



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO NEGOCIO  
JURÍDICO FAMILIAR: UBICACIÓN GENERAL Y SITUACIÓN  
JURÍDICA.**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA**

**ADRIANA IVONNE RUIZ PÉREZ**

**ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS**



**MÉXICO, D.F.**

**2011.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 42/2011  
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, **RUIZ PÉREZ ADRIANA IVONNE**, con número de cuenta **30330349-5**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la suscrita, **Dra. Ma. Leoba Castañeda Rivas**, la tesis denominada “ **LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR: UBICACIÓN GENERAL Y SITUACIÓN JURÍDICA** ”, y que consta de **218** 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. 31 de agosto del 2011.

*Leoba Castañeda Rivas*

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



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE  
DERECHO CIVIL

MLCR:aks.



A mi mami, Elena, por creer en mí, por su eterno apoyo, porque sin ella no me habría sido posible alcanzar este sueño y porque simplemente es todo para mí.

A mi papi, Jorge, por estar aquí, por sus enseñanzas, por sus consejos y por alentarme día a día.

A mis hermanas, Laura, Georgina y Sandra, por su exigencia y apoyo incondicional.

A mis hermanos, Jorge y Diego, por ser la alegría en mi vida y por su compañía.

A Bárbara, por el gran apoyo durante todos estos años.



## AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México... "Por mi raza hablará el espíritu".

A la Facultad de Derecho, la cual me formó y me brindó grandes enseñanzas.

A mis profesores, por brindarme sus conocimientos.

A mi asesora de Tesis, Dra. María Leoba Castañeda Rivas, por el apoyo brindado para la obtención de este trabajo.

# ÍNDICE

## LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR: UBICACIÓN GENERAL Y SITUACIÓN JURÍDICA.

Introducción. . . . .I

### Capítulo I

#### Maternidad y la reproducción asistida.

1.1 Maternidad. . . . .	1
1.1.1 Modalidades de la maternidad. . . . .	4
1.1.2 Determinación de la maternidad. . . . .	5
1.1.3 “ <i>Mater Semper certa est</i> ”: la madre es siempre conocida. . . . .	9
1.2 Subrogación y gestación por sustitución. . . . .	11
1.2.1 Maternidad subrogada y causas que la originan. . . . .	13
1.2.2 Modalidades de la maternidad subrogada . . . . .	15
1.2.2.1 Gestación por sustitución. . . . .	18
1.3 Reproducción asistida. . . . .	21
1.3.1 Clasificación de la reproducción asistida. . . . .	22
1.3.2 Infertilidad. . . . .	26

### Capítulo II

#### Derecho Civil y su relación con la gestación por sustitución.

2.1 Derecho Civil. . . . .	29
2.1.1 Derecho subjetivo y objetivo. . . . .	30
2.1.2 Derecho público y derecho privado. . . . .	33
2.1.3 Derecho patrimonial. . . . .	36

2.1.4	Derechos de la personalidad. . . . .	38
2.2	Derecho familiar. . . . .	42
2.2.1	Filiación. . . . .	43
2.2.2	Parentesco. . . . .	48
2.2.3	Familia. . . . .	49
2.2.4	Estado familiar o estado civil. . . . .	52
2.2.5	Emplazamiento al estado de familia. . . . .	54
2.2.6	Adopción. . . . .	56

### **Capítulo III**

#### **Legislación nacional y comparada.**

3.1	Legislación nacional respecto a la reproducción asistida y gestación por sustitución. . . . .	62
3.1.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. . . . .	63
3.1.2	Ley General de Salud. . . . .	70
3.1.3	Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. . . . .	73
3.1.4	Código Civil para el Distrito Federal. . . . .	74
3.1.5	Código Penal para el Distrito Federal. . . . .	79
3.1.6	Código Civil del Estado de Tabasco. . . . .	81
3.1.7	Decreto de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal. . . . .	85
3.1.8	Iniciativas de ley relativas a la regulación de la reproducción asistida y la gestación por sustitución. . . . .	95
3.1.9	La gestación por sustitución en México. . . . .	105

3.2 Legislación comparada respecto a la gestación por sustitución. . . .	109
3.2.1 Países donde está regulada la gestación por sustitución de manera gratuita u onerosa. . . .	111
3.2.2 Países donde está regulada la práctica de gestación por sustitución de modo solamente altruista. . . . .	118
3.2.3 Países donde está prohibida o no está regulada la gestación por sustitución. . . . .	122

## **Capítulo IV**

### **El negocio jurídico y la gestación por sustitución.**

4.1 El negocio jurídico. . . . .	125
4.1.1 Naturaleza. . . . .	129
4.1.2 Requisitos esenciales del negocio jurídico. . . .	132
4.1.3 Elementos del negocio jurídico. . . . .	137
4.2 Negocio jurídico familiar. . . . .	140
4.3 Gestación por sustitución. Naturaleza jurídica. . . . .	142
4.3.1 El negocio jurídico de gestación por sustitución. . . . .	144
4.3.2 La retribución en el negocio jurídico de gestación por sustitución. . . . .	146
4.4 Teorías para determinar la maternidad en la gestación por sustitución. . . . .	148
4.4.1 Teoría de la intención. . . . .	148
4.4.2 Teoría de la contribución genética. . . . .	150

4.4.3	Teoría de la preferencia de la madre gestante. . . .	151
4.4.4	Teoría sobre el mejor interés del menor. . . . .	151

## **Capítulo V**

### **La gestación por sustitución como figura jurídica: aspectos a contemplar.**

5.1	Definición y estudio del negocio. . . . .	154
5.2	Razones de los padres para acudir a la gestación por sustitución. . . . .	157
5.3	Razones de la mujer para gestar al producto. . . . .	158
5.4	Aspectos jurídicos. . . . .	159
5.4.1	Filiación del niño nacido. . . . .	159
5.4.2	El negocio entre la mujer gestante y los padres comitentes: Validez y eficacia. . . . .	161
5.4.2.1	Validez. . . . .	161
5.4.2.2	Eficacia entre las partes. . . . .	162
5.4.2.3	Eficacia frente a terceros. . . . .	163
5.5	Aspectos éticos. . . . .	163
5.5.1	Padres o pareja comitente. . . . .	164
5.5.1.1	Adopción. . . . .	166
5.5.2	Mujer gestante. . . . .	167
5.5.2.1	Fin o medio. . . . .	168
5.5.2.2	Integridad física. . . . .	169
5.5.2.3	Autonomía. . . . .	170
5.5.3	Niño concebido. . . . .	171
5.5.3.1	Disgregación de la procreación. . . . .	172
5.5.3.2	Riesgos en su integridad moral. . . . .	173

5.5.3.3	Protección jurídica del <i>nasciturus</i> . . . . .	174
5.5.4	Legitimación para decidir en caso de complicaciones. . . . .	175
5.5.5	Interrupción de embarazo. . . . .	177
5.6	Criterios a contemplar en el negocio jurídico de gestación por sustitución. . . . .	178
5.6.1	Imposibilidad médica permanente. . . . .	180
5.6.2	Requisitos exigidos. . . . .	181
5.6.3	Asesoramiento médico. . . . .	184
5.6.4	Forma del negocio. . . . .	185
5.6.5	Retribución económica. . . . .	188
5.6.6	Legitimación para reclamar en caso de una mala praxis. . . . .	189
5.7	Disolución e invalidez del negocio. . . . .	190
5.8	Nulidad. . . . .	190
5.9	Incumplimiento de las partes en el negocio jurídico. . . . .	192
5.10	Responsabilidad civil y penal. . . . .	193
5.11	Comparación de la gestación por sustitución con otra figuras del derecho civil. . . . .	195
	Conclusiones. . . . .	197
	Bibliografía. . . . .	202
	Hemerografía. . . . .	214
	Legislación. . . . .	214
	Referencias de internet. . . . .	216



## Introducción.

Los avances de la ciencia y la tecnología en nuestra época han dado un giro completo comparado con los avances aún del siglo pasado. Como consecuencia se deben incorporar estas nuevas formas de pensar y de actuar del ser humano a la ley, los legisladores tienen la obligación de actualizar y crear las formas de regulación para dichas conductas y así el sistema jurídico dar una eficaz respuesta a los efectos creados por las acciones del hombre.

La presente investigación se relaciona con el desarrollo científico respecto a las técnicas de reproducción asistida, tema que desde la década de los setenta ha venido teniendo una serie de investigaciones con el objeto de resolver los problemas de infertilidad tanto de la mujer como del hombre, así es como los valores relacionados con la reproducción humana también han cambiado sus extremos al paso de la sociedad. De acuerdo con cifras de la Organización Mundial de la Salud<sup>1</sup>, más de 80 millones de personas son infértiles y se menciona que han nacido alrededor de cuatro millones de niños a través de las técnicas de reproducción asistida, por esto ahora la maternidad y paternidad no se limita a que una mujer aporte el óvulo y gaste y a que el hombre aporte el espermatozoides, la llamada voluntad procreacional es la determinante para iniciar una serie de procedimientos médicos que culminen en que las personas con la voluntad mencionada se conviertan en padres.

La llamada maternidad subrogada o maternidad por subrogación puede definirse como la práctica por la cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido a la mujer

---

<sup>1</sup> “Estadísticas Sanitarias Mundiales 2010.” Organización Mundial de la Salud. ISBN 978 92 4 356398 5 Impreso en Francia.

comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.<sup>2</sup>

En esta investigación se usará el término de gestación por sustitución, ya que como se desprende en el contenido del presente, este término resulta el mejor para calificar la situación en comento, porque el mismo no tendría relación alguna con la llamada “maternidad”, término que de usarse haría que se perdiera cualquier propuesta desprendida de la investigación, al connotarse con los derechos y obligaciones derivados de una maternidad natural.

La gestación por sustitución es un tema que representa desafíos, la cuestión es hasta qué punto están permitidas las técnicas de reproducción asistida, mismas que se sustentan con el derecho a la procreación y a formar una familia, las mismas rompen con los esquemas de la filiación materna con el hecho obstétrico.

En nuestro sistema la práctica de la maternidad subrogada no ha sido aún regulada expresamente, en el Estado de Tabasco hay artículos que hacen alusión a un contrato de maternidad subrogada; en otros Estados del país aún se encuentra en propuestas o proyectos de Ley. El Distrito Federal cuenta con una Ley para regular la maternidad subrogada, aún no ha entrado en vigor, en consecuencia no hay registros de dificultades suscitadas, pero aún así, haciendo un estudio de la mencionada, se entiende conveniente algunas modificaciones y adiciones, así como la aclaración de algunos artículos, que bien se supone ésta se encontrará en el reglamento que se tenga que realizar para la Ley.

---

<sup>2</sup> SANCHEZ ARISTI, Rafael, “La Gestación por Sustitución: Dilemas éticos y jurídicos”, HUMANITAS, Humanidades Médicas, Tema del mes on-line, No, 49, Abril 2010. Barcelona, España. P. 13. [http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/papel.pdf](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf), 04 de mayo 2011.

A nivel comparado existen tres clases de países, aquellos que son extra permisivos, es decir, se admite la práctica, aún onerosa, sin tener una regulación expresa y que abarque la totalidad de las soluciones a los efectos de la práctica; otros países donde la maternidad subrogada es prohibida por considerarla contraria al orden público y por último se encuentran los países que tienen un aspecto intermedio en relación con la misma, estos admiten la práctica con condiciones y bajo estrictas situaciones.

En nuestro país la mayoría de los estudiosos en relación con la maternidad subrogada tienen una posición en contra, calificando la misma atentatoria contra los derechos humanos de la persona, como actividad mercantilista y señalando que menoscaba la dignidad humana por suponerse a las personas como cosas. Pero aún con lo anterior admiten que se debe regular la práctica, ya que la aplicación de ésta técnica en nuestro país tiene un desenlace incierto, por ello surge la necesidad de responder jurídicamente a una realidad social, cultural, científica y tecnológica actual; no bastaría el mero rechazo al acto, sino que hay que prever la contemplación de la práctica ante su consumación, ya que lo importante es la persona nacida, y a este supuesto no se puede dar marcha atrás, debiendo así procurar el interés superior del bebé.

El trabajo propone la admisión de la figura de la Gestación por sustitución, ésta bajo la naturaleza jurídica de ser un negocio jurídico de carácter familiar, el cual se conforma por las distintas voluntades de los sujetos intervinientes en el mismo. Así es como, las declaraciones de la voluntad fundamentan su carácter negocial, derivándose de las mismas los efectos jurídicos que dichas declaraciones determinen y modelen.

El negocio jurídico familiar de gestación por sustitución será un instrumento de integración familiar, en donde el motivo es la conveniencia de que un niño nacido por voluntad de los comitentes como de la mujer

gestante, se integre a un núcleo familiar, el cual tuvo el deseo y participación de tener un hijo, para hacerlo miembro de la familia en cuestión. También se podrá entender como el acto de autoridad judicial mediante el cual se crea una relación de filiación, entre los comitentes y el niño nacido de la técnica de reproducción asistida.

Se propone un régimen jurídico similar al de la adopción, siendo que el trámite contemplado en la Ley de maternidad subrogada aún no vigente, resulta ser administrativo, por lo que se entiende conveniente el pasaje a la vía judicial, es decir, que la plasmación formal del acuerdo sea ante la presencia de un Juez de lo Familiar, en donde los comitentes acrediten la idoneidad para ser padres y no sólo se contemple que la mujer gestante acredite su buen estado de salud, como consecuencia ante este sometimiento de control, se ofrecen garantías al menor así como a todos los individuos involucrados.

Este negocio podrá ser de manera onerosa o gratuita. La onerosidad se establece por tratarse de una prestación que pocas mujeres estarían dispuestas a realizar gratuitamente, ya que las molestias e incomodidades ocasionadas por la gestación son, sin duda, nada insignificantes, por tanto resultaría escasa y las parejas igualmente estarían acudiendo a otro país, en el cual la retribución permitida en aquel facilite la obtención de la prestación. En este contexto se contemplarían dentro los parámetros de la negociación, los gastos médicos, los límites de la cuantía de la retribución, entre otros aspectos económicos.

Otros aspectos a contemplar en este negocio serán el establecimiento de medidas en caso de que los padres subrogados lleguen a fallecer o se separen durante el proceso de la gestación, ya que podría resultar que estos se nieguen a reconocer al menor, o contrario, quieran quedarse con él los dos, quizá se podría contestar a la ligera que resultaría fácil respetar los

aspectos de patria potestad, guarda y custodia o la misma tutela, pero aún así, no deben quedar dudas en estas cuestiones. Asimismo, es interesante también contemplar medidas en caso de que el menor nazca con defectos, el nacimiento sea prematuro o múltiple, y aquellos casos en que la mujer gestante sea objeto de explotación, comercio, o existan riesgos de salud, incluso la muerte.

Se sostiene además, resolver cuestiones como a quién le corresponde la custodia del menor cuando se rescinde el negocio; qué pasa cuando los involucrados se desvinculan del pacto; cuáles son los efectos de la nulidad del pacto; establecer la legitimación de los implicados para tomar decisiones en la gestación cuando haya complicaciones; a quién la legitimación para reclamar a los médicos en caso de una mala praxis; cuál será la posición del menor nacido por sustitución en la gestación y del embrión en la fase de gestación.

Bajo este panorama, el trabajo presente consiste en cinco capítulos. En el primero de ellos se establece el marco teórico y conceptual de la práctica de maternidad subrogada, se hará la presentación del tema, dando a conocer y definiendo los conceptos base para el desarrollo del trabajo, es decir, se establecerán las diferentes modalidades de “maternidad” y así mismo se diferenciará a la maternidad subrogada *lato sensu* y *strictu sensu*.

El capítulo segundo está dedicado al estudio del Derecho Civil y todas aquellas instituciones relacionadas con el mismo derecho. Iniciando desde el Derecho Civil hasta esbozar algunas consideraciones relacionadas con la maternidad subrogada y en su caso la gestación por sustitución, terminando con el estudio del parentesco y la misma adopción.

