuando una mujer se le extrae un óvulo para ser fecundado e implantado intracorporeamente en otra (donación de óvulo) o cuando tras fecundación intracorporal, se extrae el óvulo y se implanta en otra mujer para la correspondiente gestación (transplante o transferencia de embriones tras fecundación extracorporal), no sólo presenta una mayor complejidad médica sino, también jurídica, al producirse situaciones de doble maternidad.

De otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas de congelación de semen ha conducido a la creación de bancos de semen y embriones. La congelación de óvulos humanos no está resuelta, de ahí que aún no pueda utilizarse.”⁷⁶ “La existencia de estos bancos han facilitado la aplicación de la fecundación in Vitro con transferencia de embriones (FIVTE) con mayor eficacia, ya que las posibilidades de éxito con las donaciones con material fresco eran más reducidas. ”⁷⁷

1.6.4 Maternidad subrogada

“La maternidad subrogada es una de las más controvertidas de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea. El término “*maternidad subrogada*” viene de la traducción inglesa “surrogate motherhood”. También se denomina esta figura como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero. Esta última denominación se considera inadecuada, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no sólo el útero.

Puede recurrirse a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:

- cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y de útero;

⁷⁶ DE LA FUENTE P. Presente y futuro de la Fertilización in vitro y transferencia de embriones, en vol. En Ingeniería genética y reproducción humana asistida, edición de Marino Barbero Santos, Artes gráficas Benzal S.A., Madrid, 1984, p.99; citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. 61.

⁷⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Óp. Cit. P.62

- cuando la mujer de la pareja estéril presenta, anomalías en el útero pero tiene ovarios normales;
- cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas;
- cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación in Vitro de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido;
- cuando una pareja de hombres homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.”⁷⁸

“Se señala, también, que con la maternidad subrogada se distorsiona la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada con el objetivo de entregar al hijo después del parto. Si la mujer durante el proceso de gestación, se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del contrato, puede adoptar una actitud fría frente al producto. Esto le hará más fácil la entrega del niño después del parto, pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercadería, lo cual podría afectarlo psicológicamente. A la inversa si la mujer tiene una relación normal con la criatura que gesta, se produciría lo que llaman los psicólogos una “*maternidad sentimental*”. Es decir, habrá lazos muy fuertes entre gestante e hijo, los que serán cortados al entregar la mujer al niño después del parto, con el daño consiguiente para el desarrollo futuro de éste. En las dos situaciones posibles el niño recibe un serio daño psicológico.”⁷⁹

“La maternidad subrogada debe ser desestimada, porque comporta una grave lesión a la dignidad humana, especialmente cuando realiza por medio de un contrato oneroso. Citando a Jacques Robert, no se puede aceptar la maternidad de sustitución, porque *ni la*

⁷⁸ *Ibidem*, p. 197,198

⁷⁹ WALLIS, C., Los nuevos orígenes de la vida, en Rev. Time, USA; 10 de septiembre de 1984. Al ser entrevistada una madre subrogada señala que se está condicionando así misma para no ligarse demasiado al bebé por no ser de su marido. “No quiero verlo al nacer, tal vez, una fotografía más adelante”. Citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Óp. Cit.* p.201.

mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercadería”.⁸⁰

“El Dr. Egoscue, señala que la maternidad subrogada nunca debe aplicarse por razones de comodidad y que sólo debe aceptarse en aquellos casos en que la mujer es incapaz de llevar a cabo el embarazo. Agrega que solo debe permitirse cuando se hace como una prestación desinteresada, sin que medie compensación económica.”⁸¹

“Definición de 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. En esta definición no se incluye el caso en que la madre, además de alquiler de organismo aporta su óvulo, porque en esta situación se trataría de *“una venta de hijo”*. Aquí, la mujer es la madre genética y biológica o de gestación.

Sin embargo, en los Estados Unidos de Norteamérica la forma más usada de maternidad subrogada es la inseminación de la mujer con semen del hombre de la pareja contratante. Así Keane define la maternidad subrogada, como el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.”⁸²

“La mayor parte de los autores entiende que madre subrogada es una mujer fértil que acuerda, mediante *“contrato”*, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión –formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma de esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura. Una

⁸⁰ ROBERT. J., La revolution biologique en génétique face exigences du Droit, Actes Sud, Artes, 1985; citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. p. 201

⁸¹ EGOSCUE, J. Informe presentado a la comisión especial de estudios de la fecundación in vitro y inseminación artificial humanas del congreso de los Diputados, Madrid, 1985. Citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. P. 202

⁸² KEANE, N. y BREO, D. The surrogate mother, en Everest House Publishers, New York 1981. P. 12, citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. P. 204

vez nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.”⁸³

Y para concluir el presente capítulo en definitivo la maternidad es decisión de la persona que quiera afrontarla, tenerla, adquirirla, deseársela y todo lo que conlleva criar y crear a un ser humano, emocionalmente trae consigo muchos trastornos los cuales no son prioridad de este trabajo; lo más importante es establecer en los legisladores de nuestro país conciencia de que la maternidad subrogada no es un contrato ni la prestación de un servicio, sino una forma diferente de maternidad que conlleva los mismos derechos y obligaciones hacia la criatura, no importando la manera que se halla concebido, lo importante es que se proteja jurídicamente al recién nacido con los derechos primordiales de los derechos del niño a tener un nombre, una identidad, nacionalidad a no ser discriminado por su procedencia y tener una familia.

Es importante puntualizar que ahora en el Distrito Federal se ha votado a favor de la maternidad subrogada dando paso a la creación de una ley para regularla, misma que fue aprobada el 30 de noviembre del 2000 y aun se encuentra pendiente de publicación.

⁸³ COLEMAN, P., Surrogate motherhood. Analysis of the problems and suggestions for solutions, en Tennessee, Law Review 50, USA, 1982, pp. 71 y 75, citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Óp. Cit. P. 205

CAPITULO II

FILIACIÓN

2.1 ¿Que es la Filiación?

El resolver la filiación del recién nacido no es solo una solución, sino una pequeña solución ya que implica más que la filiación, si el producto nace con malformaciones y los padres genéticos se niegan a adoptar al recién nacido la madre biológica o gestante ¿podrá solicitar una pensión para la manutención?, no solo se debe reformar la legislación civil federal sino también la legislación general de salud, la cual podría tener sanciones para los padres solicitantes que se nieguen a adoptar al recién nacido como prohibirles, tener otra oportunidad para solicitar cualquier tipo de inseminación artificial indefinidamente, y en la legislación civil también tenerles sanciones para que jamás adopten; quizás parezca drástica las medidas pero que tal si tu fueras el recién nacido rechazado y que solo por estar mal física o mentalmente y el experimento no resulto te dejo a tu suerte y busco un mejor recipiente para ver si ahora si sale algo que me guste o por lo menos este sano.

Es importante mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal actualmente reconoce la filiación hacia los padres del recién nacido aun cuando éste haya nacido por medio de las técnicas de inseminación artificial.

“Certeramente puede afirmarse que el hombre es un ser social, y ha tenido a la formación de grupos de convivencia; también que éstos han respondido a las diferentes necesidades y al grado de *“civilización”*. Por eso, la colectividad puede ser natural; la familia en sentido amplio (convivientes ligados por vínculos de sangre o afectivos) puede aceptarse como institución socio-cultural; y la familia fundada en el matrimonio debería estimarse como institución jurídica, o religiosa, porque ha sido acotada por el derecho, o las normas religiosas, y regulada por ellos de forma más o menos completa.

Se dice, en cambio, que la familia es la más antigua institución humana, y que permanecerá de uno u otro modo en el curso de la supervivencia de nuestra especie. Y se hallará más cercana o lejana a la poliandria o a la poligamia según predominen con diferencia las mujeres o los hombres; y a la monogamia cuando el número se equilibre, al margen de otras connotaciones de regeneración de la especie, condicionando a su vez las relaciones paterno-filiales.”⁸⁴

“Hay sin embargo, un desarrollo histórico de la familia fundada en unas relaciones sexuales de base, bien promiscuo o monógamo en continuidad o por etapas, avanzando en una tipología familiar matriarcalista o patriarcalista con sentimientos extremos de propiedad de los hijos por parte de la comunidad o de la pareja.”⁸⁵

Pero a todo esto ¿qué es la Filiación? “La filiación proviene del latín filatio-onis, de y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole.”⁸⁶

“El esquema a través del cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base el sustento constitucional, todo hombre y mujer tienen derecho a decidir, libre e informada y responsablemente sobre el número y espaciamento de sus hijos, consagrado en el artículo 4º de nuestra Constitución, mismo que apunta, también, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Estos principios reflejan las tendencias sociales en nuestros días respecto de la procreación y de la atención de los (as) hijos (as); de las necesidades de control de la natalidad y de la planeación familiar; de la toma de conciencia en el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad. Tendencias que reconocemos también en instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos.

⁸⁴ Según Santo Tomas, la poliandria es contraria a la certeza de la paternidad de la prole y la poligamia a la igualdad. *Contra Gentiles*, L.III, C. 124; citado por MORO ALMARAZ Ma. Jesús, *Óp. Cit.* p. 173.

⁸⁵ Moro Almaraz Ma. Jesús, *óp. Cit.* p. 173

⁸⁶ CICU, Antonio, *El Derecho de Familia*; trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1947; Citado por *Diccionario Jurídico Mexicano*, *Óp. Cit.*, p. 1447

El primer problema a resolver en esta corriente actual sigue siendo el señalado por Montesquieu en el Espíritu de las Leyes encontrar el (la) progenitor (a) que se haga cargo del nuevo ser esta es la razón jurídica de la institución que observamos en este punto.

A partir de estos principios se estructura el sistema mexicano de la filiación, que recibió la influencia de los sistemas jurídicos romano y canónico, en los cuales se enuncian otros principios básicos que son: la maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del (la) hijo (a) y cada hijo(a) solo se le puede atribuir un padre y una madre. Estos principios supuestamente deben ser aplicables a toda relación de filiación. Sin embargo, dada la complejidad de la naturaleza humana las variantes a la estructura del derecho maneja como “ideal” son múltiples. Empezando por lo más sencillo; la procreación no siempre se da en los límites de un matrimonio, por ello, el derecho mexicano a tenido que clasificar en dos rubros iniciales las normas sobre filiación; aquellas referidas a hijos habidos en matrimonio y aquellas referidas a los hijos fuera de tal institución.

La filiación de los (as) hijos (as) habidos (as) en matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio del padre y de la madre (artículos 324 y 340 C.C.F.). Aquella de los (as) hijos (as) ávidos fuera del matrimonio se establece con relación a la madre, por él solo hecho del nacimiento, y respecto del padre, sólo el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (artículo 360 C.C.F.)”⁸⁷

“Las relaciones jurídicas derivadas de la paternidad y maternidad nacen respecto de determinadas personas (el padre y la madre respecto de su hijo), cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar es estado civil o de la familia de esa persona.

⁸⁷ PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Derecho de Familia, 1990, clasificación K780. 113/P414D, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, p 55 y 56. citado el 30 de agosto del 2008.

En este sentido, la filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia, que en su estructura sociojurídica es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera.”⁸⁸

En la actualidad este modo de ver la filiación ha cambiado por los avances biotecnológicos y la inseminación artificial. “Se tenía la idea que el descendiente se originaba forzosamente como resultado de un coito entre esposa y esposo, y así se tenía el aforismo que dice *“pater est quem nuptiae demonstrant”* que en español moderno se puede trasladar diciendo que es padre de un descendiente el que prueba el matrimonio, pero hay que hacer notar que ahí la palabra “padre” se identifica con la de “progenitor”, porque hoy día ya no es siempre lo mismo el “padre” que el “progenitor” ni tampoco la “madre” que la que concibe” .⁸⁹

“La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas, Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél. Tradicionalmente se la conceptúa como el vínculo jurídico o el lazo de parentesco (el parentesco es una situación jurídica) que une al padre con el hijo”⁹⁰. “Su definición como integrante del estado, atributo de la

⁸⁸ FUEYO LANERI, Fernando; Derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta y litografía Uribe, S.A. 1959, t,VI, La Familia, vol.1, p.435. . “El hijo natural tiene un estado civil, que constituye una situación jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto...

El estado de hijo natural, tiene una exteriorización que es el título de estado, tal documento fehaciente que acredita legalmente ese estado civil (Gatti),. También se ha estimado que el título de estado es el fundamento jurídico,. En ese sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado, es el título fundamento. Lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado de cónyuge”. Citado por GALINDO GARFIAS Ignacio, Estudios de Derecho Civil, DR © 1981 Universidad Nacional Autónoma de México, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Ciudad Universitaria, México 20 DF. Dirección General de Publicaciones, Impreso y Hecho en México, citado el día 09 de febrero del 2009 .de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=876>

⁸⁹GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, 2004, p. 412

⁹⁰ LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., La filiación, Buenos Aires, 1976, Cap. I. Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación, DR © 1986. Rbinzal- Culzoni, 9 de julio 3573, Santa Fe, República Argentina, citado el día 9 de febrero del 2009, en la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1413/pl1413.htm>, p. 13

persona física, es sugerida por Puig Peña. Para este autor, la filiación es “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que liga a un tercero”⁹¹

“La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos complementan la juridicidad del hecho biológico, ya primordial dado que marca el comienzo de la existencia de la persona. La determinación legal de los mentados efectos jurídicos obedece a inexcusables exigencias de orden social que reclaman la regulación por el Derecho Positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias pues nacen y reposan en el Derecho Natural.”⁹²

“El hecho biológico de la generación es siempre el mismo, cualquiera que haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. El contenido del nexo jurídico ofrece variantes históricas y en la legislación actual, que precisamente han tomado en consideración según particulares valoraciones e influencias circunstanciales, la distinción entre hijos concebidos o nacidos de padres unidos en matrimonio e hijos concebidos o nacidos de padres no casados entre sí, incluso admitiendo sub-distinciones según que existiera o no obstáculo a la celebración del matrimonio y la especie de éste (vínculo matrimonial, parentesco). La efectividad del complejo jurídico puede resultar inexistente cuando es imposible establecer la identidad del sujeto o sujetos correlativos al hijo, situación relativamente frecuente. A su vez, efectos típicos de la filiación han sido atribuidos al margen del nexo biológico mediante la institución de la adopción, que no es, por lo tanto, auténtica filiación.

La filiación legítima se presenta históricamente unida al matrimonio y al consideración social y jurídica que lo rodean a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. Sus antecedentes se confunden e integran con los del concubino y cubren casi

⁹¹ GATTI, Hugo E., Reconocimiento de hijos naturales, Montevideo, 1953, Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. p. 13

⁹² MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Óp. Cit. P. 13 y 14.

íntegramente la evolución del Derecho de Familia. Por el contrario, los antecedentes de la filiación extramatrimonial revisten caracteres propios.”⁹³

“La literatura y algunos antecedentes jurídicos griegos ponen en evidencia la privación de derechos que afectaban a los hijos no matrimoniales. Borda recuerda, por ejemplo, que las atenienses hijas naturales no podían casarse con ciudadanos”⁹⁴

“En los primeros tiempos de Roma no puede distinguirse entre los hijos por causa del matrimonio o no matrimonio de sus padres, pues en el período pagano sólo existía el parentesco civil o agnación, que se basaba sobre la potestad, de manera que el hijo nacido fuera del matrimonio no se ligaba ni el padre ni a la madre; la distinción entre paternidad legítima y paternidad natural careció de sentido.”⁹⁵ “En el derecho Justiniano se distinguen las siguientes categorías de hijos fuera del matrimonio: los *liberi naturali*, hijos de concubina; los *liberi Sauri*, hijos de baja condición o de vida deshonesta; los *liberi adulterini* y los *liberi incestuosi*, nacidos de una unión prohibida por razón de ligamen o parentesco. Sólo los *liberi naturali* gozan de ciertos derechos, por ejemplo hereditarios, eran considerados parientes de sus padres y podrían ser legitimados, habiéndoselos admitido a la adopción por el progenitor desde el emperador Anastasio, adopción vedada posteriormente por Justino y por Justiniano. Este emperador amplió sus derechos de manera que el desfavor con que se los trataba antes de la codificación fue mitigado durante su imperio hasta verse convertidos en herederos legítimos. Pero si bien las reformas de los emperadores de los últimos siglos estuvieron inspiradas en el derecho natural y en la ética cristiana visible en la Nov. 89, c. 9 de Justiniano, sin embargo en ningún momento se intentó equipararlos a los legítimos”⁹⁶

“En el derecho germánico primitivo el hijo natural recibió un severo tratamiento, atenuado por la penetración del derecho romano. Se les reconocían derechos sucesorios entre los

⁹³ *Ibídem* p. 14

⁹⁴ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil., Familia*, 7ª ed., Buenos Aires, 1984, T. II, No. 604. Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Óp. Cit.* p. 15.

⁹⁵ GATTI, Hugo E., *Reconocimiento de hijos naturales*, Montevideo, 1953,; Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Óp. Cit.* p. 15.

⁹⁶ CAFFERATA, José Ignacio, *La filiación natural*, Córdoba, 1952, Cap. I, Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Óp. Cit.* p. 15.

lombardos, los visigodos y los francos. El sistema romano impuso finalmente y en el siglo XVI todos los hijos fuera del matrimonio, aun los adulterinos e incestuosos, quedaron asimilados a los naturales pudiendo reclamar alimentos.”⁹⁷

“El cristianismo influyó enormemente para mejorar la situación de los hijos de Dios, sin perjuicio de destacar el valor temporal y sobrenatural del matrimonio, entendiéndose que si, por Derecho Natural, todos los hombres nacen iguales, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos está preestablecida por normas morales que regulan la conducta humana y no se rige exclusivamente por aquél, sino que caben aspectos que el derecho positivo debe prever con miras al bien común”⁹⁸. “En particular, la Iglesia Católica admitió a los hijos naturales a la investigación de la paternidad, a la legitimación, puso de relieve los deberes morales paternos reconociendo el derecho de todos los hijos de ser sustentados, cualquiera que fuera su origen. A pesar de la influencia del cristianismo, la situación de los hijos fuera del matrimonio conservó caracteres de dura inferioridad durante la Edad Media.

La equiparación hereditaria entre los hijos legítimos y los naturales (no adulterinos e incestuosos) apareció por primera vez en la ley francesa del 12 Brumario del Año II, en plena época revolucionaria, pero prohibiéndose al mismo tiempo la investigación de la paternidad. El Código Napoleón restableció las desigualdades y mantuvo esa prohibición. Pareció entenderse que como la relación de filiación comporta derechos y obligaciones, esos derechos y obligaciones sólo podían tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre. Como resultado de este razonamiento se arribó a la prohibición de investigar la filiación pero, en concesión a la tradicional sólo se vedó la investigación de la paternidad y no la de la maternidad”⁹⁹.

“En el derecho histórico español, los hijos ilegítimos eran los habidos fuera del matrimonio y se clasificaban en distintas categorías cuyos conceptos figuran o se deducen de varias

⁹⁷MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. p. 15 y 16.

⁹⁸ IRIBARNE, Ramón, La Filiación legítima e ilegítima, en L.L. 120, 1012, I. Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. p. 16.

⁹⁹RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de derecho civil, trad. De García Daireaux, Buenos Aires, 1963, T. III, No. 1757. Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. P.16 y 17,

leyes de las Partidas 4 y 6: naturales, nacidos de barragana, esto es de concubina que debía ser una sola y no virgen ni viuda honesta, y de hombre soltero que a la época de la concepción pudiese casarse con ella; fornecinos nacidos de una relación entre parientes o de una mujer ligada con voto de castidad; mánceres o spurii, nacidos de prostituta. El concepto de hijo natural fue modificado por la Ley II de Toro que pasó a la Nueva y a la Novísima Recopilación, comprendiéndose en esta categoría a todos los padres de hijos que a la época de la concepción del hijo o de su nacimiento, hubieran podido casarse sin dispensa, siempre que el padre los reconociera. En general, los hijos naturales tenían derecho a alimentos si habían sido reconocidos, y podían ser legitimados.”¹⁰⁰

“La investigación de la paternidad fue rehusada en casi todas las legislaciones hasta el siglo pasado, con excepciones (por ejemplo Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Austria, Prusia).

En el transcurso del presente siglo, (la autora hace referencia al siglo XX) especialmente de estos segundos cincuenta años, un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, se ha definido en prácticamente todas las naciones del mundo, eliminándose en gran medida la diferenciación resultante de la situación legal de los progenitores.”¹⁰¹

“La filiación no es una institución creada, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en el interés social”¹⁰². “La filiación es, en principio, una relación biológica entre progenitores y descendientes, la cual tendrá consecuencias jurídicas después de su establecimiento en los términos decretados por la Ley.

¹⁰⁰ Ver sobre antecedentes históricos de la filiación ilegítima; Cafferata, op. Cit., Cap I a IV; Gatti, op. Cit., Introducción; Albaladejo García, Manuel, El reconocimiento de la Filiación natural, Barcelona, 1954, Cap. I. El senador Brasco se refirió a dichos antecedentes en su exposición en el Senado de la Nación (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 25ª reunión, 16ª sesión ordinaria, septiembre 26 de 1984, p. 2233 y ss.). Citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. P. 17.

¹⁰¹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Óp. Cit. P. 17,

¹⁰² Óp. Cit. BRENA SESMA Ingrid, obtenido el 13 de febrero, mediante la pagina de Internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1334>, p 85.

Normalmente coincide filiación biológica y jurídica, pero no siempre es así. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no son reconocidos voluntariamente por sus progenitores, estaremos frente a un caso de filiación biológica pero no jurídica. También puede darse el caso contrario, una filiación jurídica sin sustento biológico, tal sería el caso, si el marido de la madre no es realmente el padre, o el hombre o la mujer reconocen a un hijo extramatrimonial no engendrado por ellos. Caso aparte es el de la filiación adoptiva en que la relación jurídica se basa en el consentimiento manifestado y no en la relación biológica.

Ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro de matrimonio, de atribuirle un estado jurídico además de proteger a la institución matrimonial y salvaguardar el honor y la cohesión de la familia.”¹⁰³

“La filiación de una persona se compone de elementos múltiples. El primer punto por determinar es el parto de la pretendida madre; tal mujer a tenido un hijo en tal época; esto supone, pues, conocido a la vez el hecho del parto y la fecha de éste,- En segundo lugar, es preciso establecer la identidad del hijo. ¿La persona que actualmente reclama la filiación es realmente el hijo que esa mujer dio a luz? Esa identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y, además, que no hubo sustitución de un infante por otro”¹⁰⁴.

“Es el vínculo que se establece entre el padre y el hijo, y entre éste y la madre. De ahí surge la filiación consanguínea o adoptiva, jurídicamente, esta relación implica más deberes y obligaciones por cumplir de parte de los progenitores, que derechos otorgados. La filiación que no se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio donde no

¹⁰³ ibídem. Pp. 85 y 86.