En el capítulo tercero, está referido a los medios de control que existen para la práctica de maternidad subrogada y la gestación por sustitución, como el presente lo propone, con base a la legislación nacional y el derecho

comparado internacional. Con la finalidad de estudiar la forma en que la práctica ha sido resuelta en México y en los demás países. Así como la viabilidad de regulación que se le ha dado en el país.

En el capítulo cuarto, se establece el marco teórico en relación a la teoría del negocio jurídico, así como su definición doctrinal, dimensiones y elementos esenciales. Y en base a lo anterior se estudia el cariz del negocio jurídico familiar y la posibilidad de regular la gestación por sustitución como un mismo negocio. El tema más controversial en este capítulo será en torno a la licitud del negocio, es decir, recaerá en la causa del mismo, el cual se sacara a flote manifestando que dicho negocio no será contrario al orden publico debido a que no podrá celebrarse si no existe consentimiento o hay coacción alguna, jamás se considerara al niño como mercancía, que en caso de que sea oneroso dicho negocio el pago consistirá en la retribución a la mujer gestante por el servicio de gestación y el trabajo de parto y nunca por la renuncia a los “derechos de madre sobre el niño”, además, la maternidad se establecerá por la intención de las partes, por una parte el querer tener un hijo y por la otra el querer prestar el vientre para la gestación de un embrión que no es propio, siendo así la causa eficiente del negocio; ya que la función de la mujer gestante es necesaria para el nacimiento, es más necesario el deseo, la intención de la pareja de ser padres sin ésta y sin la implantación del embrión no habría nacimiento. Además se estudian las cuatro teorías usadas en el derecho comparado para atribuir la maternidad a la mujer que ha deseado y encargado la gestación de un hijo a otra mujer.

Finalmente, el quinto y último capítulo está referido a la regulación del medio de control propuesto para la práctica de gestación por sustitución. El cual tendrá la naturaleza jurídica de ser un negocio jurídico en el cual las partes convienen en los términos que a ellas mejor les parezca, el mismo se propone se haga mediante una jurisdicción voluntaria, toda vez que en nuestro derecho, es al Juez de lo Familiar a quien le confiere aquellas

decisiones de carácter familiar y más aún de menores de edad. También se da respuesta a aquellas posibles problemáticas que se desprenderán de la práctica.

Asimismo, es menester señalar que la presente investigación ha sido resultado de revisión exhausta diversas fuentes de información, como la metodológica documental, analítica, histórica y de derecho comparado.



## Capítulo I

### Maternidad y la reproducción asistida.

#### 1.1 Maternidad.

La “maternidad”, según el Diccionario de la Lengua Española, es “el estado o cualidad de madre”<sup>3</sup>. Ésta palabra crea una relación inmediata entre madre e hijo, aun con los avances tecnológicos cuesta mucho desasociar que una mujer tiene la intención o al menos actúa de tal manera que concibe a un ser, que después lo gesta durante nueve meses aproximadamente, que de este embarazo nace un ser y por último que la mujer lo reconoce como su propio hijo, con sus debidas excepciones, claro está. En la actualidad ya no son siempre estos sencillos pasos, existen técnicas de reproducción asistida que vienen a modificar la manera de tener un hijo, estas técnicas pueden consistir entre una simple inseminación artificial, donación de gametos hasta un útero que pertenece a otra mujer, la cual no será madre del producto. La voluntad procreacional ahora ya es la determinante para ser madre o padre.

Entonces la maternidad se definirá desde cuatro puntos de vista, estos consisten en su significado etimológico, su significado gramatical, desde la perspectiva biológica, y su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

#### 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, de este modo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía

---

<sup>3</sup> Diccionario de la Lengua Española, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001, t. II, p. 1467.

honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

#### Gramatical

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, maternidad significa: "Estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".<sup>6</sup>

#### Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático.<sup>7</sup>

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza

---

<sup>4</sup> ARÁMBULA REYES, Alma. "La Maternidad Subrogada". Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, Cámara de Diputados. LX Legislatura. México D.F. – México. Agosto de 2008. Pág.10

<sup>5</sup> Cfr. Irene LÓPEZ FAUGIER. "La prueba científica de la Filiación", Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778 1, pág. 276

<sup>6</sup> Real Academia Española, Diccionario de la... op. cit., p.1467 Citado en: Ibidem

<sup>7</sup> Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPI, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citado en: LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de la Filiación", Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778-1, pág. 276.

humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.<sup>8</sup>

#### Jurídico

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.<sup>9</sup>

Con lo anterior tenemos que el término de maternidad se desdobra conforme el paso del tiempo, conforme el espacio y la evolución social, entonces, la maternidad con sus cambios ya no es siempre cierta, ahora puede pertenecer a dos mujeres; en el caso de la gestación por sustitución o maternidad subrogada se establece una presunción respecto de la mujer que da a luz al niño permitiendo la impugnación de la maternidad, claro, se deberán permitir nuevos parámetros para determinar quien será la madre, la cuestión es definir a quién corresponde la calificación de madre; decidir si pertenecerá no sólo a la mujer que da a luz o a la que lo educa, lo alimenta, le da amor y cuidados; en la gestación por sustitución los dos aspectos se

---

<sup>8</sup> Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citado en: *Ibidem* pág. 278

<sup>9</sup> Cfr. Felipe CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., p. 342; Enrique GUGLIELMI, op. cit., p. 280; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...* op. cit., p. 5. Cfr. José ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, op. cit., p. 67. Cfr. Fustel de COULANGES, p. 59 y 60. Citados en: *Ibidem*

encuentran separados, existe una mujer que alumbró al niño y la otra, la que tuvo la voluntad y asume el rol de madre, que tendrá más valor para que se pueda calificar a una mujer como madre?

Autores más relacionados con la sociedad moderna prefieren calificar como madre en los casos de esta forma de reproducción asistida a aquella mujer que tiene la intención de criar al niño, que pensó tenerlo y educarlo porque le dio el ser, independientemente de que ella no lo haya tenido en su vientre cuando se desarrollaba y menos aún de que lo haya dado a luz y no a aquella mujer que lo gestó y lo parió sólo por que otra mujer cedió sus embriones.

Para el caso de la maternidad a través de la gestación por sustitución se concederá un mayor grado de autonomía, la mujer podrá disponer de su capacidad de reproducción y pactar, si lo desea, con ésta y por otro lado aquella mujer que es sustituida se independizará de lo que ha establecido la sociedad, la obligación de gestar y parir.

#### 1.1.1 Modalidades de la maternidad.

La maternidad, como ya se mencionó, en la actualidad se ha segregado, aunque sea difícil su aceptación, ésta ya puede ser compartida a partir de la definición de maternidad biológica; la doctrina ha hecho una clasificación dependiendo del grado de participación que cada mujer tenga en el proceso de procreación:

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

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

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

d. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.<sup>10</sup>

En este contexto surge la interrogante ¿quién es la madre? La que lo desea, la que lo gesta o la que aporta el material genético, después de esta pregunta, sigue una más, ¿a quién le corresponden los derechos derivados de la maternidad?

El Derecho Internacional ha arrojado tesis de las que se desprende que para acreditar la maternidad sólo bastaría el deseo, la voluntad de ser madre, caso similar a lo que sucede con la adopción, pero este tema será materia de estudio en otro capítulo.

#### 1.1.2 Determinación de la maternidad.

La doctrina civil actual así como la sociedad mantienen el criterio de que la maternidad se determina por el aporte genético tanto como por el hecho del parto.

Para Trabucchi, la determinación de la maternidad se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. La idea se mantiene en el entendido de que la gestación y los momentos posteriores al parto son hechos pertenecientes a la que será madre del niño y no se realizaran éstos para la satisfacción de otra mujer, serán hechos tan propios y tan ligados entre la madre y el hijo<sup>11</sup>. Es así como para el autor no se concibe la idea de que un acuerdo celebrado entre dos mujeres o entre parejas pueda tener tal validez como para considerarlo

---

<sup>10</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8, pág. 191.

<sup>11</sup> En este sentido, TRABUCCHI afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente *ab extrínseco* en la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que da a luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo (cfr. «*La procreazione artificiale e genetica umana...*», cit., pp. 501 y ss.). Citado en: MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en ...", *Op. Cit.*, pág. 193.

suficiente y así conseguir una maternidad y por otra parte renunciar a derechos tan valiosos como el obtenido después de una gestación y un parto. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre.

Pero también existe la corriente más liberal o al menos la que acepta y reconoce los cambios de la sociedad y a su vez admite el sometimiento al que estamos destinados producido por la ciencia y la forma de pensar y comportarnos, esta corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, se propone que en lugar de que el parto se designe como el hecho determinante entre la madre y el niño, lo sea la procreación voluntaria y como consecuencia le responsabilidad de la mujer o pareja al tener un hijo, entonces tenemos que la voluntad en la maternidad es determinante para la protección y respeto de los intereses del menor. La maternidad deberá corresponder a la mujer que lo desea, que acepto las responsabilidades, las obligaciones y los derechos, que lo reconocerá como hijo propio, ya que independientemente de la aportación genética de ella o de su marido, sin el deseo de querer ser madre, el niño no se hubiera concebido. Esto es una maternidad de deseo.

Equiparables son los casos donde la reproducción se lleva a cabo por medio de una IA (fecundación artificial) o FIV (fecundación in vitro), en donde se supone la mujer se embaraza, no de su marido sino de un donante, en este caso el esposo de la mujer acepta ser el padre del niño, éste ha tenido la voluntad, no importando si tiene o no lazos biológicos con su hijo, el hombre aceptará la paternidad, esto es la voluntad procreacional; ahora, suponiendo este caso en una mujer, no se le podría reprochar que acepte una maternidad de un niño el cual no llevó en su vientre pero lo desea como cualquier mujer embarazada o más aun.

Gorassin afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre.<sup>12</sup> Es así como se debe considerar que sin la voluntad o la acción de la pareja para tener un hijo, éste hubiese sido imposible de concebir. Así es como en la técnica de gestación por sustitución se debe reconocer como madre con todas sus consecuencias jurídicas a la mujer de la intención.

En la actualidad ya encontramos avances en la doctrina, la cual permite no encajonar a la maternidad en algo biológico, sino también voluntario, dando oportunidad de esta manera de permitirnos conocer, reconocer y aceptar las posibilidades que la ciencia ofrece.

Para determinar la maternidad en caso de la gestación por sustitución, la doctrina ha presentado tres tipos de teorías:

a) Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico. Esto es respecto al Derecho Civil, es decir, menciona que la gestación y el parto serán los determinantes para una designación de madre. Menciona que para negar la maternidad de la mujer que da a luz se deberá demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo.

b) Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo. Esta teoría se basa en la voluntad de la mujer que desea tener un hijo, como se mencionó antes, sin la voluntad de ésta el bebé nunca hubiera sido concebido. Además en el supuesto planteado en el presente trabajo la mujer con voluntad también tendría una relación biológica por ser la otorgante de óvulo, en uno de los supuestos. Es así que explica la teoría que no se debe otorgar el

---

<sup>12</sup> Ibidem pág 192.

estatus de madre a aquella que donó el óvulo o la que se comprometió a gestarlo y hacer la labor de parto, ya que estas jamás tuvieron la voluntad ni deseo de tener un hijo, y ya sea por razones económicas o altruistas se comprometieron con una mujer que tuvo la voluntad de ser madre. Este tipo de teorías crean un cambio en la consideración del criterio determinante de la maternidad, que es: el parto.

c) Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético. Ésta contiene argumentos un tanto radicales, ya que menciona que madre será aquella que se parezca al niño, es decir, el niño será genéticamente parecido a ella, por ejemplo, si el óvulo es de una negra, y la mujer que lo gesta es blanca, por más que lo geste y que dé a luz el niño será negro.

Marcial Rubio Correa (1997), defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética, pero si se cumple con dos requisitos, ciertamente excepcionales: “que la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar su paternidad), y que la mujer en el parto o, a partir de él, quede físicamente imposibilitada para asumir la maternidad.” (p.129).<sup>13</sup>

En los casos de gestación por sustitución las figuras de progenitores se disgregan, se ha establecido que es la única técnica de reproducción asistida que descompone de tal manera el plano de maternidad y paternidad; la pareja comitente va a ir de la mano con la mujer que gesta y en su caso el marido de ésta o su pareja, y puede ser el caso en que también esté la figura de las personas que aportaron la información genética, por tal razón es que hay problemas en virtud de a quién atribuirle tal o cual rol.

---

<sup>13</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima-Peru. 1997 p. 129

### 1.1.3 “*Mater Semper certa est*”: la madre es siempre conocida.

*Mater semper certa est* es una expresión [latina](#), que puede traducirse como "La madre es siempre conocida", que hace referencia a un [principio de Derecho](#) que incluso en algunas legislaciones nacionales tiene la fuerza de una [presunción de derecho](#), en virtud de la cual se entiende que la [maternidad](#) es un hecho biológico evidente en razón del [embarazo](#), por lo que no se puede impugnar.<sup>14</sup> Este adagio latino hacía considerar que la maternidad y la identificabilidad con la persona que da a luz, resultaban de cierto modo inseparables, no había otra opción para considerar, la madre del nacido no podría ser otra que la que lo parió y en consecuencia no se podía renunciar a las consecuencias legales que creaba el haber sido madre, el reconocimiento de la filiación no necesitaba consentimiento previo o posterior, era una consecuencia inmediata, daba una protección inmediata al nacido, así que, la madre del niño no sería otra que la mujer que dio a luz, la evidencia era el parto. Aceptando este principio de Derecho, también hay que pensar en que los romanos al establecer dicho proverbio jamás se imaginaron los avances de la tecnología y por lo tanto que la mujer que da a luz no sea la que tenga relación genética con el nacido.

Tenemos que la maternidad es un hecho cierto el cual se acredita con el alumbramiento, este principio es el que nos crea conflictos al pretender aceptar que hay otra forma considerar la maternidad. Nuestro Código Civil en algunos de sus artículos (arts. 325 y 326) establece que a diferencia de la paternidad que se presume y se puede impugnar, la maternidad no y mucho menos se puede imputar la maternidad a una mujer casada. Con la maternidad subrogada dejarían de regir los principios de la maternidad que conciben a ésta como un hecho cierto y el cual se acredita con el

---

<sup>14</sup>Wikipedia, la enciclopedia libre, “*Mater semper certa est*”.  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Mater\\_semper\\_certa\\_est](http://es.wikipedia.org/wiki/Mater_semper_certa_est). 6 de enero de 2011. 15:10 hrs.

alumbramiento y finalmente pasara a ser como la paternidad, que es algo que se presume y no que se asume.

Los avances tecnológicos y científicos van contra la certeza de la maternidad genética, como ya se ha mencionado, la maternidad y paternidad se pueden confirmar con una simple prueba de ADN, y ésta será la que otorgará el carácter de progenitor del niño, lo que se va a buscar en si es el reconocimiento de los padres para el niño, el emplazamiento al estado de familia el menor.

Ahora deben ser superiores otros vínculos complementarios para poder determinar la maternidad, como la voluntad de tener un hijo, la gestación y apariencia de la relación mujer- feto, el hecho de que el marido o pareja de la mujer gestante aporte su material genético para la concepción, entre otros. Será una circunstancia de carácter social y cultural creando así las relaciones paterno filiales, estos vínculos complementarios vienen ya a modificar la expresión "*Mater Semper certa est*" para aceptar las relaciones que se viven en la práctica y consagrarlas legalmente.

Algunos autores consideran que la maternidad y paternidad se acreditan, ya ahora, por actos que muestran con evidencia la voluntad de los padres de familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de aquellos y en la permanencia y publicidad de tal actitud. Es así como el emplazamiento del estado de familia se derivará de un conjunto de actitudes como las mencionadas siempre que sean notorias y reiteradas.

Entre los diferentes tipos de maternidad originadas por las nuevas técnicas de reproducción, se distinguen:

-Maternidad biológica, será plena si aporta el óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos;

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

- Maternidad del deseo, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica;
- Maternidad legal, la aceptada por las leyes como tal.”<sup>15</sup>

Las preguntas a responder, serían: ¿cuál es la maternidad necesaria para considerar en la relación materno-filial? ¿Tienen distinto rango con relación al hijo? Se afirma que ahora la madre es quien da a luz, salvo que exista un acuerdo de voluntades en el cuál la mujer gestante renuncie a la filiación y la mujer sustituida acepte ésta.

## 1.2 Subrogación y gestación por sustitución.

En términos generales se llama maternidad subrogada al acto reproductor que permite el nacimiento de un hijo gestado por una mujer bajo las condiciones de un pacto o contrato, mediante el cual la mujer gestante debe ceder todos los derechos que tiene sobre el recién nacido a favor de otra mujer y/o de otro hombre quienes lo solicitaron y que fungirán como madre y padre del niño.

Se ha preferido para el trabajo expuesto el término de gestación por sustitución, que si bien éste no es mayor jerárquicamente con las otras maternidades, como ya se mencionó, lo será por carácter meramente conceptual y por la fealdad lingüística que representan los vocablos de maternidad subrogada o subrogación materna; para acreditar mejor la preferencia del término analizaremos las distintas acepciones que se le dan a la situación:

>"Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";

---

<sup>15</sup> Informe español de la Comisión ...,cit., p. 58. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. pag. 255

>"Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";

>"Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";

> "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".<sup>16</sup>

Observando ya las definiciones, encontramos que ninguna se asemeja a lo que se pretende describir, es decir, al objeto del presente trabajo, la sustitución a la que nos referimos es respecto a un método de reproducción asistida el cual consistirá en implantar en el útero de una mujer un embrión, y éste así, se desarrollará en su vientre durante el tiempo que dure la gestación hasta el momento de dar a luz.

Para López Faugier la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida es la de madre gestante, porque "Gestar" significa: "Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."<sup>17</sup>

"El término "subrogación" en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra."<sup>18</sup>

Así, "subrogar" significa precisamente 'sustituir'<sup>19</sup> o cambiar una cosa o persona por otra. Vemos entonces que la Ley menciona que subrogación es una transmisión de las obligaciones, es decir, sustituir a un acreedor por otro situación que no es precisamente similar a la que describimos, porque la gestación por sustitución no pretende que una mujer comitente sustituya a otra mujer comitente, se pretende que la sustitución de la que hablamos

---

<sup>16</sup> Real Academia Española, Diccionario de la... op. cit., pp. 429, 739, 1223 y 1224. Citado en: Ibidem

<sup>17</sup> Real Academia Española, Diccionario de la ...op. cit., p. 664.

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 1039

<sup>19</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002, pág. 339

tenga una acepción más noble, la mujer sustituta lo que hará es gestar para otra a un embrión hasta el momento del alumbramiento, la va a sustituir en el proceso de gestación solamente, más no en sus derechos y obligaciones, ya que ésta tendrá los propios derivados de la sustitución que realiza, razón por la cual se prefiere el concepto de sustitución y no el de subrogación por considerar éste último como el que confiere de manera firme el señalamiento de derechos y obligaciones. Para el caso en que el término de subrogada o subrogación indique que la maternidad principal es aquella que se da porque la gestación y el alumbramiento suceden en una mujer, en la gestación por sustitución se pretenderá reemplazar a la madre.

Para Delgado Calva: "Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra".<sup>20</sup> Debemos entender que si hemos definido estos distintos conceptos, es para que se integre como un sinónimo de sustitución al de subrogación, debido a que en no muy contadas lecturas manejan a la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto.

### 1.2.1 Maternidad subrogada y causas que la originan.

El origen de la maternidad subrogada tiene que ver con las técnicas de reproducción asistida, éstas fueron evolucionando de tal manera que ahora sucede que una mujer gesticione al hijo de otra.

Es así, como esta técnica surge a través de la necesidad o imposibilidad en muchas mujeres para que tengan un embarazo o que lo

---

<sup>20</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano", Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. pág. 38

puedan llevar a término, sin embargo la tecnología que se ha desarrollado ha permitido que estos avances tengan resultados exitosos.

Las técnicas para la procreación encuentran el sustento en la posibilidad de superar los problemas de la anatomía biológica, funcional o de la decisión personal cuando hay impedimentos para la procreación natural. Existiendo estas alternativas científicas resulta imposible renunciar a ellas sólo por los reproches éticos y sociales, los que acuden a ellas se niegan a la renuncia de la realización humana entendida como la procreación así también como a su proyecto de vida.

Las causas que han originado la mencionada práctica, entre otras, son:

- Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé;
- Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
- Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o

- Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.<sup>21</sup>

Los primeros tres casos se refieren a la infertilidad en las parejas por cualquier causa médica o física; el cuarto hace referencia a algo más frívolo, como es aquella mujer que por cuestiones de estética no quiere llevar a cabo un embarazo, aquí no será muy conveniente que una mujer sea madre, ya que si tiene la frialdad de permitir que otra mujer se embarace por ella, la puede tener para entregar amor y otras cuestiones; el quinto caso tiene que ver con la reproducción *post-mortem* (después de la muerte), aquí el marido de la mujer que ha muerto tendrá que decidir si quiere traer al mundo a un ser que ya desde antes de concebirlo no tendrá madre, también no parece una muy buena opción. Y la última hace referencia a aquellos que más que infértiles están imposibilitados físicamente para poder concebir, a esta opción se le da ya de entrada un rechazo absoluto.

De las anteriores causas las que son más recurridas y también aceptadas son aquellas que aluden a la infertilidad, de hecho la mayoría de las clínicas en el mundo que prestan estos servicios lo hacen sólo si hay una imposibilidad para llevar a cabo un embarazo, pero el que las clínicas hagan esto depende de las leyes vigentes en ese momento, ya que ahora son muy pocas las ciudades donde la causa para una gestación por sustitución sea lo de menos.

### 1.2.2 Modalidades de la maternidad subrogada.

Se considera que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida, pero va más allá, es un proceso el cual se ayuda de una técnica de reproducción asistida, es decir, las consecuencias no

---

<sup>21</sup> ARÁMBULA REYES, Alma. "La Maternidad...p.41. Citado en: Ibidem.

terminan con la culminación de la técnica, sino que se extienden durante nueve meses y aún posterior.

Hay varias combinaciones posibles para llevar a cabo una maternidad subrogada o gestación por sustitución, ya sea *lato sensu* (sentido amplio) o *strictu sensu* (sentido estricto), de esto último hablaremos posteriormente. Para que surjan estas combinaciones lo más común es que haya una “inseminación artificial” (IA), es decir, cuando la mujer gestante es inseminada con espermatozoides de donante o del esposo o pareja de la mujer comitente, así como también del hombre soltero o pareja de otro hombre y la “fecundación in vitro” (FIV), en la cual el óvulo y el espermatozoides provienen de la pareja o de donadores y luego de ser fecundados, el embrión es transferido a la mujer que se encargará de la gestación.

Para aclarar lo anterior se hará una división de estas combinaciones, así tenemos dentro del primer grupo:

a) Que la mujer gestante quede embarazada a través de una IA, así el material genético de esta mujer podrá ser fecundado, a su vez, con los gametos de la pareja de la mujer sustituida, es decir, del hombre comitente o con los de un donante. En estos casos se habla de una “subrogación tradicional”, o “maternidad subrogada parcial” ya que la mujer que gestará al embrión estará unida genéticamente con él, entonces será madre genética de la criatura.

Algunos autores consideran que no se debe llamar gestación por sustitución o maternidad subrogada, cuando la solicitud sea por una pareja de hombres o de uno solo, ya que en estos casos habría un encargo de gestación y no de una sustitución, ya que aquí ninguna mujer podría sustituir a un hombre en una función que a éste biológicamente le es imposible.

b) Que a la mujer gestante se le transfiera un embrión concebido mediante una FIV, esta técnica se llevaría a cabo por gametos aportados por la pareja comitente o por terceros donantes, ya sea de los dos tipos de gametos o de uno sólo. Entonces, se habla de “subrogación gestacional” *strictu sensu* o de “maternidad subrogada plena o total”, esto es porque la mujer gestante sólo va a aportar la función de gestar y nunca el material genético.

De este grupo se desprenden a su vez varias combinaciones, necesarias de mencionarse, ya que en este trabajo lo que interesa es una subrogación gestacional *strictu sensu*, porque nos parece que de aceptarse la subrogación *lato sensu*, se entraría en otras dificultades las cuales no se pretenden, en estos casos, claro estaría que la mujer que gesta al embrión y aporta el óvulo tendría derechos sobre el niño, ya que no habría manera de negar sus lazos genéticos, así como, de negarle sus derechos derivados.

Las combinaciones son las siguientes:

“- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos procedentes de la pareja. Éste y los casos que restan son equivalentes. Se trata de supuestos englobados dentro de lo que se conoce como «maternidad de sustitución». La gestación por parte de una tercera se puede deber a una incapacidad de gestar por parte de la mujer miembro de la pareja, o bien por otros motivos, incluso de conveniencia.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.”<sup>22</sup>

### 1.2.2.1 Gestación por sustitución.

Hay algunos antecedentes históricos, que hacen referencia hacia una maternidad sustituta, entre estos tenemos los citados en Génesis, 16:2<sup>23</sup> y 30:1-5.<sup>24</sup>

La gestación por sustitución trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales, inseminación artificial (IA) o fecundación in vitro (FIV), caracterizado porque la maternidad psicológica o volitiva queda disociada del hecho obstétrico, por contraste lo que sucede con una IA o FIV tradicionales.<sup>25</sup>

Se debe mencionar que la gestación por sustitución tiene diversas acepciones, empezando por el más común que es maternidad subrogada, madres sustitutas, gestación por cuenta de otros y otros que nada tiene que ver con lo que verdaderamente es, siendo estos términos: vientre de alquiler, arrendamiento de útero. En los Estados Unidos se alude *surrogate mother* (madre subrogada), en Francia, *mère porteuse* (madre portadora).

<sup>22</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida”, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999, pag 148 y 49.

<sup>23</sup> Biblia. "Y dijo Saray a Abram: `Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo'. Abram hizo caso de las palabras de su esposa. Y cuando llevaban diez años viviendo en Canáan, tomó Saray a su esclava Agar y se la dio por mujer a su esposo. El que la recibió como tal, quedando embarazada".

<sup>24</sup> Biblia, "Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, se puso envidiosa de su hermana y dijo a Jacob: `Dame hijos, porque si no me muero'. Entonces Jacob se enojó con Raquel y le dijo "¿Acaso esto yo en lugar de Dios que te ha negado los hijos?". "Ella le contestó: `Aquí tienes a mi esclava Bilá, únete a ella para que dé a luz sobre mis rodillas; así tendré yo también un hijo por medio de ella'. Le dio, pues, a su esclava Bilá como mujer y Jacob se unió a ésta. Bilá quedó embarazada y dio a Jacob un hijo..."

<sup>25</sup> SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos.” HUMANITAS, Humanidades Médicas, Tema del mes on-line. No. 49, Abril 2010. Pág. 8

Según la definición del Informe Warnock Warnock, en Inglaterra, se define el concepto (surrogacy) en los términos siguientes: “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. La utilización de la inseminación artificial y los recientes desarrollos en la fertilización in vitro han eliminado la necesidad de relaciones sexuales para producir la preñez (el embarazo) de la madre subrogada. La maternidad subrogada (surrogacy) puede producirse mediante varios medios. La mujer (commissioning mother) que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente. El padre genético puede ser el marido de la mujer (commissioning father), o el marido de la madre suplente o un donante anónimo. Por consiguiente, hay varias personas envueltas, así como también posibilidades diferentes de envolver a distintas personas, que serán relevantes en la concepción de la criatura, su nacimiento y medio ambiente familiar en los primeros meses o semanas. De las varias posibilidades en que puede establecerse la maternidad subrogada, las más frecuente es aquella que conlleva la inseminación artificial, donde la madre suplente es también la madre genética, inseminada con el semen del esposo de la mujer (commissioning mother) que contrata con la madre suplente. Además, es también posible mediante la fertilización in vitro, donde tanto el óvulo como el espermatozoide provienen de la pareja que contrata, y el embrión resultante se transfiere e implanta en la madre suplente.”<sup>26</sup>

En el presente trabajo se definirá a la gestación por sustitución o maternidad subrogada como “aquella practica en que una mujer denominada ‘mujer gestante’ aceptará gestar a un embrión por encargo de otra mujer denominada ‘madre comitente’, con el compromiso de que una vez concluido

---

<sup>26</sup> Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cmnd. 9314, julio 1984, pág. 42. Informe Warnock, supra nota 25.

el embarazo entregará al recién nacido a la madre comitente renunciado a la filiación conferida por el proceso de gestación”.

Peralta Andía define la maternidad subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto.”<sup>27</sup>.

Por su parte, Juan Espinoza define a la madre sustituta como “aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres”<sup>28</sup>.

También hay quien dice que la maternidad subrogada es un fenómeno de las últimas décadas que se presenta principalmente en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es "contratada" para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear así. Al nacer éste, lo entrega al matrimonio que la "contrató", cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre.<sup>29</sup>

Con lo anterior tenemos que la maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término un embarazo por cuenta de una pareja estéril la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido in Vitro.

---

<sup>27</sup> PERALTA ANDIA, Rolando. “Derecho de Familia en el Código Civil”. Ed. IDEMSA, Lima, 2002 Pág. 372

<sup>28</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de Personas”. Editorial Huallaga, Lima – Perú. 2004. pag.12

<sup>29</sup> PETZOLD PERNIA, Hermann. “El principio Mater in iure semper certa est frente a la transferencia de embriones humanos, en el Derecho Civil Venezolano”. Revista Fundación Procuraduría. [SUMMA, 135º Aniversario de la Procuraduría General de la República](#), Caracas, 1998.

### 1.3 Reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida serán una solución de la pareja infértil, que ha intentado tener hijos por otros métodos sin conseguirlo. Su objeto es ayudar a obtener un embarazo y casi siempre son tomados como la última posibilidad para estas parejas.

Se designan así a “todas aquellas manipulaciones científicas encaminadas a producir la gestación”. Por su parte, estas técnicas son las llamadas **TERAS**, definidas como métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera.<sup>30</sup>

Estos procedimientos se justifican cuando están destinados a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, y en todo momento con respeto al punto de vista moral, cultural y social de la pareja que se somete al procedimiento y de la sociedad en general.<sup>31</sup>

La reproducción humana va a posibilitar la unión del óvulo con el esperma, se unen los gametos, tanto femenino como masculino, se van a manipular los gametos de modo tal que se buscará la concepción y con esto el nacimiento de una persona sin la necesidad de una relación sexual, pero no se trata de crear seres humanos con ciencia ni mucho menos, hay que adaptarnos a las técnicas para no caer en calificaciones morales y éticas negativas.

---

<sup>30</sup> CANNESA VILCAHUAMÁN, Rolando. “Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en Derecho civil y comercial, Lima, Perú, 2008. p. 261 págs.p. 32-36. Al respecto, el autor Canessa Rolando cita la definición de Varsi Rospigliosi, la cual estipula que TERAS “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”. p. 28.

<sup>31</sup> GAMBOA MONTEJO, Claudia. “Maternidad subrogada, estudio teórico conceptual y de derecho comparado”. Centro de Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior. México, D.F. Octubre 2010. Pág. 15

Consecuencia de las técnicas de reproducción asistida humana son las creaciones de nuevos conceptos de maternidad y paternidad y una diferente atención al concepto de filiación. Hay una necesidad urgente de crear y adoptar criterios de regulación en el ámbito jurídico respecto a los avances científicos, acerca de la reproducción asistida, de la disponibilidad y en su caso comercialización del cuerpo humano.

Son muchos los cambios que se producen en la medida en que la reproducción humana asistida es aceptada: la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima porque la procreación asistida se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado, afecta el derecho a la intimidad, los progenitores sufren en su personalidad porque es todo un equipo el que dirige y vigila la procreación, el marido y la mujer que reciben el esperma del donante, y éste, sufren en su dignidad; existe riesgo sobre la vida del concebido o de los embriones que se pierden en el proceso, aparecen nuevos conceptos de paternidad y maternidad; se crean nuevas presunciones o ficciones legales como la de que el marido que consiente la inseminación artificial con esperma de donante es el padre, al prohibírsele impugnar la filiación matrimonial del bebé; se daña el derecho a la identidad en los casos de donación de esperma, maternidad subrogada, aplicación en mujeres solas, la asistencia *post mortem*.<sup>32</sup>

### 1.3.1 Clasificación de la reproducción asistida.

Debido a que este trabajo está destinado al tema de sólo una de técnica de reproducción asistida, se enunciaran de manera muy concreta, entre estas técnicas tenemos:

---

<sup>32</sup> ESCOBAR FORNOS, Iván. "Derecho a la Reproducción humana (fecundación y reproducción in vitro)". Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales. México, No. 16, junio-julio, pág. 144.