¹⁰⁴ MARCEL PLANIOL y RIPERT Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil; Tomo I, 2, Divorcio, Filiación e Incapacidades, Editorial Cajical, S.A.; Puebla, Pue., México, p.101 y 102. Sin embargo, existe una excepción relativa a la filiación natural; cuando esta filiación se establece en virtud de un reconocimiento voluntario, puede el padre darse a conocer primero, cuando la madre aún sea legalmente desconocida; puede acontecer también que nunca llegue a probarse la filiación materna. Acontece lo mismo si la investigación de la paternidad se funda en una confesión del padre.

se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio donde se determine si es o no hijo o hija del señor, de la señora o de la pareja.

En México, la filiación se basaba en un hecho de confianza y posteriormente en diferentes hipótesis legales, en las que el común denominador era aleatorio; es decir, no se podía determinar con la certeza de la actualidad, la verdadera filiación del hijo o la hija.

Deben revisarse la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, en cuanto a las normas de Derecho Familiar, para eliminar las que discriminan a los hijos por su origen o por las relaciones sexuales de sus padres; es decir, que desaparezcan los hijos adulterinos, incestuosos, expósitos, adoptivos, de padre desconocido, legitimados, de concubinato, naturales y de matrimonio.

En el nuevo Código Civil para el Distrito Federal, ya no existen; no discriminan más, en ninguna hipótesis a los hijos se les clasifica o califica y a la mujer le ha dado la igualdad que merece y sobre todo, ha ampliado la hipótesis para la investigación de la maternidad y paternidad, cuando esto sea necesario. Debe agregarse, que por primera vez en la historia jurídica de México, específicamente en el Derecho Familiar, se ha legislado sobre lo que se conoce como la prueba del ácido desoxirribonucleico, el cual va a determinar, prácticamente sin margen de error y en caso de conflicto, quién es el padre o la madre del hijo, que hora goza de seguridad jurídica, gracias a la biología molecular y a la genética humana.”¹⁰⁵

Dentro de nuestro Código Civil Federal no se encuentra una definición exacta de Filiación solo se asume por medio de ciertas circunstancias que se inclinan a un reconocimiento exclusivamente paterno ya que se presume inequívocamente la filiación materna, lo cual como se ha comentado con los avances de la tecnología y las técnicas de inseminación artificial actualmente se esta dudando de quien sea el progenitor, llámese padre o madre.

¹⁰⁵ GÜITRON FUENTEVILLA Julián, Nuevo derecho familiar en el código civil de México, Distrito federal del año 2000, México, Porrúa, 2003. p. 231 y 232.

Por lo tanto una definición acertada a esta situación actual de la Filiación es la relación jurídica, entre madre y padre y su hijo o hija, en el momento de su nacimiento, o el que se crea con la adopción.

2.2 Filiación materna

Comenzare por determinar que es la maternidad. En los términos más comunes para referirse al proceso reproductivo de la mujer son el embarazo, gestación y maternidad. El último es el empleado en la legislación laboral y de seguridad social; la razón puede obedecer a su amplitud conceptual al abarcar además del proceso fisiológico, periodos como la lactancia y el puerperio. La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno.

“Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, de la cual surgen derechos y obligaciones. En medicina, la maternidad es la función reproductiva de la mujer que comprende la gestación y el embarazo. La Ley General de Salud considera la maternidad como el embarazo, parto y puerperio. La gravidez se inicia con la fecundación y termina con el nacimiento del niño o la niña que médicamente se conoce como parto, aunque también se le llama alumbramiento”.¹⁰⁶

“Para establecer la filiación materna legítima, o sea, para probar que tal hijo ha nacido de tal mujer casada, hay que probar tres hechos distintos: 1º el matrimonio de esa mujer; 2º el parto de supuesta madre es una fecha determinada; 3º la identidad del hijo cuya filiación es discutida con el hijo cuyo nacimiento está demostrado.

No se volverá sobre la prueba del matrimonio. Por el contrario, se averiguará cómo se hace la prueba del parto y de la identidad. Pero hay que tener presente, desde ahora, que

¹⁰⁶ KURCZYN VILLALOBOS Patricia , Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo, año 2004, Biblioteca jurídica virtual, estantería de libros, pagina de internet www.bibliojuridica.org/estlib/resulib.htm?m=N; citado el día 30 de agosto del 2008.p. 122.

las únicas restricciones puestas por los redactores del Código Civil —que, por otra parte, no han considerado la prueba de la identidad en el capítulo de la filiación legítima concierne a la prueba del parto.

El parto es un hecho jurídico. Como tal, debería poderse probar por todos los medios, incluso por testimonios o por simples presunciones del hombre. Aleccionados por el ejemplo de procesos que fueron escándalo del siglo XVIII, los redactores del Código Civil mantuvieron las exigencias de la Ordenanza de Colbert sobre el procedimiento civil, que restringía las pruebas en esta materia.”¹⁰⁷

“La Filiación de una persona se compone de elementos múltiples. El primer punto por determinar es el parto de la pretendida madre: tal mujer ha tenido un hijo en tal época; esto supone, pues conocido a la vez el hecho del parto y la fecha de éste, —En segundo lugar, es preciso establecer la identidad del hijo. ¿La persona que actualmente reclama la filiación es realmente el hijo que esa mujer dio a luz? Esa identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y, además, que no hubo sustitución de un infante por otro.

Cuando se confiesen o prueben estos dos puntos, se ha establecido la maternidad, es decir, la filiación con respecto a la madre. Una vez establecida la filiación materna puede pasarse a la paterna.”¹⁰⁸

“La maternidad deriva de un hecho visible, el parto, que no puede permanecer ignorado por completo.”¹⁰⁹

Por lo tanto, la filiación materna se establece desde el momento del alumbramiento del producto de la concepción generando así una relación jurídica.

¹⁰⁷ MAZEAUD Henri y LEON Y MAZEAUD Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte primera V.III; La Familia, Constitución de la familia, Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1976; p. 257 y 258.

¹⁰⁸ Óp. Cit. Marcel Planiol y Georges Ripert, p. 102.

¹⁰⁹ Óp. Cit. MAZEAUD Henri y LEON Y MAZEAUD Jean, p.255.

En cuanto a la filiación no cabe la menor duda de quien es la madre ya lo dice el refrán “los hijos de mis hijas mis nietos serán, los hijos de mis hijos solo Dios sabrá”. Independientemente de quien haya aportado óvulos o espermatozoides, quien le da la vida y el alumbramiento, es quien debe ostentarse como madre de la criatura.

Pero con las nuevas tecnologías y avances científicos y los métodos de concepción estos mitos de quien da a luz no necesariamente debe ser la madre; en la maternidad subrogada es fácil de comprobar con la pruebas de ADN, la paternidad y la maternidad, ya que la madre jurídica puede o no aportar el ADN y este es el caso particular al cual me refiero en la presente tesis; por lo tanto, no sería la madre jurídica podría o no tener relación biológica y la filiación jurídica se demostraría por el contrato que dio origen a la maternidad subrogada.

2.3 Filiación paterna

Se dice en broma muchas de las veces que la paternidad es un acto de fe, bueno eso hasta antes que existieran las pruebas de paternidad, las cuales actualmente son muy socorridas por los hombres para deslindarse o cerciorarse de si se es o no el padre de la criatura de la cual le imputan la filiación.

En la actualidad se puede demostrar quien es el padre de un menor a través de la prueba de ADN. El código civil federal nos habla aun de presunción de la paternidad independientemente de cual haya sido su origen, un ejemplo de esto es lo que le sucede al tenista alemán Boris Becker:

“BERLIN; Miércoles 17 de Enero de 2001.- El ex tenista Boris Becker podría haber sido víctima de un complot de las mafias rusas, que habría utilizado a la modelo Angelika Ermakova para "robarle" el semen a través de sexo oral y luego usar los espermatozoides para concebir un hijo suyo a través de la inseminación artificial.

Así lo asegura en su edición de este miércoles el diario alemán "Bild", citando documentos de los abogados de Becker a los que dice haber tenido acceso, que agrega que todo fue parte de una estrategia para chantajear al tenista.

Según el diario, el año pasado Becker recibió una carta de la Ermakova en la que le decía que él es el padre de su hija Anna, nacida el 22 de marzo del 2000, y le exigía varios millones de dólares a cambio de su silencio.

Tras esa carta, prosigue el diario, Becker consultó a sus abogados y a su personal de seguridad, que logró conseguir un pañal usado del presunto hijo del ex tenista que fue utilizado para hacer un test de paternidad que resultó positivo.

La primera reacción de Becker fue de sorpresa, y reveló a sus colaboradores que él sólo había mantenido sexo oral con la madre de la niña.

Un médico, consultado por "Bild", sostiene que el "robo de semen" es técnicamente posible tras una relación oral.

"En el curso de los diez minutos siguientes a la eyaculación, la mujer tiene que escupir el semen en un recipiente. Este debe ser llevado a un ginecólogo. Allí el semen debe ser lavado con una sustancia especial para luego ser inyectado a la mujer en uno de sus días fértiles", asegura el médico Christoph Fischer en un artículo para el rotativo citado.

Ermakova ha presentado una demanda de paternidad contra Becker, cuya vista empezará el próximo 5 de febrero."¹¹⁰

Solicito que este le diera una pensión alimenticia por ser el padre, pero realicemos una reflexión si bien es cierto que es el padre biológico, mas no legitimo puesto que el no dio su consentimiento para que se utilizara su semen y fecundar a la mujer, pero muy a pesar

¹¹⁰ Obtenido de la pagina de internet, el día el 23de febrero del 2009 en la dirección

<http://www.emol.com/noticias/deportes/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=43478>

de esto no dejara de ser el padre claro sin una relación filial, la cual le pueda dar derechos y obligaciones sobre la criatura.

Ahora bien la paternidad no se puede determinar por el sólo hecho de estar casados civilmente ya que se da algunas de las veces que la mujer tiene relaciones extramatrimoniales y puede concebir un hijo de esa relación engañando al esposo y este creyendo que es su hijo lo registra como suyo y posteriormente se da a conocer la verdad, el Código Civil Federal determinar de que forma puede desconocerlo en el artículo:

“Artículo 335.- El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.”¹¹¹

“Entonces se podría definir a la filiación paterna como aquella que se determina ya sea por el reconocimiento o por sentencia.

La filiación legítima resulta del doble vínculo de filiación del hijo con su madre, de una parte, y con su padre, por otra parte. Por consiguiente, supone: 1º el matrimonio de los padres; 2º la maternidad de la mujer casada; 3º la concepción por el marido; 4º la concepción en el matrimonio.”¹¹²

“En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia extranjera —y que por otra parte el Código Civil del Distrito Federal ~~acege~~ ~~es~~ en el sentido de equipararse a ellos, la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. No se puede dejar de reconocer, por lo que se refiere a la prueba de filiación de los hijos extramatrimoniales, que el principio “pater est quem nuptiae demonstrant” no tiene aplicación o, cuando menos, no la tiene en todos los casos.

¹¹¹ Código Civil Federal, obtenido por medio de la pagina de internet, www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/C-1.pdf, el día 23 de febrero del 2009.

¹¹² Henri y Leon Mazeaud y Jean Mazeaud, Óp. Cit. p. 321.

En mi opinión, el principio pater est también debería ser aplicable, respecto de los hijos nacidos de la celebración del matrimonio, independientemente de que hayan transcurrido ciento ochenta días posteriores a ese acto e independientemente, también, de que el marido de la madre concurra al levantamiento de la acta de nacimiento del presunto hijo. Excepto el caso de que el embarazo de la madre le haya sido ocultado al marido, debe presumirse razonablemente el propósito de los contrayentes en obtener así la legitimación del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio

Por otra parte, si el nacimiento de ese hijo ocurre dentro de la existencia del matrimonio, aunque no hayan transcurrido ciento ochenta días del matrimonio, aunque no hayan transcurrido ciento ochenta días de su celebración y tal hijo ha sido reconocido tácitamente por el marido al acogerlo en tal condición, no parece corresponder a la realidad exigir que el marido concurra al levantamiento del acta de nacimiento o lo reconozca expresamente, para declarar que ese hijo es de matrimonio.

La corriente acogida por la jurisprudencia francesa admite la posibilidad del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, si de la conducta observada por el presunto padre respecto del hijo que se le atribuye, se desprende de manera inequívoca que es ciertamente su progenitor.

El marido a quien se atribuye la paternidad del hijo que nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 326 in fine, o sea que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los diez meses que precedieron el nacimiento fue físicamente imposible el acceso carnal con la madre de su presunto hijo.”¹¹³

¹¹³GALINDO GARFIAS Ignacio, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 51 Estudios de derecho civil ,Elaboración de PDF: Sara Castillo Salinas, Primera edición: 1981 DR © 1981. Universidad Nacional Autónoma de México; INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ciudad Universitaria, México 20, D. F.; DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES; Impreso y hecho en México ISBN 968-58-0197-5, Citado el día 23 de febrero del 2009. p. 268 y 269.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/876/20.pdf>

“Paternidad y filiación son dos términos correlativos que corresponden á un mismo concepto aunque bajo diverso aspecto; el primero se emplea tomando por punto de partida al padre para significar su relación con el hijo, y el segundo, para demostrar, teniendo por objeto al hijo, su relación con el padre.”¹¹⁴

2.4 Filiación por Adopción

Comenzaremos por definir que es la adopción y como lo dice el licenciado Ernesto Gutiérrez y González “La adopción es un contrato solemne, que homologa el estado, por el cual la mujer o un hombre, o ambos, a los cuales se les llama adoptantes, reciben como si fuera su descendiente consanguíneo, en su familia, o para integrar una familia, a una persona que no lo es, y al cual se le designa como adoptada”¹¹⁵.

“Una vez dada la adopción el adoptado tiene una filiación con los padres y con esto todos los derechos y obligaciones que corresponden a ambos.

A través de la adopción se crea un vínculo de filiación entre dos personas extrañas. Algunos autores justifican su existencia diciendo que es un instituto creado para imitar a la naturaleza”¹¹⁶. “Sin embargo, coincido con la corriente que defiende su existencia y trascendencia en función de los beneficios para el (la) adoptada(a).”¹¹⁷ “Es un instituto con profundo sentido ético y si bien es cierto que sus fines no han sido siempre los mismos, la evolución que ha tenido ha sido prácticamente un cambio de foco de los intereses del (la) adoptante a los intereses de (la) adoptado(a).

¹¹⁴VERDUGO Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, T.IV, Impreso por Tipografía de Alejandro Marcué; Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada ; Elaboración de formato PDF: Lorena Ambriz Barajas ,Primera edición, 1888 , Impreso y hecho en México ; publicado en la pagina de internet www.bibliojuridica.org/libros/libro; p. 9. Citado el día 23 de febrero del 2009.

¹¹⁵ Ernesto Gutiérrez y González, Óp. Cit. p. 537.

¹¹⁶PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Óp. Cit. p. 60. Entre ellos están los argentinos Jorge Eduardo Coll y Luis Alberto Estivill. En México, tenemos a Antonio Ibarrola y a Ignacio Galindo Garfias.

¹¹⁷ PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Óp. Cit. p. 60, Ejemplo de esta corriente es Sara Montero Duhalt.

Para la realización de este acto jurídico el legislador exige que el (la) que desea adoptar acredite tres extremos; que tiene medios suficientes para proveer a la subsistencia y educación del (la) adoptado(a); que la adopción será benéfica para quien trata de adoptar, y que el(la) adoptante es una persona de buenas costumbres.

A pesar de la evolución que esta institución a tenido desde la redacción de nuestro código al presente —entre las que destacan la disminución de la edad como requisito para el adoptante y la apertura del instituto a todo hombre y toda mujer hubiere o no tenido descendencia, plena —también denominada legitimación adoptiva—. Esta tiene como efecto incorporar al (la) adoptado(a) a la familia del (la) adoptante, estableciendo vínculos de parentesco entre aquél (la) y la familia de éste (a), extinguiéndose el vínculo de parentesco con la familia de origen, de tal suerte que proporciona efectivamente al (la) menor o incapacitado(a) la oportunidad de incorporarse a una familia con plenos derechos y obligaciones, como si fuera hijo(a) del (la) adoptante.

Además, la tramitación de la adopción a través de los organismos oficiales (Casa de Cuna de la Secretaría de Salud o Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia) y de los propios tribunales es tan complicada y lenta que termina por desmotivar a las personas interesadas en la adopción, abriendo alternativas que, a todas luces, son ilegales, como sería la presentación del (la) menor ante el Registro Civil como si fuera hijo(a) del (la) adoptante.

Por otro lado, es conveniente que el legislador tome en cuenta los trabajos que, a nivel internacional, se están realizando ya, en esos momentos, para controlar la adopción internacional y evitar el tráfico de niños(as) que se hace con este pretexto.”¹¹⁸

“Para Planiol, Colin y Capitan esta figura es contrato solemne sometido a la aprobación judicial.

¹¹⁸ PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Óp. Cit. p 60 y 61.

Sin embargo, un cambio se produce a partir de la Ordenanza del 23 de diciembre de 1958 en la cual se configura a la adopción como una institución desligada de todo contrato y resultante primordialmente de una decisión judicial.

La denominación de contrato fue aceptada debido a que satisfacía las necesidades de la época, sin embargo, el enfoque y fines de la adopción fueron cambiando con el transcurso del tiempo y la necesaria autorización judicial demostró un interés del Estado en la consecución de las adopciones. Este interés le dio a la adopción un matiz de derecho público, el cual ha ido cobrando cada vez mayor importancia de modo que esta figura actualmente tiene por objeto proporcionar a los adoptados un hogar alternativo, cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen, es considerada por muchos una institución de derecho público.

En la adopción existe, desde luego, un interés privado, el de los adoptantes con deseos de establecer vínculos de filiación con un menor o incapaz, el de los progenitores por naturaleza en dar en adopción a su hijo, y el del niño, niña o incapaz de encontrar un hogar que les brinde bienestar. Esta confluencia de intereses hace que la adopción no se limite a ser un negocio privado, la protección del menor es de tal importancia para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos de modo que ese interés individual trasciende de la esfera privada para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado.

La adopción dejó de ser un negocio jurídico de derecho privado para convertirse en un acto de autoridad perteneciente al derecho público. La manifestación de voluntades, consentimiento, asentimiento y audiencia, no son más que presupuestos o, en algunos casos, condiciones iuris, es decir, simples requisitos de eficacia para llegar al acto constitutivo, la resolución que es judicial. En el mismo sentido Cárdenas señala que la adopción es: “la figura jurídica que, por medio de una decisión judicial produce entre

adoptante y adoptado un vínculo de filiación, al mismo tiempo que desaparecen, salvo excepciones, los vínculos entre el adoptado y su familia anterior.”¹¹⁹

Diez-Picazo y Gullón manifiestan que: “aunque otra cosa a primera vista parezca como institución jurídica, la adopción es una figura de perfiles poco claros. Las actuales corrientes sociales han determinado una nueva vigencia del principio de que la adopción trata de equiparar lo mas posible la situación del hijo adoptivo con el biológico”. Parece que de la discusión doctrinal queda clara la finalidad de la adopción; recibir como hijo, de acuerdo con los requisitos y solemnidades que establezcan las leyes, al que no lo es.”¹²⁰

“En nuestro país a través de la regulación de esta figura en los distintos códigos locales en especial en sus definiciones, se observa claramente la diversidad de criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de la adopción.”¹²¹

“El significado y trascendencia de la adopción ha variado profundamente y su evolución a través de los siglos está determinada por el desplazamiento de su finalidad. Si comparamos su punto de partida y su momento actual observaremos la existencia de dos finalidades completamente diferentes. La adopción antigua era concebida en interés del adoptante y tenía por fin, en un comienzo, asegurar la perpetuidad de su familia y del culto doméstico, y posteriormente tuvo por objeto transmitir su apellido y su patrimonio. La adopción moderna, en cambio, está ordenada a favor del adoptado y tiene por fin primordial proteger a la infancia desvalida, mediante la inserción del menor desamparado en una familia que le brinde educación, felicidad y seguridad. La adopción se ha convertido así en un instrumento de socialización de los menores huérfanos o abandonados, y a la vez también es un cauce para satisfacer los deseos y aspiraciones paternas de los matrimonios sin hijos. Constituye, sin duda la mejor solución para el doloroso problema de la infancia abandonada, pues la integración familiar es con

¹¹⁹BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud; UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Impreso y hecho en México, obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1794/7.pdf>; obtenido e 26 de febrero del 2009. p. 26 y 27.

“La adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés de adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad” artículo 176 CC español.

¹²⁰ Ibídem, p. 28,

¹²¹ Ídem.

seguridad el medio más adecuado para la formación espiritual del ser humano, y además cumple acabadamente la función de llenar el vacío creado en un hogar por la ausencia de hijos (Ancel, Marmier, Cstán Tobeñas, Gambón Alix, Puig Brutau, Diez Picazo Gullón, Belluscio, Ferri, D'Antonio, etc.).

Además de satisfacer esos vitales intereses de orden individual y social, la adopción también reconoce otros fines secundarios, que poco o nada tienen que ver con el amparo del menor desprotegido.

Así, nuestra ley, como otras legislaciones contemporáneas, permite que los padres adopten a sus hijos extramatrimoniales. La finalidad indudable en este caso no es brindar amparo al menor, que no lo necesita por estar sujeto a la patria potestad, sino legitimarlo. Por ello, tal supuesto ha sido denominado por Goldsemidt “adopción legitimante”.

Y también prevé nuestra ley vigente la denominada por el mismo tratadista “adopción de integración” que está referida a la adopción del hijo del cónyuge, a fin de que se integre al nuevo hogar formado por su progenitor.”¹²²

Las reformas realizadas al código civil del Distrito Federal son de enorme beneficio a los derechos del niño, ya que lo que se busca es una protección integral y una familia plena y no a medias para los niños que son adoptados, y esto debería también tomarse en cuenta en la legislación Federal, toda vez que esta se está tornando obsoleta.

2.5 Patria Potestad

Antes de determinar que es la patria potestad es importante definir que es patria y qué es potestad.

¹²² A.M. FERRER Francisco; Rubinzal y Culzoni Editores; Derecho de Familia Tomo II; Primera edición 1984; DR ©1984. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores; 9 de Julio 3573, Santa Fe, Argentina, obtenido de la página de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1446>, obtenido el 27 de febrero del 2009.

“La Real Academia Española en su diccionario nos menciona la definición de “patria (del latín, patriā). Tierra natal o adoptiva ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano por vínculos jurídicos, históricos y afectivos. Lugar, ciudad o país en que se ha nacido.

Potestad (del latín, potestas, -ātis). Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo, En lagunas poblaciones de Italia, corregidor, juez o gobernador.”¹²³

Aunado a esto, “la Patria Potestad deriva de las palabras “Pater potesta”, que en Derecho romano era la potestad del padre sobre todos los descendientes incapaces por cualquier causa, y siempre sobre las mujeres mientras no contrajeran “justae nupcias”, y así mismo sobre la esposa.