A) Inseminación artificial (IA). En virtud de la inseminación artificial se coloca el espermatozoides en el aparato genital de la mujer para obtener la fecundación. El procedimiento artificial es claro: se obtiene el semen por medio de la masturbación o mediante la relación sexual con preservativo donde se deposita el espermatozoides, y posteriormente lo introduce el grupo técnico en el cuerpo de la mujer. Se puede tomar el semen fresco, esto es, que puede ser aplicado una vez que sea eyaculado y así aumentar las posibilidades de un embarazo, o se puede tomar el semen que se ha congelado, este disminuye un tanto las posibilidades de un embarazo, pero da la oportunidad de analizarlo y descartar cualquier infección o problemas genéticos.

B) Fecundación *in vitro* (FIV). Es un proceso técnico que logra el embrión al unir el espermatozoides con el óvulo fuera del claustro materno, que luego es trasplantado a éste para que el embarazo continúe su desarrollo natural. Esta técnica es más costosa debido a su complejidad, ya que hay que fecundar varios óvulos para después implantar por lo menos tres, porque si se implantan menos podría no haber embarazo, pero si se implantan más de cuatro podría haber uno múltiple. Esta técnica se relaciona con la Transferencia de Embriones (ET), pues una vez fecundado el óvulo se conservará en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y después transferirlo al útero para que se desarrolle.

C) Hiperestimulación ovárica controlada (HOC), esta técnica complementa o facilita el uso de técnicas como la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de gonadotropinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para esto, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.

D) La perfusión espermática a oviductos (FSP), conocida por su nombre en inglés, *Fallopian Sperm Perfusion*, la cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrias por vía transcervical, se combina con la hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el óvulo y el espermatozoide.

E) Transferencia intratubaria de gametos (GIFT), mediante esta técnica serán colocados los óvulos y espermatozoides que ya hayan sido previamente analizados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, así será un proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.

F) Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT), es una combinación entre GIFT y el FIV, es decir, se transferirán los embriones o huevos fecundados.

Las dos primeras técnicas se pueden subclasificar en homóloga, heteróloga y mixta:

a) Será homóloga cuando el semen necesario para la fecundación pertenece a la pareja de la mujer que va a ser receptora de la técnica, es decir, la que desea concebir. Se dice que esta técnica se realiza cuando el semen de la pareja no puede llegar a fecundar el óvulo, o el hombre es impotente, también cuando la mujer tiene algún problema sexual como el vaginismo o impedimentos como trastornos endocrinos o del metabolismo, entre otros.

b) Será heteróloga cuando el semen necesario para la fecundación pertenece a un tercero donante, es decir, no será de la pareja de la mujer receptora de la técnica. Esta técnica se realiza

cuando el esperma del varón no es lo suficientemente adecuado para fecundar, es decir, el hombre es estéril, pero también sucede cuando hay posibilidades de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias como la hemofilia, síndrome de Down, por mencionar algunas.

c) Será mixta cuando el semen necesario para la fecundación pertenecerá a la pareja de la mujer receptora de la técnica pero también incluirá semen de un tercero donante, es decir, será una mezcla de dos tipos de semen, esta combinación se hará cuando no existe una seguridad de que el semen del marido no pueda fecundar el óvulo de la mujer, y con ésta habrá mayor posibilidad de que la mujer pueda quedar embarazada.

Con lo anterior se concluye que a partir de la técnica de Inseminación Artificial (IA) ha habido nuevos avances en la reproducción asistida, algunos de estos muy aceptables y otros absolutamente rechazados ética y moralmente en la sociedad, conforme avanza el estudio de estas técnicas se hallan más y más procesos científicos para dar pie a la concepción, algunas resultan monstruosamente alarmantes e incomprensibles, además de increíbles imaginando así un futuro asombroso. Entre estos avances científicos tenemos: la separación de los espermatozoides más activos en un intento de asegurar que sólo los más saludables lleguen a fecundar el óvulo, el rompimiento de la capa externa del óvulo por medios químicos reduciendo así el número de espermatozoides de calidad que se precisan para conseguir la fecundación, la transferencia intratubárica de gametos (TIG), la congelación y descongelación de óvulos y embriones por largos periodos de tiempo, la microcirugía que trae como resultado idénticos gemelos o trillizos, la clonación de embriones que posibilitaría una descendencia numerosa e idéntica, la inyección de material genético una vez identificadas las secuencias de ADN asociadas con varias enfermedades genéticas, la

utilización médica del tejido fetal y la transferencia de células de un embrión de 2 ó 3 semanas a niños y adultos que padecen alguna anomalía que afecta las funciones vitales del cuerpo, el trasplante de ovarios como otro recurso para superar la esterilidad, la placenta artificial para mantener con vida fetos expulsados por aborto espontáneo cuando tiene diez semanas y otras más.

### 1.3.2 Infertilidad.

La infertilidad internacionalmente ya es considerada como aquella enfermedad en la cual la mujer no puede tener implantado un embrión, es decir, lo puede concebir pero no llevar a término un embarazo; la esterilidad por el contrario, además de ser un término que ya no existe, al menos en el derecho internacional para calificar a las mujeres u hombres que no pueden tener hijos, será el acto de hacer que una mujer no pueda tener ya más hijos o un hombre, haciendo esto mediante vasectomía, salpingoplastia y otras técnicas. La infertilidad será la pérdida recurrente de la gestación.

La infertilidad definitiva es ya la incapacidad de reproducirse, tomándolo como problema actual que impide la gestación, resultando de esto es la necesidad de establecerse medidas legislativas, administrativas y de salud, para regular aquellas técnicas de reproducción asistida que hacen posible la reproducción.

“Una pareja infértil será aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo.”<sup>33</sup>

Arturo Arrighi menciona que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido y asegura que la infertilidad no tiene

---

<sup>33</sup> PÉREZ PEÑA, Efraín. “Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral”. 2ª Ed., México, Salvat. 1995 p. 11

parámetros determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregida y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.<sup>34</sup>

Los términos infertilidad y esterilidad vienen usándose como sinónimos ante las diferentes sociedades, pero la ciencia y los estudiosos de ésta se refieren siempre a cada una con precisión, consecuencia de esto, hay que analizar qué es la esterilidad, diferencias y similitudes con la infertilidad. Ahora bien, la esterilidad indica una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar, la infertilidad será la ausencia de la fertilidad. También existe la esterilidad primaria y la secundaria, la primera será aquella que describirá a la pareja que nunca pudo concebir un hijo, y en la segunda, se supone que de menos ya hubo una concepción, pero ahora esto ya no es posible.

El Comité de Nomenclatura de la FIGO (Federación Internacional de Tecnología y Obstetricia) define que una pareja debe ser considerada infértil cuando, después de mantener regularmente relaciones sexuales durante dos años, persiste involuntariamente sin tener hijos. La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como <dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir>.<sup>35</sup> Se dice que la esterilidad clínica se define como <el no haber quedado embarazada la mujer después de un año de relación sexual sin protección>, y de esta manera la infertilidad será medicamente, un periodo con actividad sexual sin concepción y en esta tesitura se dice que la infertilidad no indica esterilidad, sino que sólo se señala a una población que tiene problemas para concebir.

Hay que mencionar que una pareja sólo se considerará infértil si mantiene el deseo de concebir, es decir, sino tiene el deseo, ésta jamás se sentirá frustrada aún cuando pueda o no concebir, y con base esto, en la

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> LEMA AÑON, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida". 1ª Ed., San Cristobal, España. Editorial Trotta. 1999. Pp 157- 210.

frustración de la pareja, se justifican las nuevas tecnologías reproductivas. Es más, se defiende el uso de estas tecnologías con el supuesto de que la pareja sufre y para superar esto basta tener descendencia, pero además es una necesidad social, es la satisfacción de tener hijos biológicos.

Se concluye lo anterior que el tratamiento de la pareja en el caso de la infertilidad tiene consecuencias en el tratamiento jurídico y político, en cuestiones como la existencia y alcance a un derecho a la reproducción.

## **Capítulo II**

### **Derecho Civil y su relación con la gestación por sustitución.**

#### 2.1 Derecho Civil.

El Derecho Civil por lo general es definido como aquel conjunto de normas jurídicas y principios que regulan las relaciones cotidianas personales o patrimoniales entre personas, éstas, pudiendo ser privadas o públicas (siempre que actúen con el carácter privado). Las normas del Derecho Civil tendrán el objetivo de protección de los intereses de las personas en el orden moral y patrimonial, además reconocerá a cualquier persona como sujeto de derecho. En la disciplina serán reguladas instituciones inherentes a las personas como lo son la personalidad jurídica y sus atributos. El Derecho Civil será aplicable para todos, no importará si alguien es doctor, campesino, comerciante u obrero, de cualquier forma es una persona y como tal este Derecho le reconoce los atributos desde el momento de la concepción hasta que muere.

Así es como el Derecho Civil comprenderá el derecho de las personas, de las obligaciones y contratos, el derecho de los bienes, derecho de las sucesiones, el derecho de familia y aquellos aspectos de la responsabilidad civil.

Para Bonnecase, el Derecho Civil “es una rama del Derecho que comprende dos categorías de reglas: las primeras relativas a la estructura orgánica y al poder de acción de las personas privadas tanto individuales como colectivas, físicas o morales o a la organización social de la familia; las segundas serán aquellas bajo cuyo imperio se desarrollan las relaciones de

derecho, derivadas de la vida de la familia, de la apropiación de los bienes y del aprovechamiento de los servicios.”<sup>36</sup>

Una de las definiciones que parece más acertada y completa así como por la simpleza en la forma de definirlo es la de Rojina Villegas, para él, este Derecho Civil puede ser considerado como la rama del Derecho Privado, general para el orden jurídico, que estudia y regula los atributos de las personas, los derechos de la personalidad, la organización jurídica de la familia y las relaciones jurídicas de carácter patrimonial habidas entre particulares, con exclusión de aquellas de contenido mercantil, agrario o laboral.<sup>37</sup>

Así se ha definido el concepto de Derecho Civil pero la doctrina insiste en otorgarle autonomía al Derecho Familiar, algunos mencionan que se trata de Derecho Privado, otros incluso lo clasifican dentro del Derecho Social. Según los estudiosos cumple éste con todos los criterios necesarios para otórgale autonomía, que son legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional, institucional y procesal, aún contando con lo necesario para considerarse una disciplina autónoma falta un Código de la Familia, y así dicen, que no tarda en dejar al Derecho Civil para ser un Derecho Autónomo o incluirse en el Derecho Social.

### 2.1.1 Derecho subjetivo y objetivo.

El derecho se manifiesta de dos diferentes maneras, por un lado establece normas a las que el hombre debe adaptarse, de respetar y no podrá contradecirlas, además está obligado a realizar lo establecido en esas normas, so pena de obligarlo mediante la coerción y de no hacerlo tendrá

---

<sup>36</sup> BONNECASE, Julian. “Elementos de Derecho Civil”. Traducción de José Cajica, Cardenas Editor Distribuidor. Primera Edición, México, 1975. P. 26.

<sup>37</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Introducción al Estudio del Derecho”, Segunda Edición, Porrúa, México, 1967.

consecuencias nada deseables socialmente, por ejemplo, no debe lastimar a otros hombres o no debe apropiarse de cosas ajenas, por mencionar algunas. Por el otro lado va a conferir facultades al hombre para actuar de una u otra manera, es decir, puede efectuar diferentes actos siempre que no perjudique el derecho de terceros como vender una casa de su propiedad, hacer un testamento, donar algún bien, entre otros.

Es así, como la primera de las manifestaciones será el Derecho objetivo y la segunda será el Derecho subjetivo. Algunos autores mencionan que estos dos van ligados, ya que los dos se crean por la voluntad de los particulares, pero el primero será por acuerdo entre las personas y el segundo será una voluntad propia, una voluntad particular.

Además, hay que notar que no todas las acciones del hombre van de la mano con las normas establecidas, sino que hay otras que tienen que ver con lo establecido por la moral, la religión y cuestiones diversas.

El derecho objetivo puede definirse como “el conjunto de reglas impuestas a los particulares en sus relaciones externas, con carácter de universalidad, emanadas en sus relaciones de los órganos competentes según la constitución y obligatorias mediante la coacción.”<sup>38</sup>

A este derecho lo componen cinco aspectos, y son: fuente, forma y contenido, caracteres y dirección, sanción y objeto.

Fuente, toda norma deberá dimanar del Estado, éste es el que va a decidir los parámetros a los cuales se debe ajustar la conducta del hombre. Se afirma que todo derecho objetivo es Estatal debido a que ningún otro poder identificado con el Estado puede crear obligaciones y asegurar su cumplimiento de manera coercitiva de ser necesario.

---

<sup>38</sup> RUGGIERO, Roberto de. “Instituciones de Derecho Civil, T.I: Introducción General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión”. Ed. Reus, Madrid, 1929. P. 23.

Forma y contenido, siempre se va a manifestar como un mandato dirigido a los gobernados y aquel que no la cumpla estará violando la Ley y como consecuencia, de no solucionarse la posible violación por los medios preventivos, habrá una sanción. La forma de este derecho puede ser ya sea por un mandato negativo o positivo, es decir, un hacer o no hacer.

Caracteres y dirección, esta característica establece a quiénes van dirigidos los mandatos, y será a todos, a la universalidad, tendrán que someterse todos los gobernados. La universalidad se establece cuando se dan todos los requisitos y supuestos exigidos por la Ley.

Sanción, es la consecuencia que genera la inobservancia de la norma, esta sanción se manifiesta de diferentes maneras, el Estado puede obligar a cumplir coercitivamente con lo establecido en la norma.

Objeto, es sencillo de mencionar, toda vez que el objeto serán las relaciones personales, no exactamente la relación de hombre-cosa, sino que estas normas tendrán el objeto de regular las relaciones de hombre-hombre.

Además, es necesario mencionar que este Derecho va a tener cambios dependiendo del momento social, es decir, evoluciona dependiendo de la época, del lugar, de las costumbres y necesidades sociales, así también de las condiciones que haya para su eventual evolución.

Por otro lado, el Derecho subjetivo, es pues, un poder de la voluntad, una facultad de obrar dentro de los límites señalados por el Derecho objetivo; poder que resulta tutelado y protegido por éste.<sup>39</sup> Se refiere, entonces, al sujeto, a la facultad que tenga de aplicar y exigir hacer valer los derechos conferidos por el derecho objetivo. Una de las definiciones que mas satisface a los autores es aquella que menciona que “el derecho subjetivo es el poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 207

siempre que sean conformes con la norma jurídica”, de ésta se desprenden dos importantes elementos, que son el formal y el material.

El formal se desprende de la voluntad y del poder que se le otorga al sujeto, pero hay que entender que ésta no será cualquier voluntad, ya que una simple voluntad no sería capaz de producir consecuencias de Derecho. Esta voluntad debe ser concreta y determinada, es decir, debe de tener un objetivo, debe producir algo o satisfacer una necesidad, debe ser útil. Es diferente del Derecho objetivo, ya que este confiere un hacer o no hacer, y el subjetivo otorga poder a la voluntad para elegir y hacer.

El elemento material se dirige hacia el fin, hacia el objeto de la voluntad que siempre va a representar una utilidad. Toda utilidad humana, todo interés o toda necesidad puede ser el objetivo de este Derecho y por consecuencia no será sólo los aspectos materiales, sino también los morales e intelectuales, pero claro está que estos fines del Derecho subjetivo van a variar dependiendo la apreciación que se les otorgue y esto dependerá del momento y espacio.

### 2.1.2 Derecho público y derecho privado.

Dentro del Derecho Público encontraremos el Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal y el Internacional, a su vez en el Derecho Privado encontramos el Derecho Civil y el Mercantil.

Normalmente corresponde al Derecho Privado el particular y al Derecho Público el Estado y las personas que tengan un carácter político o público, pero hay algunos derechos públicos que corresponden al particular, como por ejemplo, el electoral y otros de derechos privados que corresponden al Estado. Algunos afirman que los derechos públicos sólo pueden pertenecer

al Estado y estos nunca podrán ser individuales y los derechos privados sólo a los particulares.

El Derecho Público en cuanto a su contenido abarcará todas las normas que se refieren a la organización, funcionamiento, facultades y deberes de todos los órganos estatales y de las relaciones de estos con los particulares, y respecto a las relaciones que regula, éstas serán del tipo en donde intervenga el Estado como sujeto activo o pasivo.

Los mandatos que se deriven de este Derecho serán obligatorios e irrenunciables, ya que se tratará de una relación en la cual el particular está subordinado al Estado, estos se justifican porque crean el orden público y todo el pueblo debe obediencia a éstos.

Los principios de este Derecho se contraponen con los del Derecho Privado que son el de igualdad y de autonomía de la voluntad, así es como los principios serán el de legalidad y potestad del imperio, el primero será el ejercicio de potestades sustentado en normas jurídicas que sean determinadas por un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción, por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica. El segundo, es la potestad del Estado, es decir, entre las relaciones que puedan existir nunca habrá igualdad de las partes.

Es así como, el Derecho privado abarcará todas aquellas relaciones en donde el Estado no aparezca en su calidad de Estado. Entre las características de este Derecho encontramos en cuanto a su contenido que abarca normas por las que se ejercita la voluntad de los particulares en los límites que les reconoce el Estado por medio de la autonomía de la voluntad, siempre deberá de tener un grado de autonomía la voluntad para que se considere de Derecho privado; en cuanto a las relaciones que regulan, todas serán de carácter privado siempre que los que participen sean particulares;

respecto al criterio filosófico este Derecho estará regido por una justicia de subordinación, es decir, su fin será el bien de los individuos y su límite será el bien común; las características de las actuaciones que realicen los particulares siempre serán privadas; y por último, respecto al modo de operar éste será libre con la debida responsabilidad a cargo de los particulares.

Hay dos principios que regirán este tipo de Derecho, el primero es el de la autonomía de la voluntad, es decir, las personas se van a relacionar a su conveniencia, serán sus propios intereses los que las muevan, y en principio los particulares podrán hacer todo aquello que no les sea prohibido por la Ley. El segundo principio será el de igualdad, se supone que en las relaciones de los particulares están en un estado de igualdad y ninguno podrá exigir de otro más de lo comprometido, la voluntad de los relacionados tendrá un tanto de igualdad.

Entre las diferencias de estos dos, tenemos que en el Derecho público habrá normas de carácter obligatorio impuestas por el Estado y del otro lado las relaciones se crearan respecto de los intereses de los particulares, es decir, de lo acordado entre estos, siempre que no contravengan las normas ya establecidas. Otra diferencia es que en el Derecho público hay un carácter de desigualdad, ya que las relaciones son entre Estado y particular y por obvias razones éste último está sometido a la soberanía del primero; en cambio, en las relaciones de Derecho privado se supone que hay una igualdad entre uno y otro individuo. Por último, se dice que en las relaciones del Derecho público prevalecerán los intereses del Estado, como un interés público y en las relaciones del privado son los intereses de los particulares, los propios de cada sujeto.

Con todo lo anterior, se supone que las normas que regularan lo propuesto en este trabajo, es decir, la gestación por sustitución, serán de carácter privado por lo relacionado con el negocio jurídico, el cual es un

acuerdo de voluntades, pero así también tendrá un toque de Derecho público; en razón de la complejidad de esta figura y proponer la participación de una autoridad de carácter jurisdiccional que es el Juez.

### 2.1.3 Derecho patrimonial.

El patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona siempre que tengan una utilidad económica y que por ello sean susceptibles de una estimación pecuniaria.<sup>40</sup>

En términos generales el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica. Hay que mencionar que este conjunto no sólo será de aquello que constituya una riqueza para su titular, ya que el patrimonio jurídicamente estará compuesto de activos y pasivos, y puede ser que haya veces en que el pasivo supere al activo. Éste debe ser considerado como una unidad orgánica independiente de los derechos que lo compongan.

A veces se supone que por ser derechos patrimoniales son transmisibles, no es así, hay algunos que no permiten ser separados de la persona y hay otros que lo permiten pero con ciertas limitaciones, un ejemplo de estos es el derecho de uso y de habitación, que es meramente patrimonial pero no se puede transmitir.

Los derechos patrimoniales principalmente se dividen en dos categorías:

---

<sup>40</sup> RUGGIERO, Roberto de. "Instituciones de Derecho Civil,...op. cit. p. 222.

a) Derechos reales, que serán un poder pleno, exclusivo e ilimitado al titular sobre una cosa que da lugar a la propiedad, este siendo el derecho real supremo.

b) Derechos de obligación o crédito, estos tendrán lugar en una relación de dos o más personas, en la cual una será el acreedor, tendrá la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación (sea esta de dar, hacer o no hacer) y el otro será el deudor quien deberá cumplir con lo pactado.

Es necesario indicar que hay derechos familiares con un aspecto patrimonial, estos son llamados derechos patrimoniales familiares, es decir, de las relaciones familiares surgen derechos patrimoniales como lo son aquellos derechos que tiene la madre sobre los bienes que adquiere su hijo por donación, sucesión o cualquier otro título, también los que surgen del matrimonio como lo es la comunidad de los bienes, la obligación de alimentos o el derecho en la sucesión de un difunto.

Del concepto de “patrimonio” se desprenden algunas características necesarias para comprenderlo mejor, estas son las siguientes:

a) Siempre se va a integrar de un activo el cual va a favorecer a su titular y se compondrá de bienes y derechos; por otro lado tenemos el elemento pasivo, que está representado por aquellas obligaciones que tiene a cargo el titular.

b) El conjunto de elementos del patrimonio del titular siempre será cuantificable, es decir, todo tiene contenido económico y de no tenerlo no será patrimonio.

c) Hay derechos extrapatrimoniales, como los de Derecho de familia o de estado civil, estos corresponderán a la personalidad del sujeto, porque el patrimonio también es un atributo de la personalidad.

d) Los elementos que componen al patrimonio pueden, dadas las circunstancias, aumentar o disminuir, pero siempre estarán ahí, es por eso que es una universalidad jurídica.

También existen algunas teorías respecto al patrimonio, que explican porque se dice que es un atributo de la personalidad, generalmente son dos:

1. Sólo las personas pueden tener un patrimonio, es así ya que sólo las personas son capaces de ser sujetos pasivos o activos, por esto, sólo las personas tienen bienes, obligaciones o créditos.
2. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, como ya se mencionó anteriormente, el patrimonio no sólo está constituido por bienes, por tanto, una persona no puede tenerlos y sólo tener deudas, este ya así, será un patrimonio.

La gestación por sustitución respecto al derecho patrimonial representa cuestiones que en lo sucesivo causará problemas que tendrán que resolver sino los legisladores sí los jueces, éstos serán, por mencionar uno de los más importantes, el de las sucesiones, con esto surge la necesidad de establecer de una manera inmediata una definición previa de filiación y de grado de parentesco que tendrán los hijos respecto de los padres de deseo, la Ley no debe hacer diferencia entre unos hijos y otros, los derechos serán los mismos, pero en este caso cabe la posibilidad de que no se quieran respetar los derechos para con los hijos nacidos por la técnica mencionada. De admitirse esta figura con todas sus consecuencias legales no habrá limitación alguna derivada de las sucesiones.

#### 2.1.4 Derechos de la personalidad.

Estos derechos se han mostrando en los últimos años con algo de complejidad, ya que hay algunos autores que señalan que éstos deberían

incluirse en lo relativo al patrimonio, es decir, tomarlos como parte de éste y que ahora ya no sean sólo los derechos cuantificables en dinero los que lo incluyan, sino también los derechos de la personalidad. En este trabajo se seguirá con la postura tradicional, que es estudiar los derechos de la personalidad dentro del Derecho de las personas. Los derechos de la personalidad son llamados también derechos personalísimos y se dice que son inherentes a la persona, con esto, le corresponderán al hombre por el simple hecho de serlo.

Como definición se ha tomado la de Messineo, menciona que se trata derechos absolutos en cuanto implican para los terceros un nivel general de abstención, pero no son derechos reales: no se puede disponer de ellos, ni renunciarse y no pueden ser usucapidos. Se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derechos y casi todos ellos nacen y se extinguen con la persona.<sup>41</sup>

Forman parte de los derechos subjetivos con un carácter de privado, se dice que estos derechos no son susceptibles de transmisión, es decir, se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden tener otro titular, al menos sin desnaturalizarse y es por esto que son llamados derechos personalísimos. A estos pertenecen en conjunto, los derechos de la personalidad y los inherentes al status, los derechos familiares y algunos otros que van ligados estrechamente con los titulares, como lo son las servidumbres personales.

El derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la exteriorización de las actividades síquicas y físicas entre otros, serán representados por las fuerzas físicas y psicológicas que tiene el hombre, es el poder que tiene sobre sí mismo. Estos derechos se pueden dividir en dos aspectos, serán en un

---

<sup>41</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1954, p.5.

elemento corpóreo del sujeto o la cualidad e intelectuales que serán el aspecto inmaterial del mismo.

Así pues, refiriéndonos al por qué algunos autores consideran los derechos de personalidad dentro del patrimonio, afirman esto reconociendo que estos derechos tienen por objeto la protección del sujeto, que no integra al patrimonio, pero sí pueden servir para fundamentar una demanda de indemnización cuando son lesionados: derecho al honor, a la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual o física, al nombre, derecho de autor, a permanecer libre de su pensamiento, entre otros. Entonces, aún cuando estos derechos no tengan un valor pecuniario, tendrán influjos sobre este plano, como por ejemplo, del derecho a la filiación resultan consecuencias de orden sucesorio o de la patria potestad el derecho a recibir alimentos.

Con lo anterior se concluye que los derechos de la personalidad serán normalmente extrapatrimoniales, intransmisibles e inembargables y que de estos desprende un deber universal y el desconocimiento de estos puede traer aparejado un resarcimiento económico.

Entre los derechos más controvertidos, no considerando a los demás menos importantes, encontramos los siguientes:

- a) El derecho a la vida, es el derecho que tiene aquel concebido para desarrollarse plenamente en el seno materno y a su vez nacer. El derecho a la vida del que aún no ha nacido ha creado polémica en las últimas décadas, incluso, ahora en el Distrito Federal, está permitido el aborto dentro de las doce semanas de gestación. Para preservar la vida no hay normas específicas, pero hay disposiciones establecidas que hacen alusión a dicha preservación como las incluidas en el Código Penal

relativas al homicidio o las establecidas en el Código Civil respecto de la obligación de alimentos.

b) El derecho a la integridad corporal, derivado de la protección a la vida, por ejemplo, las regulaciones en el Código Penal respecto de “delitos contra la vida y la integridad corporal”.

c) El derecho a la disposición del cuerpo; este derecho se relaciona de manera muy rígida con el tema expuesto en el presente trabajo, respecto a disponer del cuerpo se dice que el sujeto es sólo el que puede disponer de las partes de su cuerpo. De la Ley General de Salud se desprende que la donación o trasplante de órganos, tejidos o células, está prohibida si es con fin comercial y menos será aceptable si representa un riesgo para la salud o vida del disponente original, sin embargo, la gestación por sustitución no representa donación de ningún órgano, más bien es el uso del útero y mientras el paciente no pierda la utilidad del órgano que utiliza no se podrá hablar de una donación. En el caso de la gestación por sustitución la mujer no entregará una parte de su cuerpo, el útero no es separable, sólo pondrá a disposición de otra mujer o pareja algo parte de su integridad física e intransferible.

d) El derecho a la imagen, este otorga poder al sujeto de consentir o no que su imagen sea explotada comercialmente.

e) El derecho al nombre, se tiene al nombre como atributo de las personas físicas, con éste el sujeto adquiere individualidad para ser reconocido por el derecho y la sociedad. Es un derecho subjetivo y se ejercita en cualquier momento, es intransmisible, inembargable e intransigible.

Con lo anterior concluimos que los derechos personalísimos en un primer momento no son objeto de contrato, pero hay excepciones, sólo cuando estas no excedan los límites de la Ley, por ejemplo, la integridad

física, en este derecho se dispone del cuerpo o parte de él, en donde no importara una disminución temporal de la integridad física.

## 2.2 Derecho familiar.

El Derecho Familiar es una rama de Derecho Civil, encargada de regular las situaciones jurídicas que surjan dentro de la familia, tanto las de orden personal como las de orden patrimonial. Comprenderá todos los aspectos respecto al derecho matrimonial, cuestiones personales y patrimoniales y aquellas relaciones paterno filiales, relaciones parentales, relaciones cuasi-familiares y las relaciones de hecho.

Algunas características de este Derecho son:

- a) El contenido ético de sus normas, su fundamento es natural, es decir, son las necesidades naturales del hombre como amor, unión sexual, procreación, asistencia, cooperación, etcétera. Sus normas de carácter ético adquieren un carácter jurídico.
- b) Rango superior de las relaciones personales sobre las patrimoniales, el estado familiar será inherente a las personas y a su vez producirá efectos de carácter patrimonial, estos dependerán de la relación familiar.
- c) Primacía del interés social y del interés familiar sobre el interés individual, por esto es que la mayoría de las normas familiares serán de orden público, significa que serán imperativas e inderogables por simple voluntad y será de manera muy excepcional cuando las partes puedan modificar la disposición legal. Además, cuando se trate de emplazamiento en el estado de familia el Estado deberá intervenir.

Los derechos de familia son aquellos que se derivan de las relaciones familiares con aquellos otros pertenecientes a la familia. Principian desde el matrimonio, con esto, las relaciones entre los cónyuges y después las

relaciones entre padres e hijos, pero también se originan fuera del matrimonio, por ejemplo, con un hijo fuera de matrimonio o con una adopción.

Como se ha mencionado los derechos familiares se consideran de interés público en función a los valores éticos y sociales que los rige, en el caso del “contrato de maternidad subrogada” como funciona en la actualidad, se considera nulo de pleno derecho, ya que en éste se establece que una mujer con o sin precio renuncia a la filiación a favor de la mujer o pareja que contrató con ella, en razón a que cualquier renuncia o transacción de los derechos familiares quedan, por regla general, prohibidos. La filiación maternal en nuestro derecho queda establecida por el parto, por esta simple razón la nulidad de tal contrato se perfeccionaría. En el caso de estos contratos no sería posible que la mujer y mucho menos el niño pudieran ser objeto de comercio o transacción y de atribuírsele a una persona esta característica sería atentar contra la dignidad humana.

### 2.2.1 Filiación.

“La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado.”<sup>42</sup>

Para Puig Peña, la filiación es el estado jurídico que la Ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero.<sup>43</sup> Otra definición que se encuentra es la de Pérez Duarte y menciona que la filiación será la relación de tipo jurídico que existe entre el padre o madre y el hijo o la hija.<sup>44</sup> Y por último tenemos la definición que

---

<sup>42</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. “La Filiación”. Argentina, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1986, p.13.

<sup>43</sup> Cit. en Idem, loc. cit. No. 2. p. 13.

<sup>44</sup> PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. “Derecho de Familia”. México, UNAM, 1990, p. 55.

proporciona el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 338: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia: por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en arbitro”.<sup>45</sup>

Para el estudio se prefiere una definición más completa que haga vislumbrar más a la actualidad, por esto se empleará aquella que se ha aprendido a lo largo de la carrera: La filiación es el vínculo jurídico entre el hijo y su padre, su madre o ambos, como resultado de la procreación, la adopción o el consentimiento en los casos de reproducción asistida.