El padre romano ejercía sobre sus descendientes y su cónyuge, como ya se dijo patria potestad, y era un derecho puede decirse que sin límite, tanto sobre la persona como sobre las cosas propiedad de los sujetos a esa potestad.

Los “pater familia” como apuntaba antes, tenía todos los derechos para educar a sus descendientes, regañarlos y hasta golpearlos cuando eran rebeldes a las ordenes que se les daban. Se les podía ir desde un papirotazo hasta un castigo con un látigo. Esto ya hoy día no cae entre los derechos de potestad, pero ¡hay veces que dan ganas de revivir esos derechos, con cada “jijo” que ve uno!”¹²⁴

La define así Dr. Ernesto Gutiérrez y González “es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto a sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.

¹²³ Real academia Española, pagina de internet, www.rae.es citado el día 01 de septiembre del 2008.

¹²⁴ Ernesto Gutiérrez y González, Óp. Cit. p. 430 y 431.

La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determinan la ley, y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del juez civil de lo familiar”¹²⁵

“Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre —madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna—. Se refiere tanto a la persona del (la) menor como a sus bienes, y tiene el objetivo, dicen los autores, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas”¹²⁶. “Galindo Garfias sostiene que es un instituto necesario para la cohesión familiar y discute, al igual que otros autores nacionales y extranjeros, sobre la denominación del mismo”¹²⁷. “Efectivamente, no se trata de una potestad del padre sobre los(as) hijos(as) como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades de la atención que deben a sus hijos (as). En las ocasiones, que la propia ley señala, estas facultades y deberes a los abuelos y abuelas. Independientemente del carácter que haya tenido esta figura en el pasado, es interesante rescatar los lineamientos elaborados por el jurista mexicano Sergio García Ramírez.”¹²⁸

“Este autor nos dice que el derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una protección creciente a la mujer y notoria solicitud hacia los (as) menores. En este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en

¹²⁵ *Ibidem* p. 432.

¹²⁶ VID, COLÍN. Ambrosio y CAPITANT, Henri; Curso elemental de derecho civil, Madrid, Bosch, 1954, tomo II, pp. 20 y ss, citado por PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, *Óp. Cit.* citado el 26 de febrero del 2009. p. 61

¹²⁷ GALINDO GARFIAS; Ignacio, Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, 2ª, ed., México, Porrúa, 1976, p. 431. Citado por PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, *Óp. Cit.* p. 61 y 62.

¹²⁸ Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneo”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, año I, Núm. I enero-abril de 1968, pp. 148 y ss. Citado por PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, *Óp. Cit.* citado el 26 de febrero del 2009. p. 61

una función social en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y niñas, El C.C. establece, literalmente, esta transformación: la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en forma conjunta, por interés público, es decir, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tiene posibilidades de renunciar a su ejercicio, sólo se pueden conceder dispensas a quienes tengan más de sesenta años cumplidos o un mal estado habitual de salud que le impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad (artículo 448 C.C.). Además es intransferible e imprescriptible.

Se dice que este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido de orden natural, derivado de la procreación; un contenido efectivo, derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen padre y madre para atender los intereses de sus hijos(as) y de éstos para respetar y obedecer a aquellos, y un contenido social, representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de hijos e hijas. Es importante señalar que, en todo caso, el ejercicio de la patria potestad está sujeto a las modalidades que dicten las autoridades en los términos de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal, según reza el artículo 413 C.C. del D.F.

El C.C. señala que existen tres causas por las cuales se suspende el ejercicio de la patria potestad: por incapacidad, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (artículo 447 C.C.). Y su pérdida se da por cinco causas específicas (artículo 444 C.C.): por condena expresa a la pérdida de su ejercicio o cuando el (la) que la ejerce es condenado(a) dos o más veces por delitos graves, por conductas nocivas para los(as) hijos(as) las cuales se definen como: costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes; por exposición de los (as) hijos(as) o por abandono de más de seis meses.

Finalmente, se señala que la patria potestad termina por la muerte de la persona que la ejerce, si no hay otro en quién recaiga; por la emancipación derivada del matrimonio, o porque el (la) hijo(a) haya alcanzado la mayoría de edad.”¹²⁹

Las reformas realizadas al Código Civil del Distrito Federal y de la Federación han sido modificados y actualmente coinciden con sus conceptos en cuestión de quien debe ejercer la patria potestad y quien debe designarla será el Juez de lo familiar, aunado a esto la reciprocidad de respeto y afecto entre quien la ejerce y de quien esta sujeto a la misma.

“La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados, quienes deben vivir de quien o quienes la ejercen, o sea, sus ascendientes en línea recta, la cual comprende guarda, educación, derechos de convivencia y vigilancia, obligaciones alimentarias, facultad de corrección, y obligación de observar una conducta ejemplar de los ascendientes.

La característica fundamental de la patria potestad: su calidad de no renunciables, pues no existe la menor duda de que el papel de padre o de madre no puede por ningún motivo ser objeto de renuncia; tan es así, que el mismo Código Civil para el Distrito Federal, establece que aunque el padre y la madre pierden el ejercicio de la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

No obstante su calidad de irrenunciable, se puede excusar de su ejercicio los que tengan sesenta años cumplidos y cuando por su mal estado de salud no puedan atender a su desempeño. Estas dos causales nos hacen por demás manifiesto el alto grado de responsabilidad que implica la patria potestad.”¹³⁰

¹²⁹ PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Óp. Cit. citado el 26 de febrero del 2009. P. 61,62 y 63.

¹³⁰ Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, núm. 12, septiembre-diciembre de 2005; p- 3-29; La Patria Potestad su actual concepción en el Código Civil para el distrito Federal; Joel Francisco Jiménez García, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/12/dtr/dtr1.pdf>; citado el día 18 de enero del 2011

CAPITULO III

LEGISLACION EXISTENTE SOBRE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO MÉXICO Y DERECHO COMPARADO

DERECHO MEXICANO

“Convenio de alquiler del vientre de una mujer soltera o casada, para engendrar un hijo y entregarlo a un tercero, el Derecho Familiar mexicano no prohíbe esta situación, por lo que podemos deducir que esta permitida. Consiste en cambiar una suma de dinero por dejarse fecundar; llevar la carga durante nueve meses; para dar a luz y entregar el producto de ese experimento. Atendiendo a las circunstancias anteriores, valdría la pena legislar en esta materia, recogiendo la realidad jurídica planteada y adecuándola a la social del pueblo mexicano.”¹³¹

Actualmente en el Distrito Federal en el año del 2010 ha sido autorizado por parte del la Asamblea Legislativa la Ley de Maternidad Subrogada, aun no se ha promulgado pero ya esta en proceso. En materia la Federal no ha sido reformado ningún artículo ni creada alguna Ley al respecto, pero existe un proyecto de ley desde el 2002 respecto de modificar la Ley de Salud en relación a los medios de reproducción asistida en nuestro país.

Cabe señalar que los grandes Juristas mexicanos y médicos renombrados han hecho hincapié en la falta de legislación al respecto de los cambios que han y seguirán existiendo en la tecnología o que es lo mismo la biotecnología y genética reproductiva, no solo es una realidad sino un cambio constante y vertiginoso al cual hay que serle frente con cambios acorde a nuestra cultura e idiosincrasia como lo dice el Dr. Julián Güitron

¹³¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA Julián, ¿Qué es el derecho familiar?, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C.; Y Tercera Edición, Junio de 1978 México, p. 179 y 180.

Fuentevilla y el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, comenta que actualmente nuestra legislación federal esta sumamente atrasada en todos estos cambio.

Es cierto que nuestra Constitución nos da el libre arbitrio de tener los hijos que se quieran y también es cierto que el Estado tiene la obligación de crear un sistema de salud y así como tomar las previsiones posibles en cuestiones que pueda provocar algún problema social y hasta controversias jurídicas, es por eso que el Estado debe tomar en cuenta que la Maternidad subrogada es un problema social y no solamente se debe regular jurídicamente sino con ética, dado que los problemas psicológicos que pueden provocar al menor afectarían su desarrollo bio-sico-social y si bien es cierto que en cuestiones jurídicas se norman las conductas y no la mente, también es cierto que el Estado tiene la obligación de cuidar el desarrollo integral del niño así mencionado en el artículo 4º de nuestra Constitución Política.

**“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
TÍTULO PRIMERO
CAPÍTULO I
De las garantías individuales**

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. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

**Sección Tercera
De las Facultades del Congreso**

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e

inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el País, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dicta inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan;¹³²

3.1 Ley General de salud

“La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Las reformas a la ley de 1991, contienen algunas definiciones y normas de carácter muy general sobre autorizaciones y registros.

Con fecha de enero de 1987, se publicó el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de investigación para la salud, en el cual se consagra en un capítulo la fertilización asistida, donde la regula, pero de manera incompleta. Sin embargo, ninguna ley regula de modo directo y amplio la inseminación artificial.”¹³³

“Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los

¹³² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obtenida en la página de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/> el día 19 de marzo del 2009.

¹³³ BRENA SESMA, Ingrid, Óp Cit. p.1

procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos.”¹³⁴

En cuanto a la legislación existente en materia de Salud es la siguiente, comencare por su primer artículo mediante el cual la bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud de todos los mexicanos.

“Artículo 1.- La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.”¹³⁵

Todos tenemos derecho a la protección a la salud y como ya lo he mencionado tenemos el libre arbitrio de tener los hijos que queramos o podamos salvaguardar, y al respecto la Ley de Salud regula lo siguiente:

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

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Artículo 3.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

IX. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;

CAPITULO VI

Servicios de planificación familiar

Artículo 67.- La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo

¹³⁴ MOCTEZUMA BARRAGÁN Gonzalo, La Reproducción Asistida En México. Un Enfoque Multidisciplinario, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>

¹³⁵ Ley General de Salud, obtenida en la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>, el día 06 de marzo del 2009. P.1

antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.

Quienes practiquen esterilización sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que ésta la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley, independientemente de la responsabilidad penal en que incurran.”¹³⁶

En los servicios de salud, existe y se permite la investigación científica para el bien de la humanidad aunque esos para bienes suelen ser lucrativos solo para quien practica la medicina o la investigación ya que muchos solo lo hacen con ánimo de lucro.

La investigación científica no solo sirve para curar el sin número de enfermedades que en la actualidad han surgido también nos ayuda a vivir mejor, pero al termino de tanta investigación se pierde la finalidad de curar y de ayudar y se incurre en el propósito de lucrar con la manipulación genética.

“CAPITULO UNICO

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

I. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos;

II. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social;

III. A la prevención y control de los problemas de salud que se consideren prioritarios para la población;

IV. Al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud;

V. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud, y

Artículo 98.- En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una

¹³⁶ Ídem.

comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 99.- La Secretaría de Salud, en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, y con la colaboración del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de las instituciones de educación superior, realizará y mantendrá actualizando un inventario de la investigación en el área de salud del país.

Artículo 100.- La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;

II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;

III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;

IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;

V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;

VI. El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación, y

VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación.

Artículo 101.- Quien realice investigación en seres humanos en contravención a lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones aplicables, se hará acreedor de las sanciones correspondientes.

Artículo 103.- En el tratamiento de una persona enferma, el médico, podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico, cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del pariente, siempre que cuente con el consentimiento por escrito de éste, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta Ley y otras disposiciones aplicables.”¹³⁷

¹³⁷ ibídem. P. 30 y 31

3.2 Código Civil Federal

Dentro de nuestro Código Civil encontramos el capítulo referente a la paternidad y filiación y lo importante para nosotros es saber quien ostenta la filiación de la madre, y en este título solo hace referencia al padre y ciertas situaciones dentro del matrimonio y del reconocimiento de los hijos, que se da por entendido que la filiación de la madre es irrefutable ya que se da por el solo hecho del nacimiento, en algunos códigos civiles de nuestro país ya menciona que es también admisible la maternidad por inseminación artificial y maternidad subrogada.

Es importante la regulación jurídica de las técnicas de inseminación “in vitro” y más aun la maternidad subrogada toda vez que “la sociedad es una realidad permanente, que fue ayer, que es hoy, que será mañana, que fue, es y será siempre, mientras nuestro planeta no pierda la capacidad de coadyuvar á la existencia y á la conservación de la especie. La Sociedad no subsistiría, ni aun existiría, a no ser causa de su existencia y subsistencia la ley de sociabilidad; a no ser (lo diremos en otros términos) causa del hecho positivo de la Sociedad en todo tiempo, la necesidad absoluta de que los hombres se asociaren á los hombres para realizar los fines de su vida.

La Sociedad es una realidad viviente, una vida, un ser organizado con todas las condiciones de organización que se observa en toda la escala biológica. Viviendo, siendo, la Sociedad es un organismo; y como todo organismo, se compone de órganos, realiza funciones, hace operaciones, tiene y satisface necesidades. En virtud de su naturaleza, racional y consciencia de sí misma, ese ser colectivo rige sus destinos, y ese régimen, bueno ó malo, según que concuerda ó no con su naturaleza, abarca sus varios órganos y sus múltiples actividades: en cuanto abarca sus varios órganos, extiende su fuerza directiva desde el individuo hasta la nación; en cuanto abarca sus múltiples actividades, rige sus propias fuerzas productivas, intelectivas, jurídicas y morales.

Esa capacidad de dirigir a su propia actividad jurídica es la que directa e indirectamente lo hace sujeto de todas las ramas de la Jurisprudencia, la que establece la correlación entre

el régimen de la Sociedad y del Estado, y la que subordina de tal modo la organización del Estado á la naturaleza de la Sociedad, que el Derecho Constitucional, encargado de exponer sino contando con ella, y atendiendo escrupulosamente á la naturaleza real de esa entidad.

En esa naturaleza social entran como coeficientes de los fenómenos que ella manifiesta, cinco órdenes de órganos, cuyas funciones determinan la vida general de la Sociedad, y que es tanto más necesario conocer, cuanto que cada uno de ellos es capaz, por su propia virtualidad, de favorecer ó contrariar el orden social; y cuatro de ellos, además de concurrir expresamente á la organización jurídica del Estado, tienen por propia esencia una parte de poder social. Esos cinco órganos son: el individuo, elemento fundamental; la familia, primera evolución del elemento; el municipio, evolución espontánea de la familia; la región, provincia o comarca, evolución del municipio; la Nación ó Sociedad general, que es el organismo perfecto, ó mejor que perfecto, integro.

Así como en un organismo individual, la salud, que es el orden biológico, no se manifiesta por completo sino cuando cada uno de los órganos funciona con toda la regularidad de la naturaleza, y cuando la vida se muestra en la perfecta correlación de todas las funciones, así en el organismo social no se da el orden verdadero, el funcional, mientras todas y cada una de las funciones orgánicas, no están en su naturaleza actividad; de modo que el individuo se realiza en la familia, en el municipio, en la región, en la nación, ésta en cada uno de sus órganos, mediante estos medios de organización, fundados en el derecho, se establece la correlación de órganos sociales y funciones sociales que da por resultado el orden y armonía de la Sociedad, llamamos organización jurídica á la que, por medio de las instituciones del Estado, asegura el derecho de cada uno de los integrantes de la sociedad.”¹³⁸

¹³⁸ HOSTOS, Eugenio M. de, Lecciones de Derecho Constitucional, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas; Primera edición, 1908; Impreso y hecho en París, Francia; Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada; Elaboración de formato PDF: Héctor López Bello. p. 9 a 11, 16; obtenido el día 07 de abril del 2009 en la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=459>.

Y por lo tanto es de suma importancia y relevancia el no dejar el vacío jurídico en relación a la maternidad subrogada ya que aunque no se prohíbe jurídicamente, no significa que se acepte su libre práctica, y como observamos en nuestro Código Civil Federal ni siquiera esta contemplada.

**“CÓDIGO CIVIL FEDERAL
TITULO SEPTIMO
De la Paternidad y Filiación
CAPITULO I
De los Hijos de Matrimonio**

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

**CAPITULO IV
Del Reconocimiento de los Hijos
Nacidos Fuera del Matrimonio**

Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.¹³⁹

3.3 Jurisprudencia

Como todos sabemos la jurisprudencia como fuente formal de derecho es quien de alguna manera nos indica y dicta nuevas normas de derecho, las controversias que se presentan en litigios, son hechos reales a los cuales los juristas les han dado una solución conforme a derecho, justa y equitativa para ambas partes.

¹³⁹ Código Civil Federal obtenida en la página de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>, el día 06 de marzo del 2009. P.32 y 35.

No se encontró jurisprudencia en materia de Maternidad Subrogada simplemente porque los acuerdos económicos realizados por ambas partes sean lo suficiente bien remunerados que no han llegado a un litigio.

3.4 Legislación Estatal existente

“Dentro del territorio Mexicano encontramos que cada uno de los Estados que conforman la Federación tiene una autonomía propia, dándoles cavidad a que cada uno de ellos realice una legislación de acuerdo a sus costumbres, ideas, convivencia, etc.

Entendamos por la palabra Estado un cuerpo político ó sociedad de hombres reunidos bajo leyes comunes y poseyendo un territorio propio.

Una nación soberana ó independiente. Es soberana, cuando dentro de sí misma reside el absoluto poder que no reconoce superior; y es independiente, cuando su autoridad está limitada de alguna manera por un poder exterior reconocido.

En el terreno teórico la soberanía debe extenderse á todas las materias de gobierno dentro de los límites ocupados por el pueblo asociado.

Una nación tiene un sistema peculiar de gobierno, puede estar dividida en diferentes partes consideradas como miembros, cada una de las cuales tiene algunos poderes propios que en su esfera de acción son absolutos é incontrovertibles.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ RUIZ, Eduardo, Derecho Constitucional, Editorial Tipografía de Aguilar e Hijos, elaboración de formato PDF. Rosa María Matías Estrada, obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=333>, citado el día 23 de abril de 2009, p. 167 y 168.

**“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
TÍTULO SEGUNDO
CAPÍTULO I**

De la soberanía nacional y de la forma de gobierno
Artículo 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.”¹⁴¹

Es por eso que cada Estado emite sus Códigos Civiles y de Familia, de acuerdo a su idiosincrasia, dando por resultado variantes de un Estado a otro y a este tenor la regulación de ciertos actos que son importantes para algunos Estados no lo son para el resto de estos, por no ser en ese momento prioritario, para el momento historico en que esta viviendo.

Uno de los actos mas significativos, es la regulación del aborto realizada por la legislatura del Distrito Federal, despenalizándolo (pero no estoy de acuerdo que se lleve acabo) lo que en otros Estados no a sucedido; así entonces sí para algunos es prioritario la regulación de la familia y lo cual los a llevado a crear su Código Familiar esto solo sucede en los Estados de Zacatecas, Chiapas, Morelos, San Luis Potosí, Michoacán, Sonora, Hidalgo y Puebla.

Y en cuanto a la regulación de los métodos de inseminación artificial encontramos en la legislación Estatal del Estado de México; que tiene un muy buen titulo respecto de la regulación del Derecho a la procreación, pero en cuanto al reconocimiento de la Filiación de los hijos nacidos de matrimonio, no menciona que serán también contemplados como hijos de matrimonio aquellos que nazcan por medios de inseminación artificial.

Sobre el tema es importante incluir en este apartado los artículos del Código Civil del Estado de México, los cuales se citan a continuación:

¹⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obtenida de la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> , citado el día 23 de abril de 2009. p.26

**“CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO
DE MEXICO
TITULO CUARTO
Del Parentesco y los Alimentos
CAPITULO I
Disposiciones Generales**

Derecho a la procreación

Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial.

Artículo 4.112.- La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido mediante este método de reproducción.

Prohibición de padres o tutores

Artículo 4.113.- No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

Clonación

Artículo 4.114.- Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, para la procreación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.

Prohibición de la investigación de la paternidad

Artículo 4.115.- En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con esperma proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.

Consentimiento judicial para la inseminación artificial

Artículo 4.116.- El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente.

**TITULO QUINTO
De la Paternidad y Filiación
CAPITULO I
De los hijos de Matrimonio**

Presunción de ser hijo de matrimonio

Artículo 4.147.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

Excepción a la presunción de ser hijo de matrimonio

Artículo 4.148.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, sólo puede alegarse por el esposo que le fue imposible fecundar a su cónyuge, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Improcedencia de desconocimiento de hijo de matrimonio

Artículo 4.149.- Si el esposo ha otorgado su consentimiento tácito o expreso, no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Legitimación para desconocer paternidad en matrimonio disuelto

Artículo 4.150.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Plazo para que el esposo contradiga la paternidad

Artículo 4.151.- La acción del esposo para contradecir la paternidad, deberá deducirla dentro de seis meses, contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho.

CAPITULO II

De la Filiación

Prueba de la filiación de hijos de matrimonio

Artículo 4.155.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres.

Prueba de la filiación de hijo de matrimonio a falta o defecto de actas

Artículo 4.156.- A falta o defecto de las actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé.

Prueba de la posesión de estado de hijo

Artículo 4.157.- Si una persona ha sido tratada constantemente por otra y la familia de ésta, como hijo, llevando su apellido o recibiendo alimentos, quedará probada la posesión de estado de hijo.

Acción imprescriptible para reclamar posesión de estado de hijo

Artículo 4.158.- La acción del hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes.”¹⁴²

¹⁴² Código Civil del Estado de México, obtenido de la página de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ESTADO%20DE%20MEXICO/Codigos/MEXCOD02.pdf>; citado el día 23 de abril de 2009; p.41-42; 46-48.

En cuanto a la legislación del Estado de Tabasco las reformas realizadas son concretas, la filiación se da a los hijos nacidos de cualquier forma de inseminación artificial, aunado a esto se determina también quien detenta la filiación materna cuando en el proceso reproductivo participa una segunda mujer, se designa como madre filial a la contratante lo cual en lo personal difiere ya que la vida no es una cosa susceptible de comprarse o contratarse ya que por su propia naturaleza se encuentra fuera del comercio.

Aunque bien es cierto que tampoco está prohibido el contrato de Maternidad Subrogada por ningún ordenamiento jurídico, pero si nos vamos a las normas jurídicas establecidas en relación al contrato el Código Civil Federal menciona que este no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Por lo tanto, si el contrato no se da sobre un objeto u cosa no es susceptible de contrato, en consecuencia la vida no es una cosa sino un bien jurídico tutelado no se puede contratar por lo tanto no se pueden remunerar los gastos realizados durante y después del parto, es factible, pero no que se pueda contratar un servicio de útero y que se le otorgue una tarifa por el “alquiler”.

**“CÓDIGO CIVIL DE TABASCO
LIBRO CUARTO
De las Obligaciones
PRIMERA PARTE
De las Obligaciones en General
TITULO PRIMERO
Fuentes de las Obligaciones
CAPITULO I**

Del Objeto y del Motivo o Fin de los Contratos

Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I. Posible;
- II. Lícito.

Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”¹⁴³

**“CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO
TITULO OCTAVO
DE LA FILIACIÓN
CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

ARTÍCULO 322.- Igualdad de los hijos

La ley no hace ninguna distinción en los derechos de los hijos, basada en la diversa forma de probar la filiación.