Así tenemos que la filiación será el vínculo jurídico o lazo de parentesco que acreditará el estado de familia, también se dice que es aquella asignación que crea las consecuencias jurídicas más importantes, es decir, los derechos y deberes que hay entre padres e hijos.

La Ley se ha encargado de crear, conceptuar y justificar los derechos y obligaciones paterno filiales, esto debido a las exigencias sociales como una necesidad de regular la procreación dentro o fuera del matrimonio, incluso respecto de personas extrañas como es el caso de la adopción. La filiación en nuestro sistema de Derecho actual tiene su base en el artículo 4º Constitucional, el cual menciona el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a una salud mental y física.

Dentro de este tema tenemos que la procreación no siempre se va a dar entre los límites de un matrimonio, el artículo 338 bis del Código Civil para el Distrito Federal establece que la Ley no hará distinción entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen y sólo para

---

<sup>45</sup> Código Civil para el Distrito Federal, Ed. SISTA, agosto 2010.

finés sistemáticos se deben distinguir las diferentes especies de hijos, derivados igual del Código en cuestión, y éstas son tres:

1. Hijos nacidos dentro del matrimonio, se dice que es una filiación legítima por la consideración social y jurídica que la rodea a partir de la consolidación sexual monogámica, ésta se presupone y se demuestra con el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

2. Hijos nacidos fuera del matrimonio, esta filiación se establece con la madre por el sólo hecho del nacimiento y respecto del padre sólo se dará si hay reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad.

3. Hijos adoptivos, la filiación derivada de este hecho no es en sí una filiación auténtica, los efectos jurídicos de ésta se atribuyen al margen del nexo biológico mediante la institución de la adopción.

La autenticidad de la filiación ha sido superada, el Derecho de familia contemporáneo registra tres núcleos a partir de los cuales se han estructurado las reformas: la igualdad jurídica de los cónyuges, la aproximación de equiparación en el estatus jurídico de todos los hijos y la aplicación de aquella igualdad en el ejercicio de la autoridad de los progenitores y la atención de la descendencia.

La filiación en la reproducción asistida ha venido a desmembrar el concepto de madre y padre, la aplicación de estas técnicas hace surgir por los menos dos concepciones de padre y tres de madre; padre y madre social, padre y madre genéticos y madre biológica.

Los primeros son aquellos que desean el hijo y recurren a estas técnicas, los segundos serán aquellos que aporten los gametos para la fecundación, es decir, son los que dotarán de la carga genética del nuevo

ser, finalmente pueda darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero –sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo– en este caso la mujer sólo permitirá que se desarrolle el embrión y precisamente a esto es a lo que se le llama maternidad subrogada.<sup>46</sup>

Anteriormente la Ley organizaba los derechos y obligaciones paterno filiales respecto al hecho obstétrico de la procreación, este hecho ya no será siempre el mismo, independientemente de la situación jurídica de los padres, y ahora esto es lo de menos, lo demás es que a través de la gestación por sustitución se deben atribuir los efectos jurídicos de la filiación, así como se ha hecho con la adopción y aceptar que esto es una filiación auténtica.

Así es como se ha creado un nuevo concepto de filiación, éste es la filiación legítima biológica y menciona que si es cierto que la gestación la realiza una mujer ajena al matrimonio, el material genético del cual se genera el nuevo ser es proporcionado por el matrimonio que contrata a la mujer para que lleve a cabo la gestación del niño, dando como resultado científicamente y mediante examen de ADN que es hijo biológico de las personas que aportaron el óvulo y el espermatozoide dando origen a una filiación legítima, ya que el hijo nació dentro del matrimonio de los padres, pero mediante la utilización de un sistema de reproducción humana asistida.<sup>47</sup>

Para finalizar con este tema mencionaremos que la filiación es una presunción *iuris tantum* (tan sólo de derecho) es decir, permite prueba en contrario. La filiación se probará mediante el acta de nacimiento y a falta de ésta con la “posesión constante de estado de hijo”. Las formas para determinar la filiación serán a través de la inscripción de su nacimiento ante el Registro Civil, mediante sentencia judicial o mediante impugnación de

---

<sup>46</sup> Idem, p.58.

<sup>47</sup> GONZALEZ MOLINA, Leopoldo. “Maternidad Subrogada, legalidad del contrato de arrendamiento de vientre femenino para la gestación, sólo en el caso que no implique lucro”, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho. Tecnológico Universitario de México, incorporado a la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 20.

reconocimiento, pero no se desarrollaran estos conceptos ya que forman parte de otros temas que no vienen al caso por ahora.

Uno de los grandes problemas en la figura que se propone en este trabajo es el de la filiación, la determinación de ésta; en un primer momento se pretenderá saber qué tipo de filiación es la adquirida a través de la gestación por sustitución, se tiene que escoger una de las dos únicas que hay, ya que no conviene crear una tercera, esto sería por naturaleza o por adopción. Ya después habría que decidir el medio para determinar la filiación y a pesar de que se propone darle un trato similar al de la adopción se opina que es más conveniente determinar la filiación de acuerdo al hecho genético, y en caso de que en la técnica hayan participado donadores de gametos, determinar ésta por la voluntad de las personas, por aquel deseo interno de ser padres.

Y por último responder respecto a cuáles personas quedará determinada la filiación, es decir, a los padres intencionados, a los genéticos o a la gestante, porque las consecuencias jurídicas como la determinación de estado familiar y patria potestad, sólo se deberán adquirir en estos casos cuando hubo voluntad de las partes.

La determinación de la filiación en la gestación por sustitución debe responder a aquellos aspectos determinantes en las técnicas de reproducción asistida y no sólo del nacimiento, esto es el hecho biológico y el consentimiento de las partes. Comparado con la adopción, es más que ésta, aquí además de tener la voluntad de consentir con la adquisición de los efectos de tener un hijo, puede y es lo que se propone, tener un lazo biológico, ya sea con uno o con las dos personas que tengan la voluntad de ser padres.

### 2.2.2 Parentesco.

Fox ha afirmado que el estudio del parentesco no es más que el análisis de lo que los hombres hacen con los hechos básicos de su vida: apareamiento, gestación, paternidad o maternidad, asociación, fraternidad, etcétera.<sup>48</sup> Como definición de parentesco tenemos que es “el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado”.<sup>49</sup>

El Derecho Civil Mexicano sólo reconoce tres tipos de parentesco, mencionados en el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales son por consanguinidad, por afinidad y el civil.

El parentesco por consanguinidad será el vínculo entre personas que descienden dentro de un mismo tronco común y generará consecuencias dependiendo el grado de que se trate: obligación alimentaria, derechos de la sucesión legítima, el establecimiento de la tutela legítima, algunos impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos y atenuantes y agravantes en la responsabilidad civil o penal.

En el artículo 293 del Código Civil en cuestión reconoce que habrá parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida, por lo que el parentesco en la gestación por sustitución no queda excluido.

El parentesco que surge por afinidad nacerá del matrimonio, es decir, serán parientes los cónyuges con los parientes de la pareja de cada uno respectivamente, pero los parientes de una y otra familia no tendrán vínculo

---

<sup>48</sup> Cfr. FOX, Robin, “Sistemas de parentesco y matrimonio, 4<sup>a</sup>. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 13.

<sup>49</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia”, 2<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1976, p.431.

alguno entre sí. De este tipo de parentesco no se encuentran tantas consecuencias.

El parentesco civil es el que nace por la adopción, será una adopción plena y los efectos entre el adoptante y el adoptado se equiparan a los que hay entre un hijo consanguíneo. Las relaciones jurídicas serán las mismas, pero si bien, la Ley establece en el artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal que los derechos que nazcan de la misma serán sólo entre el adoptado y adoptante, sólo en el caso de que anteriormente ya haya un vínculo de parentesco.

De lo anterior se desprende que no convendría en un primer momento que la figura de gestación por sustitución se equiparara con la adopción, ya que lo que se pretende al postular esta figura es un reconocimiento pleno del hijo a través de un parentesco por consanguinidad, en donde no sólo los padres tengan obligaciones con el niño nacido, sino también los tíos, abuelos y aquellos más que puedan tenerlas.

La Ley reconoce la existencia de dos tipos de líneas: La recta y la transversal. La recta compuesta por generaciones que descienden unas de otras como hijos nietos y bisnietos o puede ser ascendiente también y la conforman los padres, abuelos y bisabuelos. La línea transversal se compone por la serie de grados o generaciones que procede de un progenitor o tronco común compuesto por hermanos, tíos o sobrinos. La recta tendrá efectos jurídicos sin limitación de grado y la transversal hasta el cuarto grado.

### 2.2.3 Familia.

Recaséns Siches sugiere que la familia es un grupo social primario, es decir, un grupo surgido por las necesidades naturales de sus integrantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y al sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo considera que no puede satisfacer esa consideración ya que, si

bien es cierto que la familia es un producto de la naturaleza, es también una institución creada por la cultura a fin de regular y controlar a los individuos, sus relaciones, su conducta y todo aquello relacionado con el intercambio generacional.<sup>50</sup>

Rousseau afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales. Aunque la continuidad en la misma se da por voluntad de sus miembros de seguir unidos.<sup>51</sup>

La perspectiva sociológica define a la familia llamándola pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como “la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común.”<sup>52</sup>

Dentro de las funciones de la familia tenemos la función geneonómica, esto es perpetuar la especie humana a través de la procreación; la función educativa, no se refiere a la enseñanza, pues ésta, ya se ha trasladado a otras entidades, como lo son las escuelas, sino más bien, se refiere a la responsabilidad de la formación de la personalidad del individuo, infundiéndole principios morales, sentimientos solidarios y buenas costumbres, es por lo anterior que se dice que la familia es la escuela de la moralidad y la costumbre; también tiene una función cultural, se considera que la familia transmite cultura, ésta es muy relacionada con la función anterior, aunque más bien se refiere al lenguaje, a las creencias, al comportamiento y tradiciones, esta función tendrá su origen en los padres pero también en los hermanos mayores; la función asistencial se refiere a la satisfacción de las necesidades más elementales, es decir, los alimentos, la

---

<sup>50</sup> Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. “Sociología”, 18ª. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 465.

<sup>51</sup> Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social”, 6ª ed., México, Porrúa, 1980, pp. 4-9.

<sup>52</sup> FERRER, Francisco A. M., “Derecho de Familia, Primer Tomo”, Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 1982, p.13.

legislación civil determina quienes están facultados para solicitarlos y quienes obligados a proveerlos; función afectiva, se refiere al amor, la falta de afecto daña la capacidad de supervivencia de un niño, a falta de amor, los especialistas mencionan que habrá dificultades en el comportamiento, incluso enfermedades físicas y por último está la función económica, que tiene un significado muy distinto a lo que la mayoría de las personas pensarían, esto es, se refiere a un consumo, sí, la familia es una unidad de consumo y muy pocas veces será una unidad de producción.

Algunos autores, en el pasado hacían distinción entre familias legítimas e ilegítimas, incluso el Código Civil lo permitía y de éste se desprendía que los derechos de los familiares legítimos eran superiores por mucho o no, a los de los familiares ilegítimos.

Hoy tenemos que la familia será un conjunto de personas unidos por vínculos surgidos del matrimonio o del parentesco, ya sea éste por consanguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción. En suma, los autores que están en contra de las técnicas de reproducción asistida, mencionan que son susceptibles de sustituir a la familia y violan, además, de un modo brutal a la naturaleza, sin importar la dignidad humana.

En la actualidad la institución de la familia ha tenido diversos cambios o acepciones para denominarlo de una mejor manera, por ejemplo, ahora la función procreacional ha quedado desmembrada por las técnicas de reproducción asistida, que en realidad tienen un mismo fin, la procreación, pero ya no se aprecia de igual forma la misma, es decir, los hechos naturales del acto sexual y procreación. Quizá lo más alarmante ahora no es la forma de procrear, sino los tipos de familias que han venido surgiendo a raíz de la evolución social, que si bien hay datos muy antiguos de los diversos tipos de familias, estos no eran aceptados o no se les contemplaba como tales, entre los diversos tipos de familias actuales encontramos:

1. [Familia nuclear](#), formada por la madre, el padre y su descendencia.
2. [Familia extensa](#), formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Una familia extensa puede incluir [abuelos](#), [tíos](#), [primos](#) y otros parientes consanguíneos o afines.
3. [Familia monoparental](#), en la que el hijo o hijos vive(n) sólo con uno de los padres.
4. [Familia homoparental](#), en la que el hijo o hijos vive(n) con una pareja homosexual.
5. [Otros tipos de familias](#), aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en el mismo espacio por un tiempo considerable.<sup>53</sup>

#### 2.2.4 Estado familiar o estado civil.

El estado de familia es la posición que ocupa el individuo dentro de la familia, como sería el de hijo, padre o madre; el Código Civil se encarga de regir este estado, que será el mismo que el estado civil.

Las definiciones de estado de familia tienen que es la posición jurídica que una persona ocupa en el grupo familiar, en virtud de la cual la Ley le atribuye derechos y deberes, prerrogativas e incapacidades,<sup>54</sup> y el estado

---

<sup>53</sup> Wikipedia, la enciclopedia libre, "Familia".  
<http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>, martes 15 de marzo, 11:49 pm.

<sup>54</sup> FERRER, Francisco A. M., "Derecho de Familia, Primer Tomo", Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 1982, p.51.

civil de una persona física, es la situación jurídica específica, que la misma tiene por Ley, o posee en relación con la familia de la que forma parte, como miembro de ella, y la apariencia con que lo ve el Estado y su colectividad.<sup>55</sup>

Borda define al estado de familia como "la posición que una persona ocupa dentro de aquella", y poco después encuadra el concepto de estado de familia en el de estado, que antes había definido como una "posición jurídica". Para Llambías "el estado civil de las personas físicas se refiere al modo de ser de la persona dentro de la familia", y agrega que "a todas estas situaciones permanentes (de hijo, padre, marido, etc.) de las personas en el orden familiar, corresponde un cúmulo de derechos y deberes".

La definición de estado de familia entraña una gran complejidad formada por tres elementos, el primero es que el estado civil será sólo de persona física; el segundo será la situación específica que la persona tiene por Ley respecto de la familia de la cual forma parte, es decir, la familia se integra por personas físicas que estarán unidas en si por un contrato de matrimonio, serán parientes consanguíneos, por afinidad o adopción, o tendrá la posesión de estado familiar y el tercero podrá ser la apariencia ante la sociedad, ya que se dice que el estado civil se puede dar poseyendo los derechos que atribuye el matrimonio o el parentesco, en su caso.

En la doctrina se menciona que el estado de familia es un atributo de la personalidad y esto es lo que le proporciona ciertos caracteres:

1. La autonomía de la voluntad no funciona para decidir el estado de familia, es decir, este estado está sometido al orden público por ser de interés social.
2. No podrá ser enajenado ni transmitido el estado familiar, ya que es inalienable, tampoco se podrá renunciar ni transigirlo.

---

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ y González, Ernesto, "Derecho Civil para la familia", México, Porrúa, 2009, p. 52.

Pero como toda regla general, tiene sus excepciones: se podrá transar sobre cuestiones patrimoniales subordinadas al estado familiar; a favor de la validez del matrimonio en caso de una nulidad relativa y en el caso de la figura de la adopción que permite que aquellos que ejerzan la patria potestad del menor consientan en ésta, perdiendo así todo vinculo de parentesco con su familia biológica.

3. No se transmite por causa de muerte, es inherente a la persona.

4. Es único, es decir, no puede estar casado aquí, y soltero allá, o ser hijo de ellos y también de aquellos.

5. Es correlativo, esto es que los vínculos entre los que componen la familia son recíprocos, por ejemplo, el correlativo de padre será el de hijo y el de esposo será el de esposa.

El estado de familia tiene diversas fuentes:

- a. Hechos jurídicos, como el nacimiento o la muerte.
- b. Actos jurídicos, como el matrimonio.
- c. Sentencias de estado, como aquellas que decretan la adopción o el divorcio.

#### 2.2.5 Emplazamiento al estado de familia.

La posición al estado de familia por lo general se obtiene de modo natural, es decir, espontaneo, en estos casos los que adquieren un estado de familia lo harán ya sea por voluntad propia o ajena, como los que contraen matrimonio, ellos deciden tomar el rol de esposo y esposa, en el caso de adquirirlo por voluntad ajena están los hijos, aquí los padres son los que los reconocen, ellos les otorgan el rol de hijos, asimismo adquieren el rol de padres o en el caso de la adopción, en donde la voluntad es de los que adoptan, pero

también participa el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o la tutela y en algunos casos el menor también podrá participar cuando tenga más de doce años, es así como estos actos voluntarios realizarán el emplazamiento en el estado de familia.

También se da el emplazamiento en el estado de familia por vía judicial, son las llamadas acciones de estado, como por ejemplo cuando un hijo no reconocido reclama la filiación, o aquellos cónyuges que no cuentan con el acta de matrimonio deben solicitar la acción de reclamación del estado de casados.

El emplazamiento al estado de familia, como se ha comentado anteriormente, será modificado por circunstancias diversas, ya sea por un acto jurídico o por una sentencia judicial, como la muerte de alguno de los cónyuges, en este caso el estado de familia del cónyuge sobreviviente será el de soltero por no decir el de viudo, concepto que ya no se usa para definir el estado civil de una persona; o la sentencia que declare el divorcio, aquí los que fueron casados, ahora serán solteros. Pero también ese estado podrá ser destruido por aquella acción y su respectiva sentencia que solicite la impugnación de estado, como el desconocimiento de la paternidad, de impugnación de la filiación legítima, o la de nulidad de matrimonio.

El estado civil de las personas en un principio sólo se probará con las constancias relativas al estado a través de su registro civil, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 39 lo determina y además menciona ningún otro documento ni medio de prueba será admisible para comprobarlo, salvo aquellas excepciones permitidas por la ley.

Con esto se presume que el que dos o más personas tengan entre sí una vida en común, no les constituye una familia, sino que en verdad lo que les dará esa calidad, es el estado civil con sus diferentes tipos de ascendientes o descendientes, de casados o concubinos que genera

respecto y con relación a los descendientes, la filiación. A través de esa idea del estado civil que se prueba con las actas del registro civil, así como la resultante del parentesco y de la filiación, es como se le da cohesión a la familia.

El acto jurídico familiar de la gestación por sustitución, tendrá como fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia y con esto una regulación de las facultades consecuentes de los derechos subjetivos familiares.

#### 2.2.6 Adopción.

Como definición de adopción se propondrá la siguiente “acto jurídico mediante el cual una persona denominada adoptante crea un vínculo de filiación con otra persona denominada adoptado”.<sup>56</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal, últimamente le otorgó a esta institución la naturaleza jurídica de un ser un acto jurídico, toda vez que en ésta interviene el Estado y los particulares.

En el Distrito Federal, a partir del año 2000 vinieron una serie de reformas al mismo Código. Las últimas, hasta ahora publicadas en relación al tema en comento fueron del 15 de junio de dos mil once, reformando de tal manera el capítulo V, de la adopción, en donde algunos artículos que en el pasado estaban derogados ahora ya tienen un nuevo texto, y otros más, han cambiado totalmente. Ahora ya hay una definición exacta de lo que se considera la adopción en el artículo 390, teniendo esta como “acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del

---

<sup>56</sup> ESPINAL PIÑA, Irene Ivonne y García Mirón Alfredo. “Estudios sobre la adopción internacional”, Análisis Procedimental y Sustantivo de la Adopción, México, UNAM, 2002, p.115.

adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado”. Es así como la adopción será el acto jurídico por el cual una persona soltera, un matrimonio o concubinos, crean un vínculo de filiación entre estos y su familia, con una o más personas llamadas adoptados, adquiriendo estos últimos los derechos y obligaciones de un hijo natural, rompiendo así el vínculo que llegó a existir con su progenitores.

Una vez que se ha mencionado la definición de la adopción y se ha descrito de una forma concreta se indicara los requisitos para la misma, entre estos tenemos:

1. El artículo 397 del Código Civil para el Distrito Federal cita que la adopción se podrá realizar siempre que sea benéfica para el adoptado, que el adoptante sea una persona mayor de veinticinco años, se deberá acreditar los medios suficientes para proveer la subsistencia del adoptado, se deberá exponer las razones del por qué se desea adoptar, que el adoptante es apto y adecuado para adoptar y no haya sido procesado por delitos relacionados con la familia, etc.
2. El segundo requisito será el del consentimiento para efectuar la adopción, es decir, las personas que deben consentir en la adopción, el artículo 398 del mismo Código menciona que deberán de consentir el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar; el tutor del que se va a adoptar, por ejemplo en las casas de cuna el tutor sería el director de ésta; el Ministerio Público del lugar de domicilio del adoptado; y el menor si tiene más de doce años de edad.

El procedimiento para tramitar la adopción se encuentra plasmado en los artículos 923 y 924 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en donde se establece que para acceder a la adopción además de

los requisitos anteriores es necesario presentar ante la autoridad judicial un estudio socioeconómico y psicológico que determine la viabilidad de las personas que van a adoptar y ambos estudios deberán ser realizados por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o alguno que el Sistema autorice. La adopción será a través de una jurisdicción voluntaria en donde el escrito inicial deberá contener si se trata de una adopción nacional o internacional, nombre, edad, domicilio del adoptado y en su caso nombre, edad y domicilio de quien lo represente. También deberán presentar constancia oficial de tiempo de exposición, sentencia ejecutoriada que determine la terminación de la patria potestad o la pérdida de ésta.

La fracción III del artículo 923 establece que si han transcurrido menos de tres meses de la exposición se decretará el depósito a favor de los presuntos adoptantes mientras se cumple el plazo.

La fracción IV del mismo artículo establece que cuando el adoptado sea expósito o no lo hubiere acogido ninguna institución de asistencia se decretará la custodia por un plazo de tres meses y en caso de que los progenitores lo hayan entregado a alguna institución no será necesario que transcurra el plazo para decretar la adopción.

En la fracción V se menciona que si los adoptantes son extranjeros deberán acreditar su residencia en el país y su solvencia moral y económica, y será la misma situación si se trata de residentes en otro país sólo que los certificados de idoneidad serán expedidos por la institución facultada para ello en su país.

Una vez presentada la solicitud se deberá dictar un auto admisorio, en el cual se deberá señalar día y hora para recibir información testimonial, esto sin fundar ni motivar, aún y no la hayan ofrecido los solicitantes, facultado el Juez en el artículo 941 del citado Código para actuar de oficio en cuestiones familiares y cuando así lo considere necesario. Se le deberá dar vista al

Ministerio Público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 901 del mismo Código, y éste así manifieste lo que corresponda.

En la audiencia deberán acudir los adoptantes, el adoptado, el Ministerio Público y los testigos, con la finalidad de acreditar la solvencia moral y económica, además de proporcionar suficiente convicción al Juez de que la adopción será benéfica para el adoptado, para esto se les formulará una serie de preguntas, es decir, se les interrogará.

Una vez concluida la audiencia se asentará la media filiación del adoptado en el acta correspondiente para constancia.

Por último el Ministerio Público se manifestará a favor o en contra y se citará a las partes para oír sentencia. El artículo 924 establece que será en un término de tres días pero por lo general los jueces no dictan sentencia en este plazo. Una vez consentida la sentencia causará ejecutoria. Una vez que ha quedado firme para que se consume la adopción, el Juez estará obligado a remitir al Juez del Registro Civil constancia de las diligencias de Jurisdicción Voluntaria para que éste último levante las actas correspondientes al estado civil del adoptado; las anotaciones de la adopción se harán en el acta de origen, la cual junto con la sentencia quedaran bajo el resguardo del Registro Civil sólo para efectos de registro y se publicará bajo providencia dictada en juicio. Así mismo, el Juez del Registro Civil tendrá la obligación de levantar el acta como si fuera de nacimiento y sin ninguna diferencia al acta de un hijo biológico.

Para concluir el tema de la adopción se repasará de forma muy breve los efectos de la adopción, ya que se han estudiado continuamente en el presente capítulo, mismos que se desprenden del artículo 395, dentro de estos tenemos derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas:

1. Filiación, la cual se desprende del artículo 395 del Código Civil para el Distrito Federal, el adoptante tendrá respecto de la persona y los bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos. El adoptado romperá con los vínculos de filiación tanto con sus padres biológicos como con su familia de origen.
2. La constitución plena e irrevocable entre el adoptado y el adoptante de derechos y obligaciones que se desprenden de una relación padre e hijo.
3. La realización del parentesco consanguíneo.
4. Obligación de proporcionar al adoptado un nombre.
5. Impedimentos para contraer matrimonio, en estos se encuentra la prohibición para celebrar matrimonio entre el adoptado y el adoptante, es decir, padres e hijos y demás descendientes en línea recta y en línea colateral hasta tercer grado siempre que no se haya obtenido dispensa.

En resumen los efectos jurídicos de la adopción serán los mismos que se crean en las relaciones de padres e hijos consanguíneos, es decir, serán los mismos derechos y obligaciones derivados de la filiación cuando se crea un vínculo de parentesco consanguíneo; como alimentos, derecho a heredar extendiéndose a los parientes del adoptante y a los descendientes del adoptado, la patria potestad, tutela legítima, guarda y custodia y los demás derivados de la relación mencionada.

En vista de los efectos jurídicos que produce la adopción se cree que en caso de regularse la gestación por sustitución lo mejor sería darle un trato muy similar al que se le otorga a la primer figura mencionada, en vista de las similitudes entre estas dos y los efectos que pretende crear la segunda

figura. Es decir, la gestación por sustitución tendría la misma naturaleza jurídica que la adopción, sería un negocio jurídico familiar.

## Capítulo III

### 3 Legislación nacional y comparada.

#### 3.1 Legislación nacional respecto a la reproducción asistida y la gestación por sustitución.

La reproducción asistida a nivel internacional ha creado la necesidad de otorgarle derechos y como consecuencia de estos surgen dentro de los derechos de la tercera generación, el derecho a la reproducción humana, de ahí que ha sido ya desde hace varios años materia de regulación en algunos países y desde hace pocos en México. En base con el Derecho comparado se ha pretendido proponer algo similar, ya sea a nivel federal o local, en razón a que en la actualidad hay una gran incidencia en lo que respecta a la infertilidad, no sólo de las mujeres, sino también de los hombres mexicanos. Los propósitos de la creación de legislación respecto a la reproducción tienen el fin de garantizar el derecho que toda persona tiene a la procreación, el mismo consagrado en el artículo cuarto constitucional, así también del mencionado artículo se desprende el derecho a la salud y si se toma en cuenta que la infertilidad se ha catalogado como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud la misma tiene derecho a ser tratada.

Las propuestas de legislación en México además de garantizar el derecho a la reproducción garantizará que dichos tratamientos o prácticas se lleven a cabo dentro de los límites y prerrogativas establecidas por la Ley; en la actualidad y al no haber legislación expresa para regular la práctica de estas técnicas se tiene que interpretar la legislación que ya existe y adaptarla, así de esta forma, se supondrá el encuadramiento de la conducta a la Ley.

La fecundación *in vitro* es uno de los mejores tratamientos y más usados en relación con los problemas de infertilidad, así pues, ésta y cualquier técnica traen consigo innumerables consecuencias, como son que

una pareja haya dejado en crioconcepción sus óvulos fecundados y tiempo después se separe, se divorcien o fallezcan, entonces surge la pregunta ¿Quién decidirá el destino de los óvulos, que ahora ya son preembriones?, mencionado lo anterior nos hace ver la necesidad de creación de una legislación que proteja estas células.

A simple vista parecería que nuestro sistema legal carece de un cuerpo normativo para regular la reproducción asistida, teniendo que lo más próximo a esto se encuentra de manera muy imprecisa, por ejemplo, la Ley General de Salud, misma que señala las bases sobre las cuales se debe desarrollar una investigación en seres humanos y dentro del ámbito local hay una que otra legislación que va marcando pauta y se toman como modelo a seguir, entre estas encontramos el Código Civil y Penal para el Distrito Federal y el Código Civil del Estado de Tabasco.

En México debe comenzar una creación y reforma sobre su legislación tanto en ámbito Civil, Penal, como en la Ley General de Salud y sus respectivos Reglamentos, ya que al existir una laguna en la Ley, nuestro país se convierte en un paraíso de evasión genética, puesto que al no prohibirse nada, todo es permisible y lo que está en peligro es precisamente el derecho fundamental y pilar de los demás, el derecho a la vida del ser humano por nacer.<sup>57</sup>

### 3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra algunos derechos relacionados con la reproducción asistida, entre éstos se encuentran el derecho a la salud y a la libertad de procreación, establecidos

---

<sup>57</sup> DOBERNIG Gago, Mariana, "Status jurídico del preembrión en la reproducción asistida" <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/28/cnt/cnt11.pdf>, p. 265.

en el artículo 4, de la misma forma y parece propio mencionarlo, está la garantía constitucional de igualdad.

La esencia del ser humano la constituirá el derecho a la vida, a la procreación y a tener una familia y la misma esencia será la condición humana traducida en la salud y a éste derecho hay que otorgarle ventaja sobre otro interés.

En primer lugar abordaremos el derecho a la salud, establecido en el artículo 4 constitucional tercer párrafo, teniendo que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, y el mismo prescribe: “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.”

En esta tesitura se tiene que el derecho a la salud en México es considerado un derecho individual de naturaleza social y precisamente de lo anterior es que se concluye que el Estado es responsable de su cobertura. También del mismo concepto se desprenden diferentes principios:

Sobre su naturaleza, es un derecho social que sobresale del concepto de las garantías individuales, su titular puede ejercerlo libremente, y el Estado tiene la obligación de hacerlo realidad de manera directa o en coordinación con el sector público o privado.

Sobre su contenido, es universal y protege a todo ser humano por el hecho de serlo.

Sobre su eficacia, se trata de un derecho a la protección de la salud y no de su simple expresión, toda vez que en este caso no habría un posible obligado a otorgar la prestación de la salud *per se* (por si mismo).

Sobre su alcance, consiste en el acceso a los servicios de salud, es decir, la persona tiene un alcance relativo, ya sea por su situación económica o por su ubicación geográfica.<sup>58</sup>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), menciona que el derecho a la salud además de abarcar el derecho a una atención oportuna y apropiada, también debe abarcar el acceso al agua limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas y la vía a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluidas la sexual y reproductiva.

También la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, inciso 2, garantiza "la maternidad y la infancia, teniendo derecho a cuidados y asistencias especiales". Por otra parte, la declaración del Pacto de San José de Costa Rica "protege la familia y la integridad psíquica, física y moral de las personas".

En México la infertilidad no es considerada como una enfermedad, por lo que las Instituciones de Salud Pública ni las aseguradoras cubren los gastos producidos por los tratamientos a los que acuden las parejas para tratar el padecimiento.

La Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como un estado completo de bienestar en sus aspectos mental, físico y social y no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades. Por tal motivo, hoy los médicos consideran que la infertilidad es una enfermedad, ya que además de

---

<sup>58</sup> Cfr. MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "El derecho a la Salud, ¿un derecho individual o social?" Concordancias. Estudios Jurídicos y Sociales, Chilpancingo, Gro., núm. 8, mayo-agosto, pp. 46.

que la mujer o el hombre no pueden tener hijos por alguna afección física, también lo es que el enfrentarse a los problemas de infertilidad llega a producir alteraciones psicológicas, manifestadas en depresión, ansiedad o frustración. Los especialistas creen que la infertilidad es capaz de producir serios daños al bienestar de las personas y por lo tanto recomiendan se le tome el interés y apoyo necesarios. De lo anterior se reflexiona que el Estado tendría la responsabilidad de asumir la rectoría de la política de salud y su función de coordinador y proveedor de los servicios para la prevención, fomento y recuperación de la misma, es decir, debe de crear o incluir en las Instituciones de Salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción asistida y así garantizar a las personas una atención cuando exista la enfermedad y una atención anterior a la enfermedad para evitar que ésta llegue a existir.