ARTÍCULO 323.- Obligación del Estado de instruir sobre la filiación

El Estado a través de la autoridad y organismos que la ley señale, debe instruir sobre los deberes y derechos inherentes a la filiación a quienes cuentan con la edad suficiente para contraer matrimonio.

**CAPITULO II
DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD**

ARTÍCULO 324.- Quiénes se presumen hijos de los cónyuges

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

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

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

ARTÍCULO 329.- Imposibilidad de desconocimiento

El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

ARTÍCULO 340.- Presunción de los hijos de concubinato

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida

¹⁴³ Óp. Cit. Código civil Federal, p. 143 y 144.

común entre el concubinario y la concubina; y
III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

CAPITULO IV DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO FUEREN CÓNYUGES

ARTÍCULO 347.- Respecto del padre

Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

CAPITULO V DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE FILIACIÓN

ARTÍCULO 372.- Posesión de estado

La posesión de estado, para los efectos de los artículos 343 y 371 fracción II, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste, como hijo del primero, o que ha usado el apellido del presunto padre, que éste ha proveído a su subsistencia, educación o establecimiento.”¹⁴⁴

Al igual que en la Legislación estatal de Tabasco, Tamaulipas aprueba que los hijos nacidos mediante inseminación artificial el padre no podrá impugnar la paternidad mientras éste proporcione su consentimiento, pero no así con la madre ya que es considerada automáticamente la que ostenta la filiación.

¹⁴⁴ Código Civil para el estado Libre y Soberano de Tabasco, obtenido de la pagina de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Codigos/TABCOD01.pdf>; citado el día 23 de abril de 2009; p.1, 7,83-84, 87 y 92.

**“CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS
TITULO QUINTO
DE LA FILIACION Y PATERNIDAD
CAPITULO I
DE LA FILIACION**

ARTÍCULO 302.- El cónyuge varón sólo podrá impugnar la paternidad de los hijos cuando el nacimiento se le haya ocultado; cuando demuestre que durante los trescientos días que precedieron al nacimiento no tuvo relaciones sexuales con su esposa, o cuando tenga a su favor un principio de prueba que a criterio del juez se estime suficiente para iniciar el procedimiento de impugnación de la paternidad. En ningún caso, el cónyuge varón podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”¹⁴⁵

El Estado de Coahuila también se regula la filiación que se da por fecundación asistida cuando hay conocimiento del padre y en relación de la madre no define nada en cuanto a la filiación al igual que los demás se da por hecho que madre es la que da a luz a una criatura, independientemente del método de fertilización utilizado, aunque no lo especifica por escrito pero se da por entendido tácitamente.

**“CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO
DE COAHUILA DE ZARAGOZA**

**CAPÍTULO III
DE LA FILIACIÓN
SECCIÓN PRIMERA
DISPOSICIONES GENERALES**

**SECCIÓN SEGUNDA
DE LA FILIACIÓN QUE RESULTA DEL NACIMIENTO**

ARTÍCULO 434. Contra las presunciones establecidas por el artículo 432 no se admiten más pruebas que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, o la esterilidad de mismo, salvo el caso de fecundación asistida.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Código Civil para el Estado de Tamaulipas, obtenido de la página de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx>; citado el día 23 de abril de 2009; p.37.

¹⁴⁶ Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, obtenido de la página de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx>; citado el día 23 de abril de 2009; p.62.

En el Código Civil para el Distrito Federal se determina que la filiación de los hijos se establece por nacer dentro del matrimonio, concubinato o por el reconocimiento de los padres; y por otra parte determina que no existirá parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida, lo cual parece obvio ya que la persona nacida aplicando cualquier técnica de reproducción asistida ostenta la filiación de los que solicitaron dicho método.

“CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

TITULO SEXTO

Del parentesco, y de los alimentos y de la violencia familiar

CAPITULO I

Del parentesco

Artículo 292.- La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

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

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

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

TÍTULO SÉPTIMO

De la filiación

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante

los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Artículo 327.- Derogado

Artículo 328.- Derogado

Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge. ¹⁴⁷

La legislación del Distrito Federal regula la reproducción asistida no sólo en el código civil sino también en el Código Penal, mediante el cual manifiesta los diferentes tipos penales que pueden configurarse como delitos por manejo de las diferentes formas de procreación asistida y manipulación genética.

**“CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
TÍTULO SEGUNDO
PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y
MANIPULACIÓN
GENÉTICA
CAPÍTULO I
PROCREACIÓN ASISTIDA E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

ARTÍCULO 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

ARTÍCULO 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un

¹⁴⁷ Código Civil del Distrito Federal, obtenido de la página de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx>; citado el día 23 de abril de 2009; p.35y 40.

embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoide de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

ARTÍCULO 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

ARTÍCULO 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

CAPÍTULO II MANIPULACIÓN GENÉTICA

ARTÍCULO 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

ARTÍCULO 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.”¹⁴⁸

Cabe mencionar que en junio del 2010 se aprobó por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la Ley de Maternidad Subrogada misma que no ha sido promulgada.

¹⁴⁸ Código Penal del Distrito Federal, obtenido de la página de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx>; citado el día 23 de abril de 2009; p.34 y 35.

Quizás para la mayoría de los Estados no es prioritario regular temas que en algún momento parecen triviales, pero la realidad es que hay muchas mujeres que por su pobreza, porque es lo único que sabe hacer o porque lo han visto como un negocio bastante lucrativo se prestan a estas técnicas sobre todo a la maternidad subrogada.

Sin tomar en cuenta la situación psicológica, moral, costumbres y hasta su salud física de la pareja que lo solicita ni tampoco de la madre que va a prestar su útero para esta técnica de inseminación artificial, no se toma en cuenta tampoco si es realmente una pareja heterosexual quien lo solicita, sino que estos simularan serlo para poder obtener un producto viable para venderlo como a los autos robados por partes, quizás parezca demasiada paranoica pero si hay gente que es capaz de vender a su hijos para poder salir de deudas o para vivir cómodamente algunos meses sin trabajar, o son capaces de ponerlo a trabajar mientras ellos disfrutan de lo poco que puedan proveer un infante, ¿no es acaso una prioridad también regular al respecto?.

“La inteligencia es uno de los mejores regalos que le ha dado Dios al ser humano, un don que le permite estar a la búsqueda incesante de lo bueno y lo perfecto, a pesar de que pocas veces lo puede conseguir. A través de la historia, esa búsqueda ha provocado que el comportamiento humano sea mutable porque las personas reaccionan a los cambios que ocurren a su alrededor en la forma que más provecho les rinda, de acuerdo con las percepciones de su inteligencia, tomando en consideración los patrones de su moralidad y sus ideales de felicidad.

El desarrollo de la investigación científica es avasallador y los avances incontrollables de la tecnología provocan nuevas situaciones que han de ser tuteladas por normas jurídicas. De este vertiginoso e insospechado desarrollo no se ha escapado el Derecho de Familia. La ingeniería genética presenta los avances científicos para asistir el proceso de la reproducción humana y ayudar así a la procreación en personas que, de no ser por esta asistencia, no podrían tener hijos, por causa de su propia naturaleza.

Las nuevas técnicas de fertilización asisten el proceso de reproducción, presentando alternativas nuevas a través de la reproducción asexual, y esto provoca que surjan situaciones que no son fáciles de resolver. Para la solución de algunos casos basta con la aplicación de las viejas normas del derecho, pero para otros, estas normas no resultan adecuadas.

La confrontación que ha tenido con la nueva tecnología reproductiva ha sido estremecedora, y es necesario proveer soluciones rápidas y acertadas a los conflictos que alteran el orden natural y el jurídico hasta este momento conocido. En muchos países se están llevando a cabo fecundaciones haciendo uso de esta nueva tecnología, pero en la mayor parte de ellos no existen normas que regulen estos procedimientos, ni para regir las relaciones que surgen en su consecuencia, mucho menos para solucionar los conflictos que se presentan por la vía judicial.

Varios países han realizado estudios dirigidos al análisis ético y jurídico de este tema, para auscultar posibles soluciones a los problemas que surgen. Esto ha dado lugar a la aprobación de algunas leyes, pero la gestión no ha sido suficiente. No las hay en todos los lugares donde se practican estas técnicas, y no se protegen ni los mismos hechos ni los derechos.”¹⁴⁹

La importancia de regulación de los medios de reproducción asistida es prioritario para algunas naciones, el problema jurídico que ha derivado del método de la maternidad subrogada a dado lugar a legislar y hasta crear leyes que la regulen o simplemente la han prohibido, cada nación le ha dado su propia solución, de acuerdo a su idiosincrasia, creencias, moral, etc. En aquellas naciones que se le ha prohibido la concepción a partir de la maternidad subrogada han optado por buscar este mismo procedimiento en otros países. No hay una solución aceptable para aquellos que buscan tener un hijo, ya que terminarían haciéndolo a cualquier costo en donde se les permitan.

3.3.1 ESPAÑA

Dentro de la fundamentación que da el Gobierno español para la realización y aplicación de esta ley es muy extensa y da todavía un margen muy amplio de que esta ley siga teniendo nuevas adiciones legislativas, éticas y jurídicas por los grandes cambios que existen por los avances tecnológicos.

A continuación se extrajo parte del texto introductorio a dicha ley:

“I. Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los Campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo

¹⁴⁹ Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, volumen 63, número 3 de julio a septiembre del 2002; “La nueva Familia y el Derecho “, artículo :”Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”; (Conferencia presentada en le XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, la Habana, Cuba septiembre de 2002) por Ivette Coll de Pestaña(Catedrática, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico). p.1 y 2. Obtenido en la pagina de Internet <http://www.capr.org/tmp/pdfs/18.July%20Sept.pdf>, citadi el día 4 de mayo del 2009.

y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la inseminación artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (iac) o con semen de donante (iad), se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. La fecundación in vitro (Fiv) con transferencia de embriones (te), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestra nación el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La transferencia intratubárica de gametos (TIG) comienza a realizarse también en España.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España. Existen, además, 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios, públicos o privados, en los que se realizan éstas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el

ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.

Tratase de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían.

En este orden de cosas, la creación de comisiones nacionales multidisciplinares, constituidas con amplia representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la reproducción asistida, así como de la información y asesoramiento sobre las mismas en colaboración con las autoridades públicas correspondientes, facilitará, como se está haciendo en otros países, y como recomienda el Consejo de Europa a sus Estados miembros en la Recomendación 1.046 de septiembre de 1986¹⁵⁰, la definición de sus límites de aplicación, contribuyendo además a superar normativas nacionales aisladas que, dadas las posibilidades de expansión de estas técnicas, resultarían ineficaces o contradictorias.”¹⁵¹

La sociedad española a buscado la mejor solución posible a los medios de reproducción asistida y sobretodo a la maternidad subrogada, realizo una ley la cual tomo en cuenta las recomendaciones europeas y con un sin número de profesionistas, médicos, juristas,

¹⁵⁰ Se inserta el texto de dicha recomendación en el anexo 2, pg.146 de esta tesis.

¹⁵¹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, obtenido de la pagina de internet F:\clau\restesis190208\tesis reproduccion\Técnicas de Reproducción Asistida en españa.mht, el día 11 de mayo del 2009.

psicólogos, etc. Es importante mencionar que la mayor parte de la bibliografía y estudios sobre la maternidad subrogada se han realizado en España.

3.3.2 INGLATERRA

El informe Warnock recomendó sobre el tema de la maternidad por subrogación:

“Aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y como consecuencia la inexigibilidad de tales pretensiones ante los Tribunales.

Según la Surrogacy Arrangements Act 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdo o contratos de maternidad subrogada.”¹⁵²

“A consecuencia del nacimiento el 4 de enero e 1985 de Baby Cotton, el Gobierno de Gran Bretaña expuso las razones para la urgencia de una ley tendente a prohibir la maternidad subrogada de carácter lucrativo. El Secretario de Servicios Sociales, Norman Fowler, explicó al respecto, que no se pretendían solucionar todos los problemas planteados por el informe Warnock, lo cual podría constituir una posterior normatividad mas completa, sino de actuar con rapidez en este punto con relación a la prohibición de la maternidad subrogada de carácter lucrativo, a la vista del caso Baby Cotton, contemplado especialmente la explotación comercial, intervención de agencias, etc. y , en general, cualquier situación de explotación de la mujer en este punto.”¹⁵³

“Y el quid de la cuestión debatida en el juicio fue el aspecto lucrativo del asunto. En consecuencia Surrogacy Arrangements Act adquirió fuerza de ley el 16 de julio de 1985,

¹⁵² SILVA RUIZ, Pedro. F, El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, en congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, Octubre de 1987, año VII, núm. 36, págs.. 78 a 81.citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. La maternidad portadora subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial DYKINSON, Madrid España1994, p.52

¹⁵³ RODNEY Deitch, Commentary from Westminster. The Government Acts to Prohibit Surrogacy Arrangements, en The Lancet de 27 de April de 1985. Citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. Ídem, p.52

seis meses después del nacimiento de Baby Cotton y se dirigía a impedir a los terceros la obtención de beneficios económicos de la maternidad subrogada, permitiendo imponer sanciones superiores a las 2.000 libras. Define a la madre sustituta como aquella mujer que da a luz un niño en cumplimiento de un contrato, con el propósito de entregar la criatura a otra u otras personas. En el análisis de dicho propósito han de ponerse en consideración o entendimiento de que se recibirá un pago por tal actuación. Este pago se contempla como entrega en dinero u otro valor cualquiera.

a) Prohíbe asimismo la citada norma:

a') Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación.

b') Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.

c') Recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

Como consecuencia de lo expuesto, hay que destacar que la maternidad de subrogación, gratuita o sin precio, no puede reputarse ilegal en Gran Bretaña, y que ni el pago o el cobro entre sustituta y los futuros padres puede reputarse ilegal, pero una vez efectuado dicho pago las partes pueden aparecer incursas en infracciones de la Adoption Act de 1985.”¹⁵⁴

“En marzo de 1987 se presentaron ante los tribunales los dos primeros casos de maternidad subrogada tras la aprobación del Acta de 1985. El primer caso de adopción autorizada, contempla un supuesto de contrato de maternidad subrogada por 10.000 libras y habiéndose puesto de relieve por la portadora su ausencia de interés económico (el pago se acordó como compensación de daños o gastos), Se abonaron 1000 libras iniciales y 4000 durante el embarazo, rechazándose las 5000 restantes, porque la madre subrogada había obtenido ganancias con un libro publicado bajo seudónimo. El Juez estimó la usencia de un acuerdo comercial y negó la existencia de pagos en tal concepto, ello determinó que el tribunal podía decidir libremente sobre la adopción, que otorgó tomando primordialmente en cuenta los intereses de la criatura.

¹⁵⁴ BRAHAMS, Diana. The Hasty British Ba non Commercial Surrogacy en Hasting Center Report de febrero de 1987, pág. 17; citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. Ibídem, p.53.

La sentencia que el Juez Latey dictó a favor de los adoptantes, el 11 de marzo 1987 en un Juzgado de Familia de Londres, tomó en cuenta las pertinentes leyes de adopción y de menores, como asimismo la Surrogacy Arrangements Act. De 1985, aunque todavía no había sido legislada cuando se inició y llevó a cabo el acuerdo entre las partes.”¹⁵⁵

“En el otro caso, la custodia fue otorgada a favor de la portadora, casada, que vivía sola con un hijo de siete años, beneficiaria de la Seguridad Social. Había acordado con un matrimonio un contrato de subrogación, siendo inseminada artificialmente con esperma del contratante y se acordó el pago de una suma global a la entrega del niño, resultado ser gemelos el fruto de tal concepción. La portadora dos meses antes del parto había expresado sus dudas a cerca de su capacidad para entregar a los niños, lo que obedecía a sentimientos maternales y no por distinta razón. Al tener un parto doble en septiembre de 1986 rehusó entregar las criaturas. El Juez acordó la custodia a la madre sustituta el 12 de marzo de 1987, porque, pese a no existir ningún dato negativo en la pareja contratante, y tomando en cuenta el bienestar de los niños, ya que “estos niños están ligados con su madre en una situación de cuidados domésticos realizados por ella de naturaleza muy satisfactoria”.¹⁵⁶

A continuación un extracto de la presentación del informe Warnock, solo se plasma esta pequeña introducción y una síntesis de los que comprende dicho informe, mismo que es presentado por Mary Warnock Dame.

“Señores

Tengo el honor de presentar el informe de la Comisión de Investigación sobre la fertilización humana y embriología establecido en julio de 1982 para examinar la, ética y legal implicaciones sociales recientes, y la posible evolución en el ámbito humano de la reproducción asistida.

¹⁵⁵ LLEDÓ YAGUÛE, Francisco., El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo; en II congreso Mundial Vasco. Gobierno vasco, “La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana” Ponencias y comunicaciones. Vitoria Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Trivium. Madrid, 1968, págs. 319 a 364. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. Ídem p. 53 y 54.

¹⁵⁶ BRAHAMS diana, medicina and the Law, en The Lancet de 4 de abril de 1987, Págs. 817. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. ídem. p. 54.

La tarea de establecer la investigación no fue fácil. Las cuestiones planteadas reflejan morales fundamentales, y a menudo religiosas, las preguntas que se han planteado algunos filósofos.

Con razón se ha elegido una composición que abarca numerosas profesiones muchas de ellas con una preocupación en estos asuntos, pero muchas con tradiciones religiosas en la sociedad, de modo que a medida que muchos consideran puntos que posiblemente podrían ser ejercidas sobre la moral, cuestiones delicadas que tenemos ante nosotros.

Quisiera aprovechar esta oportunidad dejar constancia de mi gratitud a todos los miembros de la En- Quiry por su arduo trabajo, su entusiasmo y compromiso, y más especialmente por la forma en que han traído sus propios valores a la consideración de los problemas que tenemos ante nosotros y, sin embargo al mismo tiempo, se han abierto y receptivo a las actitudes y las creencias de los demás. Gracias también por la forma en que hemos sido capaces de compartir nuestra experiencia profesional, un proceso de que estoy seguro de que ha enriquecido el informe, al ayudarnos a ver los problemas en una perspectiva más amplia.

A pesar de la forma en que los miembros han trabajado juntos, sigue habiendo algunas diferencias entre nosotros, no obstante, de hecho habría sido sorprendente que, en cuestiones tan sensibles, no habríamos estado unidos. Estas diferencias, se presenta en tres formales expresiones que la disidencia tenga, de manera significativa, muy centrado en el tema, de subrogación y la investigación con embriones humanos, que, a juzgar por la evidencia, despiertan mucha ansiedad del público.

Así, incluso en nuestro desacuerdo hemos reflexionado la gama de puntos de vista dentro de la sociedad.

No es posible que un informe como este deba ser igualmente bien recibido en todas partes, habida cuenta de algunos de los polémicos problemas que hemos tenido que considerar. Sin embargo, han tratado de ofrecer por un lado, una discusión razonada de

las cuestiones que esperamos contribuya a un alto nivel del debate público sobre los asuntos que son de profunda preocupación para el público, y por el otro un conjunto coherente de propuestas de política pública, en lugar de la conciencia individual, se realizó una gama de avances que muchas personas no desean participar pero que otros encuentran totalmente aceptable.

Hemos intentado en una palabra, para dar la debida consideración tanto al público y la moral privada.

En resumen del contenido del reporte Warnock es el siguiente:

En 1982 se estableció un comité para investigar las tecnologías de la fecundación in vitro (FIV) y la embriología. Esto fue en respuesta tanto a la preocupación por la rapidez con que estas tecnologías se estaban desarrollando, y también para el nacimiento de Louise Brown 1978, en 1978, el primer bebé por nacer en esta tecnología.

El papel de la comisión fue el desarrollo de principios para la regulación de la FIV y la embriología. El comité fue presidido por la filósofa María Warnock, que más tarde se convertiría en la baronesa Warnock. El comité concluyó que el embrión humano debe ser protegido, pero que la investigación sobre embriones y fertilización in vitro sería admisible, teniendo en cuenta las oportunas garantías.

El comité propuso la creación de una autoridad reguladora con el mandato de la autorización del uso en el tratamiento, el almacenamiento y la investigación de embriones humanos fuera del cuerpo. Este cuerpo más tarde se convertiría en la Fertilización Humana y Embriología. Las conclusiones del comité fueron publicadas en lo que ahora se conoce como el informe Warnock en 1984. En muchos aspectos, el informe Warnock sirvió de base para la Ley de Fertilización Humana y Embriología ¹⁵⁷

¹⁵⁷The **Human Fertilisation and Embryology Authority** . Obtenido de la página de Internet <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>. el día 28 de mayo del 2010

3.3.3 FRANCIA

“El «Comité National d' Ethique» ha rechazado la maternidad subrogada, recomendando que no se modifique la vigente legislación dando cabida a tal práctica. Según el texto publicado, el Comité propone mantener la aplicación de la legislación vigente y no adoptar medida legal alguna para legalizar tal forma de actuación contra la infertilidad, porque contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la madre portadora y para cuantos intervienen en estas operaciones.”¹⁵⁸

“Pese a la creación en 1983 de la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución, (ANIAS), ésta práctica se encuentra prohibida por los artículos 345 y 353.1 del Código Penal. El contrato suscrito entre la pareja solicitante del niño y la madre portadora carece de validez jurídica. El Derecho francés mantiene como cuestión de orden público el principio de la integridad de la persona humana. Con relación a la persona, los únicos contratos lícitos son aquellos que no atentan a la conservación de la persona (p. ej. Transfusión de sangre o donación de esperma), o bien aquellos que pudiendo atentar a dicha conservación se realizan con una finalidad curativa (p. ej. Contrato de donación de órganos de la Ley de 22 de diciembre de 1976). Las consecuencias técnicas de la ausencia del contrato lícito son:

- La madre portadora puede reclamar la maternidad, si lo desea.
- La pareja contratante no puede exigir legalmente ni tampoco reclamar indemnización por el cumplimiento de la entrega.
- Si el niño nace anormal se asigna, con carácter forzoso, a sus verdaderos padres y sólo puede ser internado en la Ayuda Social a la Infancia, de conformidad con la Ley de 6 de junio de 1984 sobre derechos de las familias en sus relaciones con los servicios encargados de la protección de la familia y de la infancia.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Comité National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, de 23 de octubre de 1984. Documentation catholique 1985. Págs. 805 a 807. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. Ídem p. 54

¹⁵⁹ REVILLARD Mariel; Les problèmes juridiques posés par la maîtrise de la production. En Lionniere et vie, 1985, núm. 172, págs. 36 a 56. La cita corresponde a la página 56. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. Ídem, p. 55

“En diciembre de 1989 la Ministra de Sanidad, Michelle Barzac solicitó al Ministerio de Justicia la declaración de ilegalidad de las asociaciones mediante las que se practica toda la técnica de las madres portadoras y que ordenara su disolución, por estimar ilícita tal actividad de mediación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1182 del Código Civil y del artículo 351 del Código Penal. En respuesta a tal solicitud manifestó el Ministro de Justicia su voluntad de iniciar seguidamente los procedimientos necesarios para la disolución judicial de tales asociaciones.”¹⁶⁰

Después de una larga búsqueda en Internet se encontró un artículo en la página de lepoint.fr en su sección de justicia en relación con la maternidad subrogada

“Hace diez años, comenzó para la familia Mennesson, esta lucha para reconocer finalmente que sus gemelos son franceses y son sus hijas. Un procedimiento legal termine pronto.

Isa y Leah nacieron en el año 2000 María, una madre de alquiler de América, que había recibido embriones a partir de un óvulo de donante de un amigo de la pareja y el espermatozoides de Dominica. La ley de California, certificados de nacimiento promedios de América Sylvie y Dominique como padres de dos niñas. Un derecho a impugnar su regreso a Francia, donde madres de alquiler (ACP) es ilegal. Desde entonces, la fiscalía está tratando de revertir la transcripción en los registros del Registro de francés. En 2005, el Tribunal de Gran Instancia (TGI) Créteil se negaron a acceder a la solicitud de los fiscales, una decisión confirmada por el Tribunal de Apelación de París en 2007. La razón dada por el tribunal: "el interés superior de niños que, en virtud de la legislación francesa, se verían privados de registros civiles con indicación de su filiación, en particular con respecto a su padre biológico."

“Pero en diciembre de 2008, el Tribunal Supremo dictaminó en el caso de la fiscalía y la decisión de la Corte de Apelación de París, que declaró inadmisibles los recursos de

¹⁶⁰ ABC; de 6 de diciembre de 1987. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. *Ibidem*, p. 55.

anulación de la transcripción de la condición civil de sus hijas. Motivo: la transcripción es contraria al orden público. La fiscalía decidió desafiar una vez más la decisión en primera instancia de Créteil, y que el Tribunal de Apelación de París, que en adelante se revisará el expediente.

La maternidad subrogada ya está autorizada en varios países, en particular las europeas

Desde la Revolución Francesa, los niños ya no pagarán por las acciones de sus padres. Los únicos que sufrirán las consecuencias de la corte, son los niños. He pedido a los tribunales para tener en cuenta con antelación Nathalie Boudjerada, Mennesson abogado de la familia, afirmando que defiende los intereses de los niños y la familia prevalezca la paz en este muy abstracto "orden público". Estas chicas, ahora ciudadano francés-americano, se convertiría a los inmigrantes indocumentados en Francia.

¿Los padres de estos niños tendrán que ponerse en duda? Detrás del caso de estos gemelos es en realidad esconde un debate mucho más amplio, el de la legalización de las madres de alquiler en Francia, como Canadá, estados de EE.UU., Nueva Zelanda, Israel, la Argentina, Australia, Rusia, Brasil, y en Europa, Inglaterra, Grecia o Bélgica. Más allá de la simplificación administrativa, la legalización de la subrogación es probable que evitar los excesos y los abusos potenciales en el mercado negro. Un mercado donde por lo menos cien parejas francesas se comprometen cada año. El senador socialista Michele André presentó en enero un proyecto de ley autoriza a la maternidad subrogada. El abogado de la familia Mennesson realizó la petición al tribunal para suspender el procedimiento hasta la decisión de los legisladores.”¹⁶¹

¹⁶¹ LEPOINT.FR; SOCIEDAD, JUSTICIA; Publicado el 17/03/2010 por Louise Cuneo; en la paginad de Internet, citado el día 17 de julio del 2010

3.3.4 ESTADOS UNIDOS

La mayor parte de las legislaciones de los diferentes Estados sanciona como delito la entrega de dinero o de otra clase de bienes materiales por la adopción de menores de edad. “En el caso «Doe versus Kelly», un Tribunal de Michigan se negó a ordenar el cumplimiento de la presentación pecuniaria a favor de la madre portadora en compensación de sus servicios, con excepción de los estrictos gastos en que incurrió por ello, sin hacer referencia alguna a la validez del contrato. Se basaba tal resolución en que la Ley prohíbe pagar dinero a cambio de la entrega de un menor para la adopción.

En el caso «Srykowski versus Appleyard» tampoco se pronunció el Tribunal de apelación sobre la validez del contrato de maternidad subrogada.

En enero de 1981 manifestó en Kentucky el Procurador General su tesis de la ilegalidad de tales contratos, apoyando dicha opinión en la propia política del Estado, contraria al pago de dinero como remuneración por la adopción de un menor y sobre todo en una específica y concreta Ley que veda el consentimiento para el convenio de adopción antes del nacimiento de la criatura. Manifestaciones parecidas realizó en junio de 1982 el Procurador General del Estado de Kansas.

La opinión más común y generalizada es la conveniencia de aprobar una legislación especial que resuelva los complejos y variados problemas que se suscita la maternidad subrogada. La vigente legislación de IA no resuelve las diversas cuestiones jurídicas que suscita la maternidad subrogada.”¹⁶² “A este respecto merece citarse los Estudios de la Comisión de la residencia de Estados Unidos para la legislación de bioética en 1985.”¹⁶³

¹⁶² ¹⁶² SILVA RUIZ, Pedro. F, El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, en congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, Octubre de 1987, año VII, núm. 36. Pág 79. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibíd.* p. 40.

¹⁶³ HIGUERA Gonzalo, Biogenética y derechos, en revista española de Derecho Canónico, 44 (1987), págs.7-35. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibíd.* p.40.

“En el año 1987 existen proyectos de Ley en la casi totalidad de los Estados, aunque tan sólo Arkansas, Nevada y Louisiana tenía leyes ya aprobadas. En Arkansas su específica normativa prevé, que si una pareja contrata una madre subrogada soltera, aquellos son los padres legales del niño y no la madre portadora.

En Nevada la ley exige a la subrogación materna de la prohibición de pago que rige para la adopción.

En Louisiana no son exigibles los contratos de maternidad subrogada realizados mediante precio.

Diversas leyes han reaccionado contra esta práctica. De los proyectos legislativos, cinco 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). Tres proyectos adicionales en Columbia, Florida y New York pretenden prohibir la maternidad subrogada mediante precio, pero, por otra parte, sujetan la permitida a una extensa regulación.

El proyecto de Michigan establece penas hasta de 10,000 dólares y privación de libertad hasta un año para los participantes en un contrato de esta clase. Para los inductores o colaboradores en esta clase de acuerdos, las penas son de hasta 50,000 dólares o de privación de libertad hasta cinco años. Se contienen también normas especiales para quienes participen, induzcan o colaboren en la suscripción de contratos referidos a mujer menor de edad o retrasada mental. Con relación a los contratos y como medio de desanimar a los posibles interesados, en cuatro Estados (Conecticut, Illinois, Carolina del Norte y Rhode Island) se han propuesto diversas normas para hacer inexigibles tales contratos. En otros (Alabama, Minesota, Nebraska y New York) tales normas de inexigibilidad de dichas convenciones sólo se refieren a los acuerdos en que intervengan precio”¹⁶⁴

¹⁶⁴ El País de 5 de Febrero de 1989; pág. 22. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. *Ibidem.* p. 43 y 44.

“La mayoría de los proyectos de ley admiten bajo ciertas condiciones la maternidad subrogada, Columbia, New York y Wisconsin, toleran los contratos gratuitos; mientras doce Estados en sus proyectos aceptan también ciertas modalidades retributivas.

En California e Illinois se especifica que la compensación tiene que ser razonable, permitiéndose la reducción judicial, si ésta se estima excesiva. En otros casos se determina que el precio debe ser justo, lo que permitirá su elevación, si el Juez estimase que es escaso. Incluso se llegan a señalar tasas o límites, como el proyecto de New Jersey que lo cifra en 10,000 dólares.

En aquellos casos en que acepta la maternidad subrogada mediante precio, se discute mucho si el pago a la madre antes que el pago por un servicio, puesto que en numerosos supuestos la mayor parte del precio se entrega después del parto y en otros la madre subrogada nada percibe si se malogra el nacimiento de la esperada criatura. El proyecto de Carolina del Sur prevé que la portadora no percibirá compensación alguna, salvo los gastos médicos, si aborta antes del quinto mes de embarazo. En contraste, un proyecto de Michigan establece que el contrato no debe contener la previsión de reducción del precio, si el niño naciese muerto o con malformaciones.

Algunos proyectos legislativos suelen presentar limitaciones sobre la parte contratante de la madre subrogada. Así los de Florida, Illinois, New Jersey y Carolina del Sur, exigen estar casados a los futuros padres.

En otros Estados sólo se puede acudir a la maternidad subrogada por razones médicas. Por lo normal, tales circunstancias suelen establecerse referidas a la infertilidad, peligro para la vida o la salud de la madre o del niño en caso de embarazo. En otros proyectos se expresan referencias concretas al riesgo de un defecto genético grave para el niño. Los de Missouri y Carolina del Sur excluyen a aquellas personas que encuentran incapacitas o con salud defectuosa, requiriendo un previo examen médico sobre las circunstancias que pudieran interferir en su aptitud de padres.

Los proyectos de Carolina del Sur y New Jersey establecen una investigación similar sobre la vida y entorno familiar de ellos la investigación debe extenderse a determinados factores, tales como las circunstancias morales, estabilidad familiar y la disposición y capacidad de los futuros padres para otorgar al niño, amor, afecto, estabilidad, educación, cuidados médicos así como alimentación, vestido y otras necesidades materiales.

Los requisitos de las madres subrogadas se describen detalladamente en diversos proyectos, destacando las circunstancias psíquicas y médicas. Asimismo se prevé la eliminación como candidatas a madres portadoras a las que no hubieran tenido un niño con anterioridad y pretendiendo evita incestos.

Algunos proyectos requieren un previo historial médico detallado y meticuloso de la futura madre portadora y en otros se exigen informaciones médicas con relación al padre. En el del Distrito de Columbia se extiende a la existencia de conocidas enfermedades genéticas transmisibles, incluidas las relativas a la sangre, sexuales, uso habitual de drogas o alcohol y exposición a radiaciones o sustancias tóxicas.

El Proyecto de Missouri requiere una certificación referente a que los proveedores del material genético y los futuros padres han sido examinados médica y genéticamente por especialistas. En algunos Estados se exige un examen sobre enfermedades sexuales transmisibles tanto de la madre subrogada como del proveedor de esperma. En Michigan, debe someterse la futura madre subrogada, si así lo solicita el futuro padre, a un examen genético del que pueda tomar conocimiento el solicitante. Otro tanto ocurre en el proyecto de New York. Así mismo se proveen diversas medidas para acreditar la salud mental y psíquica.

En el proyecto del Distrito de Columbia, la madre sustituta y su marido, si está casada, deben someterse a un asesoramiento de un profesional acerca de las consecuencias psíquicas de la supresión de los derechos sobre la criatura. El profesional ha de certificar que todas las partes son capaces de consentir y que la madre subrogada ha recibido el

asesoramiento adecuado. De modo muy semejante se pronuncian los proyectos de New York y de Michigan.

En Illinois se requiere certificación o informe de un especialista de que la madre subrogada y su marido, en su caso, son personas aptas para entregar el niño tras el nacimiento. El proyecto de Maryland determina que la madre portadora, tras una petición razonada del padre biológico y de su esposa, debe someterse a una evaluación psíquica y psicológica previa y un asesoramiento psíquico posterior al nacimiento de la criatura, si así se recomendase.

Los textos de Michigan y del Distrito de Columbia exigen antes de la firma del contrato el asesoramiento de los futuros padres de un especialista en Psiquiatría acerca de las responsabilidades y consecuencias de la paternidad trae un contrato de subrogación. En el proyecto californiano se precisa dicho asesoramiento con relación a todas las partes, treinta días antes del contrato y no más lejos de los meses siguientes al nacimiento del niño. En algunos proyectos, antes de suscribir el contrato, los futuros padres deben conocer los resultados de los exámenes genéticos, psíquicos y psiquiátricos de la futura madre subrogada para decidir adecuadamente. En otros se admite la posibilidad para ambas partes de conocer previamente los antecedentes penales.

Otros proyectos incluyen diversas fórmulas para asegurar que la decisión de suscribir el contrato de maternidad subrogada está debidamente tomada. Así los de Michigan y Distrito de Columbia establecen determinados periodos de suspensión del contrato antes de la inseminación. En otros se regulan diversas garantías acerca del debido asesoramiento legal a la madre portadora, prohibiéndose la común representación legal para ambas partes, sin perjuicio de que el abono de las minutas de asesoramiento de la subrogada corra a cargo de los futuros padres.

Otros proyectos exigen además una aprobación judicial del convenio o contrato antes de la inseminación, para apreciar la libertad y el adecuado asesoramiento de las partes.

Incluso en Massachussets el Juez puede determinar cuando el contrato protege la salud y el bienestar del futuro niño.

Determinados proyectos contienen clausulas acerca del bienestar de la madre subrogada durante el embarazo y conceden a ésta el derecho de tomar decisiones para proteger su salud en dicho periodo, incluyendo o no la posibilidad de abortar de acuerdo con su sola decisión. Por el contrario, en otros proyectos como el del Distrito de Columbia se limita este control de la embarazada, al requerir que el contrato contenga una cláusula que obliga a la gestante a seguir las instrucciones del médico que la atiende el embarazo para proteger su salud y la de la criatura. Otro tanto acontece en el de Maryland, precisando que la subrogada acepte propuestas razonables de los futuros padres sobre cuidados prenatales. Según el proyecto de New Jersey la madre portadora debe seguir un examen médico cada determinado tiempo. En otros proyectos legislativos la falta de seguimiento de tales cuidados médicos puede determinar la declaración por parte del padre de la nulidad del contrato, si tales circunstancias se encuentran expresas en su texto. En el de Carolina del Sur únicamente puede realizarse el aborto tras una declaración médica de que tal medida es necesaria para la salud física de la madre.

Según los proyectos de Illinois y Missouri, si la gestante abortara sin necesidad médica declarada, los futuros padres pueden ser indemnizados de los gastos realizados y pagados a aquella, así como los gastos razonables por los asesoramientos legales. Si el Aborto fuese involuntario, médicamente aconsejado como necesario, o acordado por ambas partes, la madre subrogada tendrá derecho a un porcentaje de gastos, médicos y legales para la defensa de sus derechos.

En una gran parte de los proyectos los futuros padres asumen de forma expresa los derechos paternos y responsabilidades frente al niño tras el nacimiento, sin que en ello influya la condición de la criatura. Sin embargo, el de California especifica que pueden ser obligados a la custodia de la criatura que sufra de malformaciones causadas por el incumplimiento por parte de la subrogada de clausulas contractuales. En Massachussets el proyecto no otorga automáticamente la custodia del niño a los futuros padres, pese a

establecer la obligatoriedad del contrato y que pueden ser impuestos a las partes. Si existe controversia acerca de la custodia, el juez puede fijar la solución más favorable para el niño, y tomando en consideración cuestiones como la existencia de fraude, influencias indebidas, madurez y capacidad mental de ambas partes, ambiente familiar, etc.

En otros proyectos los términos del contrato prevalecen salvo decisión judicial en especial circunstancias o porque puedan atentar a los intereses del niño, como puede ocurrir tras su inseminación que los futuros padres han sido condenados por algún delito, en cuyo caso el Juez puede decidir lo pertinente sobre la custodia del niño.

En pocos proyectos la madre portadora dispone de un determinado periodo del tiempo durante el cual puede cambiar de intención después del nacimiento de la criatura. En Pensilvania, Michigan y New York se otorga veinte días para ello, pudiendo ejercitar una acción de custodia. En principio los futuros padres serían indemnizados de acuerdo con el contrato.

En el proyecto de Minesota la madre subrogada tiene derecho a la custodia legal y física de la criatura por un periodo de dos semanas después del nacimiento. Durante catorce días puede modificar su consentimiento, y si lo hiciera, el padre deberá ser indemnizado de todos los gastos, pudiendo obtener derechos de visita.

En Florida si la custodia se otorga por fin a la madre subrogada, el padre no adquiere ninguna obligación. Por el contrario, en California continúa con sus deberes paternos.

En algunos Estados se exige que en los contratos se establezcan seguros de vida de la madre portadora con beneficiarios a determinar por ella y sobre la vida de los futuros padres, estableciendo normalmente como beneficiarios al futuro niño,

En otro se requiere el nombramiento de un protector para el supuesto de fallecimiento de los futuros padres. En principio, si fallece el padre la custodia del niño es asumida por su cónyuge, salvo concreta especificación en contra. En el proyecto de California si los

futuros padres murieran antes del nacimiento de la criatura durante los veinte días siguientes al nacimiento. Si lo declinare, el niño pasaría a la custodia del nombrado protector.

Pocos proyectos abordan este punto. Algunos requieren antes del registro una información detallada sobre el convenio de maternidad subrogada.

El de New Jersey señala que el Departamento de Salud debe llevar registro de todas las madres subrogadas, pero tales controles deben estimarse confidenciales. Asimismo el médico supervisor de la inseminación deberá entregar copia de todos los documentos médicos y del contrato de subrogación al Departamento de Salud.

Las más recientes leyes de AID son muchas más complejas que sus precursoras. Así la Ley de Ohio de 1986, por ejemplo, incluye provisiones acerca de un esquema médico y genético del donante, toma de datos, confidencialidad y consentimiento debidamente informado, así como un requerimiento preferente a que la receptora de esperma y su esposo tenga acceso a las informaciones relativas a las características del donante, estado de salud y nivel educacional.”¹⁶⁵

3.3.5 ITALIA

“La mayor parte de las proposiciones de Ley en materia de fecundación artificial no hacen referencia alguna al fenómeno de las madres portadoras. Constituye excepción la proposición del Partido Liberal en cuyo artículo 8 se prohíbe la práctica médica originadora de un supuesto de madre subrogada. En este punto, tan sólo la segunda proposición ministerial de 28 marzo de 1985 presentaba una regulación medianamente articulada. Comienza en su artículo 34 prohibiendo el acuerdo por el que una mujer se compromete,

¹⁶⁵ En Hastings center Report de octubre –noviembre de 1987, bajo el título: The aftermath of Baby M. Proposed state Laws on surrogate Motherhood, Oir Lori B. Andrews. P. 39. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibidem.* p. 49 al 51.

incluso gratuitamente, a proporcionar su ovocito para llevar a cabo un embarazo hasta el nacimiento y ceder la criatura a otra pareja, obligándose a entregar a ésta el niño nacido. En su segundo párrafo se proscribe también el acuerdo en virtud por el cual una mujer se limita a la gestación y al parto de un embrión fecundado con gametos de otra pareja, obligándose a entregar a ésta el nacido. Finalmente se recoge que en el caso que, pese a las prohibiciones y sanciones se realizase dicha actividad y la gestante entregase el nacido, ello se equiparará a una situación de abandono, pudiendo el Tribunal estimar adoptable el menor y atribuir su custodia a la pareja más idónea, sin preferencia ni prohibición alguna por la parte a la que se había cedido el niño.”¹⁶⁶

“Como resumen, podemos destacar que han sido presentadas propuestas por los grupos comunistas, mixto, liberal y radical, a más de dos ministeriales. En el proyecto de Ley presentado el 28 de febrero de 1985 por iniciativa de los diputados, Battistuzzi, Fachetti, D' Aquino, De Luca, Serrentino y Bozzi, el artículo 8 prohíbe la implantación del embrión fecundado in vitro en tercera persona.”¹⁶⁷

“En el proyecto sobre Procreación artificial homóloga de Costante Degan y otros, se admite sólo en los caso de infecundidad de la pareja, no de otros superables, de grave perjuicio para la salud de los progenitores o de riesgo de transmisión de grave patología hereditaria y tan sólo permite, con acuerdo escrito de ambos cónyuges, la inseminación artificial con semen proveniente del marido o, si ésta resulta inidónea, la fecundación extracorpórea con implantación de embriones obtenidos con gametos de entre ambos cónyuges. Ello quiere decir la prohibición de la maternidad subrogada y se prevén penas de reclusión de hasta dos años y multa de hasta seis millones de liras para los contraventores.”¹⁶⁸

¹⁶⁶GARCIA RUBIO, María Paz, La experiencia jurídica en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Español; en *tapia*, núm. 36, octubre de 1987, págs. 68. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. *Ibíd*em, p.56.

¹⁶⁷Boletín de la Cámara de diputados (Italiana), Núm. 2603. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. *Ídem* p. 56

¹⁶⁸ Datos tomados de *Medicina e Morale*, 1989/3, págs. 605 y ss. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. *Ibíd*em, p.57.

“Un Tribunal de Monza, en el norte de Italia, declaró nulo un contrato de «alquiler de útero», dictando sentencia tras reclamar la pareja contratante a la madre portadora el cumplimiento del acuerdo, debido a que ésta, después del nacimiento de la criatura se negó a la entrega, exigiendo una prestación económica superior a la pactada. La sentencia declaró la nulidad del contrato de maternidad subrogada, por atentar contra los principios de la Constitución, del Código Civil y del Código Penal, que reconocen y protegen el derecho del menor a crecer en la familia formada por sus padres, así como una familia sustitutiva sólo en el caso de falta o de incapacidad de la propia. Se destaca además en dicha resolución judicial que el ciudadano carece de un propio y genuino derecho subjetivo a la procreación que pueda dar lugar a una paternidad o maternidad negociable, añadiéndose también que la calidad de madre corresponde a la que ha dado a luz la criatura.”¹⁶⁹

En la actualidad en Italia esta prohibida la maternidad subrogada.

3.3.6 SUECIA

“La Ley 1 de marzo de 1985 prohíbe la actividad de maternidad subrogada cuando existe remuneración económica e impide a la mujer estéril que participa y encarga la gestación de sustitución poder adoptar al hijo encargado a la gestante, porque el Derecho Civil sueco no permite la adopción cuando se produce retribución económica.”¹⁷⁰

“Dicha Ley fue precedida por los estudios del Comité de Inseminación, creado el 3 de diciembre de 1981 por el Gobierno sueco para el estudio del FIV y de la IA, que publicó en el mes de septiembre de 1983 sus primeros trabajos. En dicha labor se destacó como muy poco deseable la técnica de la maternidad subrogada por presumirse razonablemente que los niños serían objeto de convenios crematísticos éticamente indefendibles.

¹⁶⁹ ABC de 6 de diciembre de 1990. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. Ídem p. 57.

¹⁷⁰ HERRERA CAMPOS, Ramón; La maternidad subrogada; en revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1986, primer cuatrimestre, núm. 9. Págs. 219. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. Ibídem, p.57.

La Ley 711/1984, de 14 de junio, de fertilización in vitro, muy breve y con tan solo cuatro artículos, declara en el 2º que «la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo se permite: 1 Si la mujer es casada y lo consiente. 2 Si lo consiente el cónyuge o convivente dando consentimiento escrito y 3 Si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o convivente. Ello supone, una vez más, la prohibición de las técnicas de maternidad subrogada. El artículo 4 impone sanción pecuniaria o reclusión hasta seis meses. Creemos que esta pena alternativa y no cumulativa es mas adecuada para su adaptación a las circunstancias del caso y de las personas.»¹⁷¹

Actualmente no esta regulado el alquiler de vientres solo se permite adoptar a la criatura concebida bajo la maternidad subrogada con opción de la madre subrogada a no darlo y quedarse con la criatura.

3.3.7 AUSTRALIA

“El Estado de Victoria es el que ha legislado sobre esta materia ha establecido la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Pero dicha normativa no se limita a declarar la ilicitud de tal acuerdo, sino que eleva el quebrantamiento de dicha prohibición a la categoría de delito y lo sanciona con la penalidad alternativa de multa o privación de libertad. La tipicidad de tal infracción viene determinada por dar, recibir o convenir dar o recibir pago por ayudar a que se realice un contrato de maternidad subrogada o por contratarlo.”¹⁷²

¹⁷¹ Datos tomados de Medicina e Morale, 1989/3, págs. 786 y 787. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. Ídem p. 58

¹⁷² ¹⁷² SILVA RUIZ, Pedro. F, El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, en congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, Octubre de 1987, año VII, núm. 36 Pág. 80; citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. Ídem p.58.

“La ley aprobada es consecuencia de la aceptación por el Gobierno del Estado de Victoria de las recomendaciones formuladas por el informe final del Waller Committee, especialmente en acuerdo de maternidades de subrogación.

La Ley de concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no trata directamente sobre las denominadas madres de subrogación, de hecho dificulta dicha práctica al señalar con toda claridad que los donantes de esperma no tienen absolutamente ningún derecho sobre las criaturas nacidas mediante inseminación artificial. Con referencia a la paternidad sobre dichas criaturas, la nueva Ley determina que se apruebe cumplidamente que no consistió en tal inseminación artificial. Como resultado de esta nueva concepción legal puede darse el caso que una criatura carezca de padre legal, por no haber sido aceptada por el cónyuge de la inseminada y no poder reclamarse tal estado parental por el donante de esperma.”¹⁷³

Para darles un enfoque un poco más amplio de dicha ley de fertilización in vitro anexo un pequeño resumen de esta.

“Comité Waller elaborado un documento de asesoramiento importante en la fertilización in vitro para el Gobierno de Victoria en 1984. Aquí se resume la situación de orden público de las tecnologías de reproducción en Australia por una serie de seis partes Hastings Center Report sobre la reproducción asistida fuera de los Estados Unidos. Waller centra su informe sobre la labor de las comisiones de investigación en tecnologías de nacimiento creado por los seis gobiernos estatales, y las medidas reglamentarias de los estados. La infertilidad de Victoria (Procedimientos médicos) de 1984 es el primer estatuto general en el derecho consuetudinario para autorizar y regular las técnicas de reproducción, en particular en la fertilización in vitro. Sus disposiciones que regulan la investigación con embriones se ha centrado el debate sobre ese tema. Waller concluye que las preocupaciones de Australia en su política en un futuro girara en torno a lo que es la

¹⁷³ El País de 7 de agosto de 1990. , citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibidem* p.59.

experiencia admisible en embriones tempranos, y si un enfoque uniforme para la regulación de la natalidad tecnológica es deseable.”¹⁷⁴

3.3.8 REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

“El Ministro Federal de Justicia, Hans Engelhard y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología, Dr. Heinz Riesenhuber constituyeron en 1984 una comisión bajo la presidencia del Presidente del Bundesverfassungsgericht, que se ha ocupado de los nuevos métodos de fertilización in vitro y del «Genom-Análisis», así como de la terapia de genes en el hombre, con las cuestiones éticas y jurídicas que plantean tales métodos. En su composición interdisciplinaria la Comisión garantizó que se tuvieran en cuenta las distintas perspectivas y realizó desde septiembre de 1984 a noviembre de 1985 nueve de casi dos días de duración cada una. En abril de 1985 la subcomisión de representantes jurídicos presentó un primer esbozo, pero ha servido de base para los restantes discusiones de la Comisión. Esta ha elaborado un informe votado por diecisiete miembros y tan sólo con dos votos en contra. Se permitió desde el comienzo que cada disconforme pudiese formular su voto particular; sin embargo, el Dr. Doepler expresó su voluntad de que constase que había votado negativamente el informe.

El referido Informe estima madre de alquiler, de préstamo, nodriza, sucedánea, según la costumbre de designación de tal fenómeno.

El informe se limita a la maternidad de reemplazo en relación personal entre la embarazada y el “nasciturus”. Existe el peligro de que la sustituta, dispuesta por motivos económicos a llevar un hijo fecundado extra corporalmente con esperma de un extraño para el donante y su esposa, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y de nicotina, necesaria para las precisiones físicas y psíquicas del “nasciturus”, como lo

¹⁷⁴ U.S. national Library of Medicine National Institutes of Health; página de Internet <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11644025> Obtenida el 01 de julio del 2010.

haría la mujer que pretendiera quedarse con su hijo. Tampoco puede excluirse que desarrolle una unión con el hijo que elimine dicho peligro e incluso que pudiera arrepentirse de su acuerdo y se niegue a la entrega del niño. Se convertiría a sí la criatura en objeto de diversos conflictos con la participación de sus padres genéticos.

No es tampoco impensable que nazca una criatura física o mentalmente deficiente, no estando dispuesto ninguno de los participantes del acuerdo en hacerse cargo de ella. Si la madre sustituta ha accedido por motivos altruistas a la gestación de un niño que ha surgido de la fecundación con semen de un hombre y de un óvulo de su esposa, también cabe esperar un desarrollo de relación con el hijo, que pudiera originar conflictos y perjudicar al niño. En estos casos se presenta un nuevo problema y es, que el niño que llegue a conocer su origen encontrará importantes problemas en la búsqueda de su identidad, por que tanto la madre gestante como la genética tienen una necesaria participación en su existencia. La Comisión se muestra contraria a cualquier forma de maternidad sustituta. Tal acuerdo se estimaría jurídicamente ineficaz según el Tribunal de Tutelas, en base al parágrafo 1752, apartado 1 del BGB. A lo que habría de añadirse además, la duda en el momento del alumbramiento de quien sea la madre y haría nacer el niño bajo tan grave desconocimiento.

El Congreso Médico Alemán acordó que la maternidad de sustitución debe rechazarse por los inconvenientes que presenta para el niño y por el peligro de una comercialización de la fertilización “in vitro” y de la transferencia de embriones.

La Comisión aconseja al legislador prohibir las instalaciones médicas que realicen estas prácticas, pero tomando al mismo tiempo medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir, principalmente lo relativo a la falta de validez del contrato y la exigencia que el tribunal de Tutelas sea quien tenga que decidir sobre los procedimientos de adopción.

El Ministro de Justicia, Hans A. Engelhard, ha declarado que la técnica de las madres portadoras constituye una usual forma ilegal comercio humano y ha advertido de los

peligros que implica aventurarse en estas dudosas intervenciones que conducen a desagradables sorpresas y a decepciones humanas y económicas. El cumplimiento de tales contratos no podría demandarse judicialmente ante los Tribunales, ni podría la madre sustituta reclamar la cantidad prometida, ni existiría para los «padres» un derecho del cumplimiento del contrato, pues pese a todos los convenios podría la denominada madre de alquiler conservar a su hijo.”¹⁷⁵

“Los medios de comunicación se hicieron eco de que el Gobierno alemán preparaba un Proyecto de ley que prohibiría los embarazos de alquiler y sancionaría con penas privativas de libertad a los que se dedicasen a tales prácticas, a través de una nueva Ley de adopción.”¹⁷⁶

“La primera agencia de madres de alquiler de la República Federal alemana recibió orden judicial de suspender de inmediato sus actividades, como claramente contrarias a la Ley de adopción. Un Alto Tribunal Administrativo del Estado de Hesse prohibió a la agencia United families International, con sede en Francfort, sus actividades de mediación.”¹⁷⁷

“Aunque por razones evidentes solo se han realizado hasta ahora estudios de seguimiento, tras nuevos conocimientos parece ser que entre la embarazada y el niño que crece dentro de ella se establece una estrecha relación, de notable importancia para el desarrollo del niño y por ello en los casos de maternidad suplente se está programando un conflicto perjudicial para el bienestar de la criatura.”¹⁷⁸

¹⁷⁵ Bajo los titulares de, Leihmütter-Andel ist Zynisch und skrupellos, apareció el diario Die Welt, cuyo recorte conservamos, pero sin poder determinar la fecha exacta, pero en todo caso, anterior al 29 de enero de 1985. *Ibidem*, El País de 7 de agosto de 1990. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibidem*, p. 59 a la 62.

¹⁷⁶ YA del 29 de enero de 1985, pág. 32. *Ídem* El País de 7 de agosto de 1990. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibidem*, p.62.

¹⁷⁷ El País 8 de enero de 1985, pág. 32. *Ídem* El País de 7 de agosto de 1990. citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Ibidem*, p.62.

¹⁷⁸ ESE, Albin, Leihmütter-Andel ist Zynisch und skrupellos; en cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, bajo el Título; Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 1991, pág.9, citado por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. *Óp. Cit.* .62.

3.3.9 ARGENTINA

“La Maternidad Subrogada o Gestación por cuenta de otro, comprendiendo en este supuesto a la pareja de progenitores que aportan los gametos fecundados para su posterior implantación en el útero de una mujer que lleva adelante el embarazo con el compromiso de entregar el niño después del alumbramiento.

Destacando la trascendencia que posee contemplar el fenómeno jurídico como hecho, norma y valor, reafirmando que el hombre es un fin y no un medio en si mismo. Es por ello, que el valor supremo al que debemos aspirar es al valor humanidad, despojándonos de aquellos valores utilitaristas y económicos, que disminuyen al hombre en su libertad. Luego de realizar un análisis a la luz de la realidad social, observamos que en la maternidad subrogada se disocia el acto procreacional de la gestación destacando que a pesar de tratarse de un acuerdo realizador del valor cooperación entre los que desean ser padres y la persona que obra a tal fin, puede convertirse en un acto de autoridad ante la ruptura de ese acuerdo.

Al efectuar este estudio, advertimos la insuficiencia de las instituciones jurídicas vigentes en la Argentina para captar este tipo de fenómenos, no obstante los proyectos de reformas y leyes sobre la materia, que regulan este tipo de prácticas con una clara tendencia a la erradicación de las mismas y a la mediatización del embrión. Por consiguiente, consideramos fundamental que la realidad social y su captación por la norma y el ordenamiento normativo, sean valorados por el valor Justicia, a fin de arribar a una solución humanista, desarrollando de esta manera el valor humanidad; y esto, sólo se logrará si el ordenamiento normativo privilegia al embrión como persona humana y sujeto de derecho, reconociéndole en todos los casos derecho a su identidad biológica, sin cercenamientos derivados de la especial situación en que se encuentra por haber sido fecundado extracorporeamente.

Puede que la madre gestante se arrepienta del acuerdo celebrado e incumpla con su obligación de dar.

La solución que se de a este problema dependerá de la postura que tome cada ordenamiento normativo en torno a la validez o nulidad de este tipo de acuerdos. Dice Sambrizzi, para determinar la existencia o no de responsabilidad por parte de la madre gestante por su negativa posterior al convenio –antes o después de nacido el niño– a entregarlo, resultan determinantes las normas legales que rijan al respecto. Si las mismas aceptan como válida la maternidad subrogada, la gestante debe entregar al hijo. Pero si no fuera así, resulta decisiva la solución que se admita con relación a la determinación de la maternidad: si según ella, quienes encargaron la gestación y aportan los gametos tienen, por esta última razón, un derecho preferente por sobre el de la gestante, considerándose los en virtud de ello como los padres del nacido, quien gesto al niño deberá entregarlo a los requirentes y resarcirlos por los daños materiales y morales que su negativa les hubiere producido; si, en cambio, se da preferencia a la madre gestante, esta no estará obligada a entregar al niño, ni tampoco a resarcir al matrimonio que encargo la gestación por los gastos en los que estos hubieran incurrido con motivo del convenio efectuado, lo que en ese supuesto sería así debido a la prohibición del convenio circunstancia que los inhibe para efectuar un reclamo de esa naturaleza”¹⁷⁹.

“Nuestro ordenamiento normativo no contempla de manera expresa el supuesto de maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro. Ante esta carencia normativa, se recurre a la auto-integración, es decir a la aplicación analógica de aquellas normas que regulan casos similares; pero al realizar esta tarea el encargado del funcionamiento de las normas, advierte la imposibilidad de la auto-integración para tipificar dicho acuerdo, dado que el objeto de la maternidad subrogada estaría fuera del comercio y sería contrario a las buenas costumbres, ya que el artículo 953 del Código Civil Argentino prescribe que

“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de las

¹⁷⁹ SAMBRIZZI, Eduardo, “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 239. Ciatdo por ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; La Maternidad Subrogada y la Mediatización del ser humano; p. 145. Obtenido de la página de internet <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/881/700>, citado el día 12 de mayo del 2009.

conciencias, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

En consecuencia, se desprende de nuestro ordenamiento normativo (legislación Argentina) que todo contrato de maternidad subrogada sería nulo por su objeto. Por lo tanto, “ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas no hay posibilidad de ejecución forzada dada la naturaleza del compromiso asumido.

No obstante el estado existente en nuestro ordenamiento normativo, existen proyectos de legislación que abordan este tópico expresamente y se inclinan por una solución. Tal es el caso de la “Ley de Reproducción humana Asistida”, que cuenta con la aprobación de la honorable Cámara de Senadores de la Nación, pendiente su tratamiento por la del Ser Humano honorable Cámara de diputados de la Nación.

Este proyecto, en su artículo 14 dispone que el Contrato de Maternidad Subrogada es nulo, y ello en virtud de que su objeto es considerado contrario a la moral y a las buenas costumbres. Ahora bien, luego de analizar la validez o nulidad de dicho acuerdo, será necesario determinar y precisar la cuestión atinente a la filiación, ya que si bien el acuerdo es nulo, debemos preguntarnos qué solución se debe abordar ante el supuesto de que esta práctica se de en la realidad.

La solución de los problemas que se presentan en la maternidad subrogada dependen, en buena parte, de la respuesta que se de a un aspecto ciertamente relevante de la cuestión, consistente en la determinación de cuál de las personas que tienen alguna intervención en la práctica de que se trata tiene mayor derecho a ser considerada como madre del niño y, por tanto, a quedarse con él, en caso de discrepancia sobre ese aspecto”¹⁸⁰.

“La disociación entre el acto procreacional y la gestación, que supone la maternidad subrogada, conlleva problemas derivados del emplazamiento filial del niño y, en estrecha

¹⁸⁰WAGMAISTER, Adriana, “Maternidad Subrogada”, en “Revista Derecho de Familia”, n° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss. Citado por ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; ÓP. Cit. p. 146

relación con este último, la cuestión acerca de la validez o nulidad del acuerdo celebrado entre sus padres genéticos y la mujer gestante.

La solución a los mencionados problemas puede inferirse, en el ordenamiento normativo argentino, del art. 242 del Código Civil (según ley 24.540): “La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”. Esta disposición legal constituye la aplicación del aforismo romano según el cual “el parto sigue al vientre” (*partus sequitur ventrum*), y en virtud de ello, “la maternidad siempre es cierta” (*mater semper certa est*).

Pero, las técnicas de reproducción humana asistida echan sombra sobre la certidumbre de la maternidad, o al menos, sobre la certeza de la maternidad biológica, que no siempre es coincidente con la determinada legalmente.

Cabría en el caso del ordenamiento normativo argentino, hacer una interpretación de la auténtica voluntad del autor de la norma, a fin de desentrañar el objetivo y los móviles que tuvo al momento de legislar. En tal sentido, analizaremos la evolución legislativa, desde nuestro Código Civil, pasando por las leyes que reformaron su redacción original en este aspecto, hasta llegar a la ley 24.540 a quien se debe la letra actual del Art.242 del Código Civil Argentino. Está de más decir que en el siglo XIX, época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, era impensado que la maternidad podía dissociarse. Podría hallarse allí una carencia histórica de normas por novedad científica. Ahora bien, las leyes posteriores (tales como la ley 23.264, a quien se debe la anterior redacción del mencionado artículo 242) se sancionaron en la década del '80, siglo XX, que ya conocía del avance tecno-científico en materia de reproducción humana asistida.

Al respecto, dice Zannoni “La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento; demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos”¹⁸¹. Lo mismo ocurre

¹⁸¹ WAGMAISTER, Adriana, “Maternidad Subrogada”, en “Revista Derecho de Familia”, n° 3, Buenos Aires,

con la ley 24.540 entonces cabe preguntarse si la norma actual fue una toma de postura ante el fenómeno de la maternidad subrogada, y nos hallamos ante una carencia ideológica de normas. “Por esta razón es necesario asumir que en esta hipótesis el nexo filial no sólo tiene un fundamento biológico, pues éste existe en ambos protagonistas sino que indispensablemente tendrá que ponderarse la voluntad procreacional. De no resolverse el dilema con este nuevo enfoque, subsiste el riesgo de encorsetar las nuevas formas de procreación en los viejos moldes donde no era imaginable otro modo de fecundación que la originada en la unión sexual a través de la cual hombre y mujer conforman el embrión que germina en el cuerpo de aquélla”.

La adopción de una postura legislativa en Argentina se halla actualmente, no en el ordenamiento normativo vigente, sino en los proyectos de reforma legislativa. Veamos cuáles son los carriles por los cuales discurre este tema en el orden local.

La maternidad subrogada a la luz del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 (De la Legislación Argentina).

Una solución al problema que plantea la maternidad subrogada, respecto de la discordancia biológico-jurídica en la determinación de la maternidad, se plasma en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, que en el párrafo final de su art. 543 dispone “...La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”. Aquí hay una coincidencia entre el Código Civil vigente, en tanto la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto. Pero el proyecto contiene una posición explícita del tema que venimos abordando, carente en la obra de Vélez.

Y la intención del legislador resulta de los fundamentos del proyecto, que respecto a este artículo establece. Esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema, y

Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss. Citado por ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; ÓP. Cit., p. 147.

también en el proyecto que cuenta con media sanción del Honorable Senado de la Nación”¹⁸².

“Esta solución brindada por el mencionado proyecto, y el propósito que la anima, son objeto de comentario del doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, quien nos dice; a nuestro criterio, la posible tensión entre la mujer que cede el óvulo y la que cede el vientre, debería haber sido resuelta respetando el acuerdo que podría existir entre ellas, que no necesariamente recorre el camino, que creemos ilegítimo, del alquiler y puede responder en cambio a elevados propósitos altruistas. En caso de romperse el acuerdo entre ambas mujeres podría haberse dejado a la solución según las circunstancias del caso. En cambio, la respuesta adoptada en el proyecto ignora incluso las célebres enseñanzas salomónicas, de atender al significado del mayor interés materno (I Reyes, 3, 16 y ss.) y los derechos del niño a su patrimonio genético. Con carácter que estimamos nítidamente totalitario, se mediatiza al hijo asignándole compulsivamente una maternidad que con mucha frecuencia puede llevarlo a su abandono o incluso a su entrega en adopción a los padres genéticos o a cualquier otra persona. A nuestro parecer esta propuesta del proyecto, que seguramente va mas allá de los propósitos de los redactores, debe ser modificada”¹⁸³.

“En la realidad social se presentan este tipo de prácticas, lo que reclama una solución normativa inspirada en el valor justicia, teniendo siempre su mirada en el embrión implantado, que como persona humana y sujeto de derecho, desde el momento mismo de su concepción, tiene derecho a conocer su origen genético y de gestación.

Los problemas que se presentan con este tipo de prácticas giran alrededor de sus protagonistas, por un lado los padres genéticos –con su deseo de concretar su voluntad procreacional–, la madre gestante –quien podrá tener un interés económico o, por el contrario, un interés altruista–, y trascendiendo a estas realidades el embrión, que reclama su respeto a la vida, a la identidad y a un desarrollo digno. De lo expuesto anteriormente, concluimos que con el objeto de obtener seguridad jurídica, se pretende encorsetar una

¹⁸² ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; ÓP. Cit., p. 148.

¹⁸³ Ídem.

determinada realidad, convirtiéndose el derecho en un inductor de conductas a través de la prohibición.

La realidad nos golpea y ante la posibilidad de esta práctica, no podemos escondernos con la respuesta de que el acuerdo es nulo o que la maternidad sigue al vientre, porque es un supuesto que reclama una solución justa, centrando su mirada en el embrión implantado, sujeto de derecho. Por ende, los operadores del derecho, no debemos negar la realidad, mediatizando al embrión, con el deseo de desalentar este tipo de prácticas, porque de esta manera no se respeta el interés superior del niño.”¹⁸⁴

¹⁸⁴ ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; ÓP. Cit., p. 149 y 150.

CAPITULO IV

REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 324 Y 360 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

4.1 La Ley General de Salud y sus propuestas de regulación de los métodos de fecundación asistida

“Para los estudiosos de la medicina y el derecho; en los cuales se ha hecho manifiesta la estrecha relación existente entre la ética y el derecho, debido quizá a que el obrar humano constituye el objeto propio regido por las normas, las que representan reglas imperativas que expresan un deber, tutelado por el derecho.

Uno de los temas que incide directamente en este conjunto de derechos y en los de la maternidad y paternidad consciente e informada, es precisamente el de la reproducción asistida, considerando la importancia que reviste en la actualidad por su incidencia, así como por la vinculación de elementos jurídicos y extrajurídicos.

Desde 1978 hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por el método de la fecundación “in vitro” y traslado de embrión, asimismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo. Nuestro país no ha escapado a esta situación y las fecundaciones extracorpóreas son ya una realidad, como resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de la reproducción humana.

Sin embargo, desde los orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en la fertilización asistida una respuesta a sus problemas de reproducción.

Tal como todos nosotros hemos experimentado desde nuestras distintas responsabilidades, las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la Ley. Es por ello que los abogados conjuntamente con los profesionales de la salud debemos promover una transformación de los conceptos básicos

del derecho que atañen principalmente al derecho de familia, al sucesorio, al de los contratos, al de los bienes y muy particularmente al de la salud.

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos.

Los problemas comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquella en la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja o si ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada, puesto que si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación.

Impresionante nos resulta pensar que como abogados tengamos que defender a una pareja que haya celebrado contrato de maternidad subrogada en donde la madre que rentó su útero no quiera reconocer los compromisos pactados y no entregue el producto de la concepción, tomando en cuenta que el contrato sería inexistente por ser una materia que en nuestro país se encuentra fuera del comercio.

Por otro lado, el hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

Como una primera respuesta a la falta de normatividad, se ha planteado un proyecto de norma para la disposición de células germinales humanas en la fertilización asistida, que

se encontraba aún en la mesa de discusión y cuyo proceso tuvo que suspenderse debido a las recientes reformas a la Ley de Metrología y Normalización, en la cual se establece ahora que todas las normas cualquiera que sea su denominación se expiden por dependencias federales, como la Secretaría de Salud, adoptarán la figura de Normas Oficiales Mexicanas, con un procedimiento que garantiza la participación de todos los sectores productivos en su emisión.

Derivado de los parámetros de la Ley de Metrología, se instalará dentro de la Secretaría de Salud un Comité Consultivo Nacional de Normalización, que será el encargado de revisar las normas que con el carácter de proyecto se publicarán en el Diario Oficial de la Federación para posteriormente establecer su obligatoriedad, mecanismo que seguramente iniciaremos en breve.

Asimismo, se propone la creación de un Centro Nacional de Fertilización Asistida que fungirá como centro nacional de referencia de problemas sobre reproducción asistida y como coordinador del Registro Nacional de Disponentes, Receptores y Resultados en la materia, debiendo supervisar para el efecto aplicación y procedimientos de fertilización asistida; sancionar los protocolos de investigación, así como formar recursos humanos y fomentar la investigación en biología de la reproducción.

Se propone que para realizar fertilización asistida deberán reunirse entre otros requisitos, que haya solicitud por escrito de una pareja heterosexual que requiera el tratamiento y esté unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos durante los cinco años anteriores a dicha solicitud como si fueran cónyuges, siempre que ambos hayan permanecido y permanezcan libres de matrimonio, es decir, se cumplan las reglas para el concubinato; que se haya comprobado que existe esterilidad en algunos de los miembros de la pareja solicitante del servicio; y que exista indicación médica.

En el proyecto de norma se proponen otras disposiciones específicas tendentes a eliminar posibles controversias legales, al establecerse que desde que se compruebe el embarazo, los miembros de la pareja que reciben los servicios de reproducción asistida deberán reconocer el producto en su calidad de hijo con todos los derechos que la ley le otorga.

Asimismo, se enlistan una serie de características a las cuales se deberá de sujetar la investigación que se relacione con la disposición de células germinales y la fertilización asistida, prohibiéndose una serie de actividades que son cuestionables desde el punto de vista ético.

Así, quedará estrictamente prohibida:

- A. La fertilización de óvulos humanos con propósitos diferentes a la procreación humana.
- B. La obtención de preembriones humanos por lavado uterino para cualquier propósito.
- C. La selección del sexo que no tenga un fin terapéutico.
- D. La mezcla de gametos de diferentes donantes para realizar técnica de fertilización asistida.
- E. La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes.
- F. La investigación en preembriones humanos vivos hasta que sea probado científicamente que los modelos animales son inadecuados para este propósito.
- G. Cualquier procedimiento dirigido a la producción de quimeras.
- H. Realizar intercambio o recombinación genética entre el humano y otras especies animales para producir híbridos.
- I. Transferir gametos o preembriones humanos a cualquier especie animal o viceversa, y
- J. La manipulación genética o cualquier otro procedimiento que no sea con propósitos terapéuticos.

Derivado de estas categorizaciones, ustedes podrán suponer que la respuesta que la legislación mexicana pretende dar a las biotecnologías como la reproducción asistida, no son del todo liberalista e inclusive podrían tacharlas de retrógradas, se han propuesto estas medidas es debido principalmente a que en nuestro país no se ha elevado a nivel

legal la garantía para el gobernado de que las prácticas científicas tengan un respaldo ético sólido, tal como lo sería el expedir legislaciones federales que normen las conductas éticas de los profesionistas, tal como lo hace el Código de Ética Médica Argentino, o bien, una regulación especial que asegure la integridad moral de la investigación que se realice en seres humanos, tal como lo estatuye la Declaración de Helsinki, que actualmente lo hace desde el ámbito internacional.”¹⁸⁵

Existen actualmente propuestas para legislar en materia de salud respecto de la Reproducción Asistida con una serie de restricciones respecto de cómo se deben realizar, pero no contemplan o al menos no lo mencionan en como es que se regulara en materia Civil o Familiar, ¿Qué pasara con la situación de la criatura en gestación?, ¿En cuanto a su filiación?, ¿como será en cuanto al parentesco?, Todas estas interrogantes como ya vimos solo las tiene definidas en el Código Civil de Tabasco y en el Distrito Federal donde la Asamblea Legislativa autorizó la Ley de maternidad Subrogada pero a la fecha todavía no se publica.

Es necesario reglamentar la Reproducción Asistida en materia Federal ya que esta les daría una iniciativa a los Estados para que ellos determinen dentro de su soberanía de que forma reglamentarla, y en relación a la Maternidad subrogada se debe determinar definitivamente la Filiación materna de la criatura, quien debe ostentarla es quien da a luz a la criatura viva y viable y establecer de que forma se puede dar una adopción plena a favor de alguna pareja.

Quizás parezca una maternidad subrogada disfrazada pero no lo es ya que la madre gestante tendrá la responsabilidad del bebé que este gestando y nadie más que ella deberá resolver si se queda con él o lo da en adopción.

¹⁸⁵ MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo; La reproducción asistida en México un enfoque multidisciplinario. Obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>, el día 12 de mayo del 2009.

Nuestro Código Civil Federal actualmente determina la filiación y la paternidad y el reconocimiento de los hijos pero no dice nada al respecto de la filiación de la madre y de las técnicas de Inseminación Artificial.

Y en las propuestas legislativas o los estudios realizados por diferentes Instituciones o Juristas, no hacen referencia a la maternidad subrogada y si lo hacen en forma muy escueta pero no dan una solución al problema que se tiene al respecto.

4.2 Contenido actual de los artículos 324 y 360 del Código Civil Federal

El contenido en los artículo 324 y 360 de nuestro Código Civil Federal, como lo he mencionado solo determina la filiación en cuanto al padre y en el segundo en cuanto a la madre si son hijos fuera el matrimonio resulta la filiación por el solo hecho de haber dado a luz.

Como verán se han vuelto ambos artículos obsoletos ya que como lo hemos visto los avances tecnológicos crean nuevas figuras jurídicas, controversias y hasta nuevas leyes que tendrán regular todas las nuevas tecnologías.

**“CÓDIGO CIVIL FEDERAL
TITULO SEPTIMO
De la Paternidad y Filiación
CAPITULO I
De los Hijos de Matrimonio**

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

**CAPITULO IV
Del Reconocimiento de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio**

Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta,

con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”¹⁸⁶

En el artículo 324 dice que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y los cónyuges que antes de serlo y decidieron tener relaciones sexuales y al celebrar el matrimonio la cónyuge tiene dos meses de embarazo ¿ya no es hijo del cónyuge?; o el caso en que ella haya decidido no solo mantener relaciones sexuales con su esposo sino con otro al mismo tiempo ¿el hijo sigue siendo del cónyuge? , o resulta que se casaron después de haber tenido a su primer hijo y el pequeñín ya tiene 6 años, ¿Ya no es hijo de los cónyuges?; o debe ser reconocido por el padre como lo menciona el artículo 360 del Código Civil Federal.

No es también demasiado obsoleto estas redacciones ahora que se puede identificar plenamente quien es padre y quien la madre, hablamos de genética, pero es bien sabido que muchas madres genéticas no desean tener un hijo y lo dan en adopción lo cual es valido y regulado pero, que pasa con aquellas que han tomado a la maternidad como un buen negocio muy lucrativo no sólo para las mujeres que ofrecen sus servicios sino también para aquellas clínicas que se tienen como intermediarias; quien a regulado todo este tipo de negocios bajo que ética, moral o tarifas, ¿Quiénes pueden acceder a este tipo de técnicas? Sólo, los que las pueden pagar. Y ¿Quiénes se prestan a la maternidad subrogada? Las que no tiene otro oficio que ser madres, o ya tienen muchos hijos y problemas económicos y necesitan resolverlos.

Lo que nuestras leyes deben proteger es a la criatura por nacer, su vida, su desarrollo emocional y el futuro que le espera, ¿que clase de gente quieres que habite nuestro país? A la que clasificas por su forma de nacer, color, estatus social o por la calidad de vida que le puedes proporcionar como sociedad y Estado.

¹⁸⁶Tomado de la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/wo17186.pdf>, citado el día 29 de mayo del 2010

Nuestros Códigos Fiscales cambian anualmente, porque se necesita dinero para la nación, ¿A caso no se necesita regular también el soporte de la sociedad? Ya no anualmente pero si de acuerdo a los avances científicos, lo cuales deben estar vigilados constantemente, para ver en que tiempo estos provocan un vacío jurídico importante y que nos afecta a todos.

4.3 Adición a los artículos 324 y 360 del código civil federal en relación a la filiación de la maternidad subrogada en referencia a la fecundación in vitro por fertilización de óvulo

Con el tiempo se han realizado una variedad de modificaciones en cuanto a la categoría de los hijos, antes, teníamos diversas denominaciones para los hijos según naciera dentro del matrimonio o fuera de él, creo que esta parte de la discriminación del nacimiento ha sido resuelta pero, como la ciencia no deja de avanzar a dado lugar a nuevas controversias jurídicas, que nos lleva a vacíos no vistos notoriamente sino hasta que la publicidad y los anuncios de internet nos dan el parámetro con que son utilizados y que no existe forma de reclamar legalmente alguna falla en el acuerdo realizado para utilizar estas nuevas tecnologías.

El capítulo séptimo del Código Civil no debería decir “DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN” sino solo de la “FILIACIÓN DE LOS HIJOS”, ya que de ninguna manera se puede presumir que es hijo del Señor y de la Señora que por el solo hecho de dar a luz, sea su hijo, ya que ambos pudieron dar su consentimiento para utilizar técnicas de fertilización las cuales pudieron o no haber utilizados sus espermias u óvulos, de ambos, pero estén de acuerdo que sean ellos quienes ostenten la filiación de la criatura que se da a luz.

En cuanto al contenido del artículo 324 del Código Civil Federal que actualmente dice:

**CÓDIGO CIVIL FEDERAL
TITULO SEPTIMO
De la Paternidad y Filiación
CAPITULO I**

De los Hijos de Matrimonio

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Se propone que pueda ser redacto de la siguiente forma:

CÓDIGO CIVIL FEDERAL

TITULO SEPTIMO

De la Filiación

CAPITULO I

De los Hijos

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

III. Los nacidos por medio de Técnicas de Fertilización Artificial autorizados por ambos cónyuges o concubinos.

En relación al artículo 360 del Código Civil Federal

“La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio sólo se puede dar en los casos de que haya existido raptó, estupro, o violación; cuando la época de delito coincida con la de la concepción del hijo; cuando la persona es tratada, presentada y ha vivido como hijo(a) del presunto padre; cuando el hijo fuere concebido durante el tiempo que la madre compartió el mismo techo, viviendo como esposos, con el presunto padre, y cuando el hijo tenga en su favor un principio de prueba de paternidad contra el presunto padre.

En el caso concreto de la investigación de la maternidad, es permitido realizarla a los hijos nacidos fuera del matrimonio y a sus descendientes, pudiendo utilizar para ello cualquier medio de prueba. Existe sólo un impedimento para que la maternidad se realice y se presente en el caso concreto en que la investigación tenga por objeto imputar la maternidad a una mujer casada, salvo en los casos en que ésta como la acción de una sentencia civil o penal. Tanto ésta como la acción de investigación de la paternidad sólo pueden ejercitarse durante la vida de los presuntos padres; en caso de que ellos hubieren, muerto durante la minoría de edad del hijo, éste tendrá cuatro años a partir de haber cumplido 18 años para ejercitar estas acciones”¹⁸⁷

**CÓDIGO CIVIL FEDERAL
TITULO SEPTIMO
Filiación
CAPITULO IV**

Del Reconocimiento de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio

Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

La filiación de los hijos producto de la maternidad subrogada se establece en favor de la madre subrogada.

Quizás no sea una aportación fundamental pero si trascendental ya que todas las propuestas legislativas van encaminadas a ley de salud y penal pero creo que las más importante es la civil, por ser quien da la protección a la criatura por nacer.

Podría ser que no se autorice esta técnica de procreación en nuestro país por todo lo que implica y por nuestra idiosincrasia, pero lamentable mueve demasiados intereses económicos y como es sabido en nuestro país la corrupción es un mal que gangrena todo lo que toca, y como dice el dicho “Quien aguanta un cañonazo de 50 mil pesos” claro cámbialo a pesos actuales o euros y ahí esta la respuesta, no podemos cerrar los ojos a

¹⁸⁷ PÉRES CONTRERAS, María de Montserrat; Derechos de los Padres y de los Hijos; Cámara de Diputados. LVIII Legislatura Universidad Nacional Autónoma de México; de la Colección de Nuestros Derechos; México 2000; p. 30 y 31; obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/70/tc.pdf> citado el día 29 de mayo del 2009

los avances científicos pero eso no significa que debamos admitir todo cuanto modifique o altere la naturaleza, salvo que esta sea para salvar la vida y no para modificarla y jugarle a ser Dios.

Por último me parece importante dar a conocer esta declaración de la Asociación Médica Mundial ya que nos da parámetros para crear o modificar leyes que estén relacionadas con la fecundación “in Vitro”¹⁸⁸

¹⁸⁸ Anexo 1

CONCLUSIONES

Primera.- La filiación es la relación jurídica que se establece entre los progenitores y sus hijos, cuando la misma se refiere a la que se da entre el padre y el hijo se llama paternidad y la que surge entre madre e hijo toma el nombre de maternidad.

Segunda.- Con los avances de la ciencia en materia de reproducción asistida y en particular en el caso de la maternidad subrogada los conceptos de paternidad y maternidad cambian.

Tercera.- La maternidad subrogada surge cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer quien se obliga a llevar a cabo el embarazo y entregar el producto de la concepción a la pareja solicitante.

Cuarta.- La maternidad subrogada cambia el principio que existe en materia familiar respecto de la certidumbre de la maternidad.

Quinta.- La maternidad subrogada origina diversos problemas en materia de filiación que deberán resolverse mediante una adecuada regulación tanto federal como local.

Sexta.- En el Distrito Federal se aprobó por la Asamblea Legislativa la Ley de Maternidad Subrogada la cual establece que las normas que la integran son de orden público y de interés social; se permite dicha práctica pero sin finalidad de lucro y siempre deberá tomarse en cuenta el interés superior del menor.

Séptima.- En la Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal sólo se permite dicha práctica si el médico tratante certifica que la mujer solicitante tiene imposibilidad para gestar, que el esposo o concubino esté de acuerdo en dicha práctica y en aportar su material genético y que la mujer gestante se encuentre en buen estado de salud.

Octava.- La Ley de maternidad subrogada no es una ley perfecta pero desde luego que es un avance.

Novena.- En relación a la maternidad subrogada en el derecho comparado encontramos que no todos los Países están de acuerdo en aceptar su regulación. En los Estados Unidos de Norteamérica algunos Estados la regulan existiendo incluso agencias especializadas en la materia a la que pueden acudir las parejas interesadas y contratar los servicios en esta materia.

Décima.- El Código Civil Federal no regula a los medios de reproducción asistida y desde luego tampoco la maternidad subrogada. Por lo que se sugiere una reforma en esta materia en dicho cuerpo normativo.

Décima primera.- Debe existir una regulación adecuada en materia de medios de reproducción asistida tanto en materia federal como local, por lo tanto se propone que se modifiquen los artículos 324 y 360 del Código Civil Federal para quedar de la siguiente manera:

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

III. Los nacidos por cualquier medio de Técnicas de Fertilización Artificial autorizados por ambos cónyuges o concubinos.

Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

La filiación de los hijos producto de la maternidad subrogada se establece en favor de la madre subrogada.

BIBLIOGRAFIA

LÓPEZ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, Editorial Porrúa, México, 2005

ANÍBAL GUZMÁN Ávalos La filiación en los labores del siglo XXI, Editorial Porrúa, México, 2005,

GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón; Diccionario Larousse, de la lengua Española. Esencial México, D. F.: Larousse, 1983

GALINDO GARFIAS Ignacio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual Estudios de Derecho civil 1981, citado el 31 de mayo del 2008, clasificación K030/G158E, Derecho Civil, Tema , la Filiación y la paternidad, www.bibliojuridica.org/libros;

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, México 1991,

BRENA SESMA, Ingrid, El derecho y la salud página de internet, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 18 de octubre del 2008.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Derecho de Familia, 1990, clasificación K780. 113/P414D, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 18 de octubre del 2008.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, Derecho Civil, editorial Porrúa, S.A., México 1990

DE LA MAZA PIZANA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, editorial Porrúa 2005.

ROJINA VILLEGAS Rafael Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia.; Editorial Porrúa, México 2005

ESQUIVEL ZUBIRI, Jorge Luis Las deficientes reformas del código civil del distrito federal en materia de inseminación artificial, Tesina presentada en la Escuela de Estudios profesionales campus Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México.

DR. VERDUZCO PARDO Gabriel , Médico gineco-obstetra , Esterilidad Conyugal, Noriega Editores, Editorial Limusa, México 1987.

VERDUZCO PARDO Gabriel, Alejandro Verduzco Guizar Infertilidad, Noriega editores, Limusa, México, 1990.

BOTELLA LLUSIA, J.; CABALLERO GORDO, A.; CLAVERO NÚÑEZ J.A.; Y VILAR DOMINGUEZ, E., Esterilidad e Infertilidad Humanas, Segunda edición, edt. Científico-Medicas, 197; Barcelona, vía layetana, 53 Madrid-México

MORO ALMARAZ Ma. Jesús, aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Librería Bosch, Ronda Universidad, Barcelona 1988

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz La fecundación in Vitro y la Filiación, Editorial jurídica de Chile, marzo de 1993.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Derecho de Familia, 1990, clasificación K780. 113/P414D, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 30 de agosto del 2008.

GALINDO GARFIAS Ignacio, Estudios de Derecho Civil, DR © 1981 Universidad Nacional Autónoma de México, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Ciudad Universitaria, México 20 DF. Dirección General de Publicaciones, Impreso y Hecho en México, citado el día 09 de febrero del 2009

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa, 2004

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación, DR © 1986. Rubinzal- Culzoni, 9 de julio 3573, Santa Fe, República Argentina, citado el día 9 de febrero del 2009, en la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1413/pl1413.htm>,

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Familia, 7ª ED. Buenos Aires, 1984. T. H. Nª 604, Idem. p. 15, citado el día 9 de febrero del 2009, en la pagina de Internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1413/pl1413.htm>

MARCEL Planiol y RIPERT Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil; Tomo I, 2, Divorcio, Filiación e Incapacidades, Editorial Cajical, S.A.; Puebla, Pue., México

GÜITRON FUENTEVILLA Julián, Nuevo derecho familiar en el código civil de México, Distrito federal del año 2000, México, Porrúa, 2003.

KURCZYN VILLALOBOS Patricia , Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo, año 2004, Biblioteca jurídica virtual, estantería de libros, pagina de internet www.bibliojuridica.org/estlib/resulib.htm?m=N;; citado el día 30 de agosto del 2008.

MAZEAUD Henri y LEON Y MAZEAUD Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte primera V.III; La Familia, Constitución de la familia, Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1976

VERDUGO Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, T.IV, publicado en la página de internet www.bibliojuridica.org/libros/libro

BRENA SESMA, Ingrid, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Impreso y hecho en México, obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1794/7.pdf>; obtenido e 26 de febrero del 2009.

A.M. FERRER Francisco; Rubinzal y Culzoni Editores; Derecho de Familia Tomo II; Primera edición 1984; DR ©1984. Rubinzal y culzoni S.C.C. Editores; 9 de Julio 3573, Santa Fe, Argentina, obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1446>, obtenido el 27 de febrero del 2009.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA Alicia Elena, Derecho de Familia, 1990, clasificación K780. 113/P414D, www.bibliojuridica.org/libros, estantería de libros, Biblioteca jurídica virtual, citado el 26 de febrero del 2009.

ORIZABA MONROY Salvador, Nociones de Derecho Civil, Editorial PAC. S.A. de C.V.; Ciudad Nezahualcoyotl, Estado de México, octubre de 1995.

GÜITRÓN FUENTEVILLA Julián, ¿Qué es el derecho familiar?, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C.; Y Tercera Edición, Junio de 1978 México

COING, Helmuth, El Sentido del Derecho, Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia; Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Estudios Filosóficos; Traducción de Robert S. Hartman y José Luis González ; Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada; Elaboración de formato PDF: Héctor López Bello; Colaboración del Instituto de Investigaciones Filosófica; Primera edición en español: 1959; DR © 1959 Universidad Nacional Autónoma de México; Impreso y hecho en México; citado el 13 de abril del 2009 en la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=446>.

RUIZ, Eduardo, Derecho Constitucional, Editorial Tipografía de Aguilar e Hijos, elaboración de formato PDF. Rosa María Matías Estrada, obtenido de la página de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=333>, citado el día 23 de abril de 2009,

HOSTOS, Eugenio M. de, Lecciones de Derecho Constitucional, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas; Primera edición, 1908; Impreso y hecho en París, Francia;

Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada; Elaboración de formato PDF: Héctor López Bello; obtenido el día 07 de abril del 2009 en la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=459>.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. La maternidad portadora subrogada o de encargo en el Derecho Español, Editorial DYKINSON, Madrid España1994

ZABALZA, Guillermina y SCHIRO María Victoria; La Maternidad Subrogada y la Mediatización del ser humano; p. 145. Obtenido de la página de internet <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/881/700>, el día 12 de mayo del 2009. SAMBRIZZI, Eduardo, "La procreación asistida y la manipulación del embrión humano", Buenos Aires, Abeleo Perrot, 2001

MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo; La reproducción asistida en México un enfoque multidisciplinario. Obtenido de la pagina de internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/81/4.htm>, el día 12 de mayo del 2009.

GALINDO GARFIAS Ignacio, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 51 Estudios de derecho civil, Elaboración de PDF: Sara Castillo Salinas, Primera edición: 1981
DR © 1981. Universidad Nacional Autónoma de México; INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ciudad Universitaria, México 20, D. F.; DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES; Impreso y hecho en México
ISBN 968-58-0197-5, Citado el día 23 de febrero del 2009.

PAGINAS DE INTERNET HEMEROGRAFIAS

Red sanitaria revista trimestral del sistema federal sanitario, volumen 1, numero 4 enero del 2006, Comisión Federal para la protección contra riesgos sanitarios, Unidades médicas saludables y la mortalidad materna en México, “La maternidad en la época prehispánica y la conquista” por Dr. Miguel Gerardo Lombera González, comisionado de Autorización Sanitaria y Dr. Alvaro Herrera Huerta, Subdirector Ejecutivo de Autorizaciones en Servicios de Salud. http://www.cofepris.gob.mx/RevistaRED/portada2006enero/Index_enet06.htm

Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, volumen 63, número 3 de julio a septiembre del 2002; “La nueva Familia y el Derecho “, artículo “Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”; (Conferencia presentada en le XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, la Habana, Cuba septiembre de 2002) por Ivette Coll de Pestaña (Catedrática, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico).

<http://www.capr.org/tmp/pdfs/18.July%20Sept.pdf>,

PAGINAS DE INTERNTE LEYES Y CODIGOS

Ley General de Salud, año 2007. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaria General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis. Última reforma Publicada DOF 18-12-2007.
www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/142

Pagina de Internet, http://biocab.org/Exobiologia_Biofisica.html, Por Biól. Nasif Nahle Sabag, Certificado por Harvard en Investigación Científica ICAM, Publicación: 14 de Septiembre de 2006; ACTUALIZACIÓN: 22 de Sept. de 2006, I Congreso de Ciencias Naturales. 18-22 de septiembre de 2006. Universidad Autónoma de Aguascalientes. Aguascalientes, Ags. *Conferencia: Exobiología; Expositor: Biól. Nasif Nahle.*

ISSSTE Jure, Normatividad, Norma oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993, de los servicios de planificación Familiar 30/05/1994, 5 Disposiciones Generales , 5.6.1 Identificación y manejo de casos de esterilidad e infertilidad , pagina de Internet juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/244/11.

ISSSTE Jure, Normatividad, Norma oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993, de los servicios de planificación Familiar 30/05/1994, 5 Disposiciones Generales, 5.6.2, pagina de Internet juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/244/11.

Código Civil Federal, obtenido por medio de la página de internet, www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/C-1.pdf

Real academia Española, pagina de internet, www.rae.es

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obtenido en la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>

Ley General de Salud, obtenida en la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-153.pdf>,

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obtenida de la pagina de internet <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> ,

Código Civil del Estado de México, obtenido de la página de Internet;
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ESTADO%20DE%20MEXICO/Codigos/MEXCOD02.pdf>

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Tabasco, obtenido de la pagina de Internet; <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Codigos/TABCOD01.pdf>;

Código Civil para el Estado de Tamaulipas, obtenido de la página de Internet;
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, obtenido de la página de Internet;
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

Código Civil del Distrito Federal, obtenido de la página de Internet;
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

Código Penal del Distrito Federal, obtenido de la página de Internet;
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, obtenido de la pagina de internet
<http://www.judicatura.com/Legislacion/0325.pdf>

The Human Fertilisation and Embryology Authority <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>.

<http://www.lepoint.fr/actualites-societe/2010-03-17/justice-mere-porteuse-les-menesson-esperent-une-reconnaissance-de-leur/920/0/434348>

U.S. national Library of Medicine National Institutes of Health;
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11644025>

ANEXO 1

Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la fecundación in vitro y transferencia de embriones

Adoptada por la 39ª Asamblea Médica Mundial, Madrid, España, octubre 1987

La fecundación in vitro y la transferencia de embriones constituyen una técnica médica que se utiliza en muchas partes del mundo para tratar la esterilidad. Puede beneficiar tanto a los pacientes individuales como a la sociedad en general, no sólo porque corrige la esterilidad, sino también porque ofrece la posibilidad de evitar los defectos genéticos y de intensificar la investigación básica sobre la reproducción y anticoncepción humanas.

La Asociación Médica Mundial insta a los médicos a actuar conforme a la ética y con el debido respeto por la salud de la futura madre y por el embrión desde el comienzo de la vida. Con el fin de ayudar a los médicos a identificar y cumplir sus obligaciones éticas, la AMM ha promulgado esta Declaración.

La asistencia médica en materia de reproducción humana se justifica, desde un punto de vista ético y científico, en los casos de esterilidad que no responden al tratamiento farmacológico o quirúrgico, especialmente en casos de:

- a) incompatibilidad inmunológica
- b) obstáculos irreversibles al contacto entre gametos masculinos y femeninos
- c) esterilidad por causas desconocidas

En todos estos casos, el médico sólo puede actuar con el pleno consentimiento informado de los donantes y los receptores, y debe siempre actuar en interés superior de la criatura que nacerá por este procedimiento.

El médico tiene la responsabilidad de entregar a sus pacientes, de manera comprensible para ellos, suficiente información sobre el propósito, riesgos, inconvenientes y desilusiones inherentes al procedimiento, y debe obtener de ellos su consentimiento informado sobre el citado procedimiento. Tal como sucede en cualquier tipo de procedimiento electivo, el médico debe poseer la formación especializada adecuada antes de asumir la responsabilidad de aplicarlo. El médico debe actuar siempre conforme a las leyes y reglamentos vigentes, así como a las normas éticas y profesionales establecidas por su asociación médica nacional y por otros organismos médicos competentes de la comunidad. A la vez, los pacientes tienen derecho al mismo respeto del secreto profesional y de la vida privada que se requiere para cualquier otro tratamiento médico.

Cuando las técnicas de FIV producen un exceso de óvulos que no van a ser utilizados para el tratamiento inmediato de la esterilidad, su uso debe determinarse de acuerdo con los donantes. Los óvulos en exceso pueden ser:

- a) destruidos
- b) criopreservados
- c) fecundados y criopreservados

El conocimiento científico de los procesos de maduración, fecundación, así como de las primeras etapas de desarrollo pluricelular está todavía en sus comienzos. Por ello, conviene continuar el estudio y la experimentación de los fenómenos físicos y químicos en este campo, respetando estrictamente los principios de la Declaración de Helsinki y con el acuerdo escrito de los donantes.

Investigación

La técnica de la fecundación in vitro y de la transferencia de embriones puede igualmente ser de utilidad en el campo de la investigación, cuyo fin es tener una mejor comprensión de cómo se originan y se transmiten los defectos genéticos, y cómo se les puede evitar o tratar. Tanto para el médico como para el paciente, pueden surgir profundas implicaciones morales y éticas. El médico no puede violar sus propios principios morales y debe ser sensible a los principios éticos y morales de sus pacientes, y respetarlos. El médico tiene el deber importante de hablar con entera franqueza con los pacientes que van a participar en la investigación y el consentimiento informado de dichos pacientes no sólo debe limitarse a lo que exige la ley, sino también debe estar a la altura del nivel especial de responsabilidad profesional establecido por las normas éticas. Los principios de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial se aplicarán a toda investigación clínica en materia de fecundación in vitro y de transferencia de embriones, así como también a todos los problemas que puedan surgir de dicha investigación clínica.

La Asociación Médica Mundial recomienda a los médicos abstenerse de intervenir en los procesos de reproducción que permitan elegir el sexo del feto, a menos que sea para evitar la transmisión de enfermedades graves relacionadas con el sexo.

Donación

La técnica de fecundación in vitro y la transferencia de embriones posibilita la donación de óvulos, semen y embriones, de manera que los donantes biológicos pueden no ser los padres de la criatura producto de este procedimiento. Esta utilización de los gametos o embriones donados puede plantear serios problemas jurídicos, morales y éticos, tanto para los pacientes como para los médicos dedicados a tales procedimientos de fecundación in vitro y transferencia de embriones. El médico debe respetar todas las leyes vigentes y todas las normas de ética impuestas por la Asociación Médica Mundial u otros organismos médicos pertinentes. El médico también debe tomar en cuenta y respetar los principios morales y éticos de sus pacientes, y abstenerse de utilizar los gametos o embriones donados cuando ello pueda entrar en conflicto con las normas legales o éticas, o con los

principios morales de los pacientes. El médico tiene el derecho de rehusar cualquier intervención que considere inaceptable.

La técnica de crioconservación aumenta la disponibilidad de gametos y embriones para donación. Cuando esté permitido, si uno o más donantes de gametos, o los donantes de un embrión no asumen las funciones de padres de la futura criatura, el médico debe asegurarse de que los receptores acepten plena responsabilidad sobre la criatura que nacerá, y que los donantes renuncien a todos los derechos o reivindicaciones sobre la futura criatura, sin perjuicio de los derechos de ésta después de nacer.

En el caso de una mujer adulta que no tiene útero, el recurso al método de maternidad substituta es posible mientras este método no esté prohibido por las leyes vigentes o las normas éticas de la asociación médica nacional, o de otros organismos médicos apropiados. Se debe obtener el consentimiento libre y claro de las partes que participan de cualquier forma en este método de maternidad substituta. El uso de este método presenta repercusiones legales, éticas y morales, y el médico debe conocerlas y tenerlas en cuenta en toda decisión de recurrir a dicho método.

El párrafo anterior no pretende apoyar el llamado acuerdo de los padres substitutos, mediante el cual una mujer acepta, por una determinada cantidad de dinero, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre con el fin de concebir una criatura que será adoptada por tal hombre y su esposa.

Toda comercialización de óvulos, semen o embriones en compra o venta es expresamente condenada por la Asociación Médica Mundial.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Asociación Médica Mundial, dada a conocer por la facultad de Medicina, Ciencias y Farmacia de la Universidad de Navarra; departamento de Humanidades Biomédicas, obtenido de la página de Internet; <http://www.unav.es/cdb/ammmadrid3.html>; citado el día 29 de mayo del 2009.

ANEXO 2

CONSEJO DE EUROPA (1986) RECOMENDACION 1.046 (1986) SOBRE LA UTILIZACION DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS CON FINES DIANOSTICOS, TERAPEUTICOS, CIENTIFICOS, INDUSTRIALES Y COMERCIALES

LA ASAMBLEA

1. Recordando su recomendación 934 (1982) sobre ingeniería genética que proponía un abanico de medidas, en particular el reconocimiento del derecho a un patrimonio genético no manipulado artificialmente excepto con fines terapéuticos; 2. Considerando que los recientes avances en las ciencias de la vida y de la medicina, especialmente en embriología animal y humana, han abierto importantes perspectivas científicas, diagnósticas y terapéuticas; 3. Considerando que, por la fecundación in vitro, el hombre ha logrado los medios para intervenir en la vida humana y disponer de ella en sus primeras fases; 4. a) Considerando que la explotación de las posibilidades tecnológicas no sólo en el campo de la ciencia sino también en el de la medicina debe dirigirse por principios éticos y sociales claramente definidos; b) Considerando que los beneficios a extraer de los avances científicos y tecnológicos en medicina han de ser evaluados cuidadosamente al tratar de determinar cuándo, cómo y por qué razones limitar la explotación de tales posibilidades tecnológicas; c) Acogiendo con satisfacción la aportación de la Comisión ad hoc de expertos del Consejo de Europa sobre los avances en las ciencias biomédicas, y la contribución de los Consejos europeos de investigación médica que trabajan en el marco de la Fundación europea de la ciencia; d) Tomando nota de la declaración publicada por los nueve Consejos europeos de investigación médica, al término de una reunión celebrada en Londres, los días 5 y 6 de junio de 1986, bajo los auspicios de la fundación europea de la ciencia; 5. Considerando que desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla es un proceso continuo, de modo que no son posibles diferenciaciones claras a lo largo de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo, y de que, por lo tanto, se hace necesaria una definición del estatuto biológico del embrión; 6. Consciente de que con estos avances se ha hecho particularmente precaria la condición jurídica del embrión y del feto y de que su estatuto jurídico no está en la actualidad definido legalmente; 7. Consciente de la existencia de disposiciones adecuadas regulando la utilización de embriones y fetos, vivos o muertos; 8. Convencida de que, frente al progreso científico que permite intervenir sobre la vida humana en desarrollo, ya desde la fecundación, urge definir el grado de su protección jurídica; 9. Teniendo presente el pluralismo de opiniones éticas sobre la utilización de embriones o fetos o de sus tejidos, y a la vista de los conflictos de valores que suscita; 10. Considerando que el embrión y feto humanos deben ser siempre tratados con el respeto debido a la dignidad humana y que la utilización de sus productos o tejidos debe limitarse estrictamente y regularse (Cf. anexo)

con fines puramente terapéuticos no asequibles por otros medios; 11. Pensando que la utilización de embriones o fetos y la toma de tejidos con fines diagnósticos y terapéuticos sólo están justificadas respetando los principios y condiciones definidos en el Anexo a la presente recomendación; 12. Considerando que toda regulación exclusivamente nacional corre el riesgo de la ineficacia, dado que toda actividad en esta materia podría trasladarse a otro país con distinta reglamentación; 13. Subrayando la necesidad de una cooperación europea; 14. Recomienda a la Comisión de Ministros: a) invitar a los gobiernos de los Estados miembros: i) a investigar sobre los rumores que circulan en los medios de comunicación social sobre comercio de embriones y fetos muertos, y a publicar los resultados; ii) a limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos, de su productos y tejidos, a fines estrictamente terapéuticos, no asequibles por otros medios, según los principios recogidos en el Anexo, y a conformar su legislación a tales principios o a adoptar normas acordes con ellos, normas que deben sobre todo precisar las condiciones para la toma y utilización con fines diagnósticos o terapéuticos; iii) a prohibir toda creación de embriones humanos por fecundación in vitro para la investigación tanto vivos como después de muertos; iv) a prohibir las que podríamos llamar manipulaciones o desviaciones no deseables de estas técnicas, entre ellas: - la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros métodos, para selección de raza u otros fines; - la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie o la operación inversa: - la fusión de gametos humanos con los de otra especie (el test del hamster para el estudio de la infertilidad masculina podría ser una excepción, atendiéndose a una estricta reglamentación); - la creación de embriones con espermatozoides de individuos distintos; - la fusión de embriones o cualquier otra operación susceptible de crear quimeras; - la ectogénesis o producción de un ser humano individualizado y autónomo fuera del útero de una mujer, es decir, en laboratorio; - la creación de niños a partir de personas del mismo sexo; - la elección del sexo por manipulación genética con fines no terapéuticos; - la creación de gemelos idénticos; - la investigación sobre embriones humanos viables; - la experimentación sobre embriones vivos, viables o no; - la conservación de embriones in vitro más allá de los catorce días desde la fecundación (deduciendo el tiempo de una eventual congelación); v) a prever las sanciones apropiadas para garantizar la aplicación de las normas adoptadas en orden a la ejecución de la presente Recomendación; vi) a elaborar un registro nacional de centros y servicios sanitarios acreditados y autorizados a llevar a cabo estas técnicas y a utilizarlas científicamente; vii) a facilitar y estimular la creación de comités o comisiones nacionales multidisciplinarias sobre las técnicas artificiales de reproducción humana que impliquen actividades científicas sobre el material genético; embriones y fetos humanos, con el fin de orientar y aconsejar a las autoridades sanitarias y científicas, seguir y controlar la aplicación de tales técnicas y autorizar proyectos específicos en ausencia de legislación o de reglamentación concreta; b) continuar estudiando los problemas unidos a la utilización de tejidos de embriones o fetos humanos con fines científicos y elaborar, sobre la base de los puntos mencionados en el párrafo 14.A.ii) a vii, un acuerdo europeo o cualquier otro instrumento jurídico apropiado abierto también a la adhesión de países no miembros del Consejo de Europa; 15. Encarga a sus comisiones competentes la preparación de un informe sobre la utilización de ambiciones y retos humanos para la investigación científica, teniendo en cuenta la necesidad de establecer un equilibrio entre el principio de libertad de investigación y el respeto a la dignidad humana inherente a toda vida así como otros aspectos relacionados

con los derechos humanos; ANEXO Normas sobre el uso de embriones o fetos humanos y sobre la toma de tejidos de ellos para fines diagnósticos o terapéuticos

a) Para fines diagnósticos

i) Toda intervención sobre el embrión vivo, in útero o in vitro, sobre el feto in utero o fuera de él con fines diagnósticos distintos de los ya previstos por la legislación nacional sólo se permitirá si tiene como objetivo el bienestar del niño a nacer y favorecer su desarrollo.

ii) Se permitirá la utilización del embrión y del feto muerto con fines diagnósticos (confirmación del diagnóstico in útero, o búsqueda de la causa de una interrupción espontánea del embarazo).

b) Para fines terapéuticos

i) Cualquier intervención sobre el embrión vivo, in útero o in vitro, o sobre el feto in utero o fuera de él, sólo se permitirá si tiene como objetivo el bienestar del niño al nacer, es decir, favorecer su desarrollo y su nacimiento. ii) La terapia sobre embriones, in vitro o in útero, o sobre fetos in útero sólo se permitirá para enfermedades embrionarias con un diagnóstico claro y preciso y con propósito grave o muy malo, sin posibilidad de otros tratamientos y cuando la terapia ofrezca razonables garantías de solución para la enfermedad. iii) Se prohíbe mantener vivos artificialmente embriones o fetos para obtener muestras utilizables. iv) Convendría hacer una lista de aquellas enfermedades para las que la terapia cuenta con medios diagnósticos fiables y con buenas posibilidades de éxito. Esta lista de enfermedades debería actualizarse periódicamente en función de los nuevos conocimientos y de los nuevos avances científicos. v) La terapia realizada sobre embriones y fetos nunca deberá influir en sus caracteres hereditarios no patológicos, ni tener como objetivo la selección de la raza. vi) La utilización de embriones o fetos muertos tendrá un carácter excepcional, justificado, en el estado actual de los conocimientos, por tratarse de una enfermedad rara, por carecer de terapia de igual efectividad y por la utilidad que manifiesta (por ejemplo, la supervivencia) para el beneficiario del tratamiento, y deberá respetar las normas siguientes: a) La decisión y las condiciones (fecha, técnicas, etc.) de la interrupción del embarazo no deben depender en ningún caso de la utilización ulterior, posible o deseada, del embrión o del feto; b) Toda utilización del embrión o feto debe realizarse por un equipo altamente calificado, en centros hospitalarios o científicos aprobados, controlados por las autoridades públicas. En la medida en que lo prevea la legislación nacional, estos centros han de contar con un comité ético pluridisciplinar ; c) Ha de garantizarse la total independencia entre el equipo médico que realiza la interrupción del embarazo y el equipo susceptible de utilizar los embriones o fetos con fines terapéuticos;

d) La utilización de embriones y fetos ha de contar con el consentimiento de los padres o de los donantes de gametos, si se conoce la identidad de estos últimos; e) La utilización de embriones, fetos o de sus tejidos no se podrá hacer con fines lucrativos ni dará lugar a remuneración alguna.¹⁹⁰

159 En relación al Derecho Español, obtenido de la página de internet http://www2.uah.es/bioetica_alcala/Algunas%20Normativas/Consejo%20Europa%201986.pdf citado el día 07 de diciembre del 2009.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL.

La Diada Maricela Contreras Julián, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática de la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL.

Artículo Único. Se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL DISTRITO FEDERAL TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO UNICO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada. La Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

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

- I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;
- II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;
- III. DIF-DF: al Organismo Público Descentralizado denominado Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal;
- IV. Filiación: relación que existe entre el padre o la madre y su descendencia, y se encuentra sujeta a lo dispuesto por lo que establece el artículo 338 del Código Civil vigente, lo dispuesto en esta Ley y la legislación del orden común vigente;
- V. Implantación de mórula: implantación de mórula o huevo humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con

- Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET aplicada en su variante homóloga;
- VI. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público;
 - VII. Ley de Salud: Ley de Salud para el Distrito Federal;
 - VIII. Maternidad Subrogada: la práctica médica consistente en la implantación de mórulas humanas 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 carga o material genético y que concluye con el nacimiento;
 - IX. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete mediante un instrumento jurídico, denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada, a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados del estado de ingravidez hasta el nacimiento;
 - X. Madre Subrogada: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento 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;
 - XI. Notario: Notario Público del Distrito Federal;
 - XII. Padre Subrogado: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento 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;
 - XIII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;
 - XIV. Médico tratante: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada;
 - XV. Instrumento para la Maternidad Subrogada: instrumento suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento;

- XVI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal;
- XVII. Registro Civil: a la Dirección Ejecutiva del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Jueces del Registro Civil;
- XVIII. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, y
- XIX. Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno 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 ambos padres subrogados.

Artículo 4°. La presente Ley se aplicará en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la implantación de mórulas humanas.

Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros y sin contravención de otras disposiciones legales vigentes.

TÍTULO SEGUNDO
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
CAPÍTULO UNICO 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 de las consecuencias médicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante.

Artículo 7°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. Queda estrictamente prohibida la práctica de crioconservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

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 implantación de mórula humana, sin que exista un Instrumento 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 el instrumento notarial. Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley y el Código Penal vigente.

Artículo 10. El médico tratante que realice la implantación de mórula humana o mórulas deberá certificar, que:

- I. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica 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.

Artículo 11. El médico tratante realizará 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 bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante. A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y en su caso, del DIF-DF 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 implantación de la mórula, que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas 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 ingravidez hasta el nacimiento.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán su condición de mujer gestante, ni hará distinciones en su atención por este motivo.

TÍTULO TERCERO DEL INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CAPÍTULO PRIMERO DE LAS FORMALIDADES DEL INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 14. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre subrogados y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- I. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedido por autoridad competente;
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física 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 de la mórula, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y

- el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a el menor y los padres subrogados con el nacimiento, y
- V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley. Para los efectos de las fracciones III y V del presente artículo, el médico tratante deberá extender los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

Artículo 15. El Instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- I. Deberá suscribirse por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
- II. Suscribirse ante Notario Público, presentando para tal efecto los documentos descritos en los artículos 11 y 14 de esta Ley, y
- III. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor. Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que refiere el artículo 27 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

Artículo 16. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano en materia de protección a los infantes y a las mujeres:

- 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 trae aparejada la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos;
- III. El derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil, y
- IV. El derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décimo segunda semana en los términos que establece el artículo 144 del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil, en términos de la legislación vigente.

Artículo 17. El Instrumento 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. 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.

Artículo 18. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados.

Artículo 19. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el

estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

Artículo 20. El Notario deberá formar el Instrumento con los documentos públicos y privados que se precisen para garantizar seguridad y certeza jurídica a las partes suscribientes.

Artículo 21. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Artículo 22. Es una excepción al artículo 21 de la presente Ley que alguna de las partes posea una discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, aun con las herramientas humanas o tecnológicas, debiéndose asentar dicha imposibilidad en el Instrumento de Maternidad Subrogada.

Artículo 23. El Instrumento de Maternidad Subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la mujer gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario y asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Artículo 24. El Instrumento de Maternidad Subrogada formaliza el acuerdo de voluntades para la Maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

CAPÍTULO SEGUNDO DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 25. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Maternidad Subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada o biológica del nacido.

Artículo 26. 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. Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fé del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

CAPÍTULO TERCERO
DEL REGISTRO Y CONTROL DE NACIMIENTO
DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE
LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 27. La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. 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 Instrumento para la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

TÍTULO CUARTO
DE LA NULIDAD Y LAS SANCIONES DE
LA MATERNIDAD SUBROGADA
CAPÍTULO PRIMERO DE LA NULIDAD DE
LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 28. Es nulo el Instrumento 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 del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

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

Artículo 31. El Instrumento para la Maternidad Subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados 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.

CAPÍTULO 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 plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.

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 Instrumento de la Maternidad Subrogada o, en su caso, las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

SEGUNDO.- A partir de la entrada en vigor de la presente Decreto, se derogan las demás disposiciones que contravengan al mismo.

TERCERO.- El Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberá realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para incorporar la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece esta Ley.

CUARTO.- El Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

QUINTO.- Publíquese el presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.¹⁹¹

¹⁹¹Tomado de la pagina de Internet, <http://www.mexicolegal.com.mx/cafeteando-ver.php?id=649> citado el día 28 de diciembre del 2010.