La libertad de procreación será el segundo derecho relacionado con el tema del presente trabajo, igualmente plasmado en el artículo cuarto constitucional, pero en el párrafo segundo, que de manera literal manifiesta lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”<sup>59</sup>

Este es un derecho de libertad, en el entendido que otorga la posibilidad de tener o no descendencia y para acercarse a esta decisión se debe de tomar en cuenta la responsabilidad e información, así el Estado tiene la obligación de proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos en caso de no querer tener descendencia o limitar la misma. Le corresponde al Estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, para lo cual debe de establecer medidas legislativas y políticas públicas, necesarias para ejercer una paternidad y maternidad responsables y libres.

---

<sup>59</sup> Artículo 4°, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su observación General número 19 (de 1990) ha señalado que de conformidad con el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia “Cuando los Estados adopten políticas de planificación familiar, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias” y en relación con lo anterior se sabe que en México, en algunas comunidades indígenas se ha tratado de mantener un control natal, violando así el mencionado derecho.

Una de las constituciones más *ad hoc* en el ámbito de la reproducción asistida misma que también contempla el derecho a la reproducción es la Constitución Federal de la Confederación Helvética, en su artículo 119, menciona que el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo de esterilidad o el peligro de una enfermedad grave...<sup>60</sup>.

Analizando el texto constitucional hace que nos cuestionemos sobre si el derecho a la procreación incluye el uso de técnicas de reproducción asistida, mismas técnicas que se han creado para aquellas personas imposibilitadas para tener descendencia, es decir, para crear la organización y desarrollo de una familia.

Diversos doctrinarios, como Xavier Hurtado Olivier consideran que si no se permitiera a las parejas infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medios que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo, el cual establece que “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades,

---

<sup>60</sup> Cfr. Constitución Federal de la Confederación Helvética, Constitución Suiza, artículo 119. 1999.

posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales...”.<sup>61</sup> Con lo anterior, se tiene que la libertad de procreación y la maternidad deseada deberán ser toleradas, aceptadas y protegidas como nuevas alternativas reproductivas dentro del Derecho Mexicano.

Igualdad, es otro de los derechos constitucionales relacionados con la gestación por sustitución, garantía consagrada tanto en el artículo primero como en el cuarto constitucional; en el artículo primero, párrafo primero prevé el principio de igualdad en derechos fundamentales, después está en el mismo artículo el principio de no discriminación y por último en el artículo 4 constitucional párrafo primero se establece la igualdad entre el hombre y la mujer.

Para comenzar, cabe hacer mención que hay diversas definiciones de igualdad respecto del ámbito que se trate, pero hay una en especial que parece que no dependerá del ámbito, ésta es la de Aristóteles “igualdad es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, con esto tenemos que en la Ley no pueden existir diferencias o razones justificables para aquellas personas que se encuentran en la misma situación jurídica.

En el primer caso, es decir, en el párrafo primero del artículo primero constitucional, mismo que establece la igualdad en los derechos fundamentales para todo ser humano dentro del país, los que no podrán ser suspendidos, restringidos o limitados.

El principio de no discriminación contemplado en el mismo artículo párrafo tercero, se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características

---

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato.” Revista de derecho privado. Núm. 11, mayo- agosto, 2005, UNAM, México.

con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.<sup>62</sup> La discriminación definida por el anteproyecto de Ley Federal para prevenir y eliminar la Discriminación es “toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua...o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas”.

Y como tercer punto está el de la igualdad entre el hombre y la mujer, contemplado en el artículo cuarto constitucional primer párrafo, el Instituto Nacional de las Mujeres tiene una Ley, misma que define en su artículo quinto a la equidad de género, que es “el principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad...”<sup>63</sup>

Miguel Carbonell hace una indicación respecto que del artículo constitucional no se desprende que el matrimonio tenga que ver con familia, es decir, del matrimonio no tiene que derivar la familia, de ahí que surjan los diferentes tipos de familia, incluyendo la monoparental que es la unión de dos personas del mismo sexo, lo anterior hace ver la necesidad de abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas sin discriminaciones basadas en criterios morales, culturales o étnicos, derivado del carácter universal de los derechos fundamentales y de la tolerancia que debe de regir en México.<sup>64</sup>

En la actualidad sólo las personas unidas en matrimonio civil o concubinato pueden acceder a los servicios de reproducción asistida, y con

---

<sup>62</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, “Los derechos fundamentales en México.”, UNAM, México, 2004, p. 232.

<sup>63</sup> Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, México, 2001.

<sup>64</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, “Los derechos fundamentales en México.”, UNAM, México, 2004, p. 232

esto se discrimina a los hombres y mujeres que tienen otro tipo de relación o que no la tienen. Es decir, en la Ley de Sociedad de Convivencia se permite la unión jurídica entre personas de diferente o del mismo sexo, pero con todo y la aprobación existen resistencias para que las parejas homosexuales puedan tener hijos utilizando algún método de reproducción asistida y menos se entiende a la gestación por sustitución como forma de constituir una familia. En este mismo aspecto concluimos que todos los seres humanos tenemos derecho a la descendencia y negarlo a las parejas del mismo sexo sería injusto y discriminatorio, toda vez que se tienen a estas relaciones como fuera de la normalidad. Además, hay que señalar que en algunas iniciativas de Ley respecto a la reproducción asistida, entre otros puntos establecen que sólo el matrimonio civil podrá recurrir a la reproducción asistida por tratarse de una relación institucionalizada y así garantizar que el niño conviva con sus padres.

### 3.1.2 Ley General de Salud.

La Ley General de Salud se desprende del artículo cuarto constitucional, ésta, en su artículo primero establecerá 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 decir, regulará los servicios de salud y estos se entenderán como todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. El acceso a la salud actual debe ser modificado, ya que todos los ciudadanos tienen derecho a recibir servicios médicos sin importar si son ricos o pobres o si pertenecen a un programa social o no. El Estado tiene la obligación de crear y establecer las instituciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la salud y que no sólo dependa de la afiliación respectiva al IMSS, ISSSTE, el propio seguro popular o de contar con los suficientes recursos económicos

para acudir a una institución privada y en la tesitura de que la infertilidad es una enfermedad, agregarla dentro de la planilla de enfermedades que deberán ser tratadas en dichas instituciones, ya que no se puede depender solamente de los hospitales que otorgan atención a los problemas de infertilidad, siendo que tan sólo en la Ciudad de México hay alrededor de cuarenta clínicas que otorgan atención a los problemas de infertilidad, hallando tan sólo cuatro hospitales públicos como el Instituto Nacional de Perinatología o el Hospital 20 de noviembre y los demás son de carácter privado.

En otro punto a tratar, en la misma Ley tenemos la planificación familiar, regulada en el artículo 3, 67 y 68; en el artículo 3 fracción IV se establece que la planificación familiar será materia de salubridad y así en el artículo 67 segundo párrafo se tiene que “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...”. Los programas de planificación familiar en México tienden a dirigirse a la no concepción, estos han tenido éxito dentro de lo que cabe, ya que han propiciado descensos en la fecundidad, además de evolucionar de una manera en la integración con la salud reproductiva y al otorgar un mayor énfasis a los derechos reproductivos; pero esto en la actualidad ya no es suficiente, ahora tienen que crearse acciones viceversas, las personas que padecen infertilidad aumentan al paso de los años y ahora se busca planificar para procrear. Así mismo, de este artículo se puede desprender que es una prioridad la planificación familiar, entendida en sus dos aspectos; también todas las actividades respecto a la planificación deberán incluir información y orientación educativa para adolescentes y jóvenes y además, se estipula que las personas que practiquen la esterilización sin la voluntad del paciente será sancionado. Por su parte el artículo 68 de la misma Ley

menciona que el Consejo Nacional de Población definirá los programas sobre planificación y educación sexual; asesoría a los sectores público, social y privado para los servicios de planificación familiar por parte del CONAPO, así como apoyo en la investigación de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología en reproducción humana, entre otros aspectos.

Y por último, dentro de la misma Ley encontramos la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, en el título quinto tenemos los artículos relacionados directamente con la ingeniería genética, en el artículo 98 establece que las autoridades correspondientes tendrán la responsabilidad de crear una comisión ética en la instituciones donde se realicen investigaciones con seres humanos así como una comisión de seguridad que se encargue de vigilar esta práctica. En el artículo 100 se encuentran las bases con las que se debe cumplir en la práctica de la investigación con los seres humanos, es decir, la investigación se deberá adaptar a los principios científicos y éticos que justifiquen la investigación médica y sólo se podrá realizar en los seres humanos cuando no se pueda producir resultados por otro medio siempre que no exista la posibilidad de exponer a riesgos al sujeto con el que se experimenta. Para llevar a cabo el experimento se deberá contar con el consentimiento del paciente, sólo lo realizarán los profesionales y con la obligación de suspender la investigación cuando existan riesgos a la salud o a la integridad física. Así también, la persona que sea sujeto de experimento, deberá cumplir con los antecedentes científicos necesarios para dicho experimento, como el protocolo de investigación y su misma aceptación al sometimiento del experimento.

Y en lo que respecta a la donación, trasplantes y pérdida de la vida, se encuentra regulado en el título decimocuarto, artículos 313 a 345, de estos se desprende lo relacionado con los derechos de la personalidad, que la

donación o trasplante de órganos o tejidos o células está prohibida si es con fin comercial y mientras el paciente no pierda la utilidad del órgano que utiliza no se podrá hablar de una donación. En el caso de la gestación por sustitución la mujer no entregará una parte de su cuerpo, el útero no es separable, sólo pondrá a disposición de otra mujer o pareja algo parte de su integridad física e intransferible.

### 3.1.3 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud

Del Reglamento de Ley General de Salud abordaremos las cuestiones en relación a la materia de investigación para la salud, creado para establecer los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

En el título segundo de este ordenamiento se aborda el tema de aspectos éticos de la investigación en los seres humanos, estableciendo el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar y se podrá realizar siempre que sea justificable y que apunte a resultados beneficiosos. Respecto a su título segundo en su capítulo cuarto, aborda la investigación en mujeres de edad fértil, embarazadas, cuando se encuentran en trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos, además de la utilización de embriones, óbitos y fetos de la fertilización asistida.

Ya desde 1987 en este Reglamento se establecieron algunos aspectos respecto a la fecundación *In Vitro*, definiendo a la fertilización asistida como aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en vitro; en artículos posteriores hace mención a la manera de consentir las partes el proceso de fertilización y también, establece en su artículo 56 los procedimientos de fertilización asistida que se utilizaran como último recurso en la parejas infértiles, será un recurso terapéutico y sólo

tendrá por objeto superar la infertilidad de algún miembro de la pareja, siempre que se respete el punto de vista moral, social y cultural de la pareja.

Hay un punto importante en este Reglamento, como ya se había mencionado respecto a la discriminación, es así como en el artículo 43 se hace mención que el consentimiento lo deberá otorgar la mujer y su cónyuge o su concubino, es decir, se excluye totalmente a las mujeres solteras y más aún a los homosexuales.

También cabe mencionar, que desprendiéndose del estudio realizado al Reglamento y a la Ley General de Salud, no hay reglamentación alguna que prevea la crioconservación de embriones u otro destino para los embriones que llegasen a sobrar al realizar la técnica de *In Vitro*, se destaca este punto ya que es una práctica que se lleva a cabo en algunas clínicas y de no establecer reglas precisas podrían correr peligro los embriones y el material genético, ya que hay un sinnúmero de opciones, que algunos médicos podrían realizar.

Visto lo anterior y de acuerdo con las disposiciones relativas a la fertilización asistida, siempre que se pretenda realizar, será con el objeto único de brindar apoyo a la pareja infértil cuando ya no exista otra opción para que pueda procrear, además se hará con criterios mínimos de riesgo, protegiendo principalmente a la salud del embrión. Igualmente, obligan a que se otorgue el consentimiento antes de que se ponga en práctica cualquier investigación o técnica, salvaguardando así, la dignidad de la vida de las personas.

#### 3.1.4 Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal comenzó a regir al 2 de octubre de 1932, siendo las disposiciones respecto al derecho familiar, comentado por los que saben, de carácter privado, es decir, de interés personal y por encima de la institución fundamental. Además comentan que antes del 2000,

las normas que estaban en vigor en materia de derecho familiar eran conservadoras por no decir atrasadas y mal hechas. A partir del 1 de junio del año 2000 se dio un giro, se determinó que todas las disposiciones de carácter familiar, incluidas en el Código Civil para el Distrito Federal, serían consideradas de orden público. Es así, como desde entonces el Estado, los órganos legislativos el poder judicial, están obligados a prevalecer el interés superior de la familia, sobre el interés personal o particular.

Lo anterior está ordenado en el artículo 138 Ter del Código en comento: “las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral basados en el respeto a su dignidad”, es por lo anterior que la voluntad de las personas que forman a la familia no será válida para transigir cuestiones derivadas de las relaciones familiares.

En últimas fechas la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se ha dedicado a legislar respecto a cuestiones novedosas, una de ellas ha sido la tan comentada Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal; muchos estudiosos del Derecho Civil han mencionado que esto sólo se hace con fines de propaganda más que con la intención de avanzar en materia familiar regulando las nuevas relaciones que surgen de necesidades de la población, también señalan que si lo que pretendían era dar un avance gigantesco en la legislación se debió comenzar por la Ley secundaria en lugar de crear nuevas leyes, hay que reformar lo general para poder avanzar a lo particular; razón por la que lo correcto era hacer reformas al Código Civil para el Distrito Federal, ya que desde éste se regulan los aspectos patrimoniales y personales de los individuos y por más que exista una Ley especial para la materia de no regularse los aspectos de donde nacen las cuestiones familiares cuando surja una controversia habrá problemas para resolverla. Los legisladores debieron proponer reformar en un primer

momento al Código y después, ya tomar las bases para crear una Ley oportuna y necesaria.

Dicho lo anterior, se hará mención de aquellos artículos del Código respectivo, que son necesarios revisar y en su caso reformar o de menos tomarlos en cuenta para legislar en la materia de gestación por sustitución.

En los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil, se describe lo que no se puede hacer en la realización de actos entre partes, es decir, la voluntad de las partes debe respetar en todo momento lo estipulado por la Ley, y en caso de hacerlo, estos actos serán nulos; estos artículos se relacionan con la filiación en el acto jurídico de marras (aclarando que la Ley que se pretende ha llamado maternidad subrogada al acto jurídico en que una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, en donde ultima mencionada padece la imposibilidad para llevar a cabo la gestación en su útero y en este sentido es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero al embrión hasta el nacimiento del mismo.), mismo que se le nombra contrato, razón por la cual la filiación del menor no estaría dentro del comercio para poder transigir con la misma. Cabe referir que en el presente trabajo el anterior mencionado no se pretende que sea un contrato ni un acto jurídico sin nombre, se propone un negocio jurídico familiar, una gestación por sustitución como negocio jurídico familiar.

El artículo 162 se refiere a que el matrimonio tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número de sus hijos y también tiene derecho a emplear, respetando la Ley, los métodos de reproducción asistida para lograr “su propia descendencia”; cabe reflexionar con el anterior artículo el alcance del mismo, el derecho de tener hijos ya lo ha otorgado el artículo 4 Constitucional y ahora el artículo 162 del Código viene a reafirmar y más aún, a establecer que se puede hacer uso de técnicas de reproducción asistida y con estas tener una “propia descendencia”. Será que este artículo

junto con el 4 Constitucional aprueben el método necesario para tener hijos con la información genética de los padres y permitan así, y en caso que no se pueda dar este hecho por una fecundación *in vitro*, se puede optar por un acuerdo de maternidad subrogada o como lo propone el presente, realizar un negocio de gestación por sustitución.

El artículo 293 del mismo Código hace referencia a que los hijos nacidos de alguna técnica de reproducción asistida asumirán un parentesco por consanguinidad en respuesta a que el hombre y la mujer o sólo la mujer realizaron el procedimiento necesario para satisfacer la realización personal de ser padres. El mismo artículo también se refiere a que en caso de que las células germinales provengan de la donación, los donadores no tendrán relación alguna con el producto de la reproducción asistida, lo cual parece muy acertado, respecto a los padres que hayan buscado serlo por medio de alguna técnica de reproducción y que asuman su responsabilidad, ya que a pesar de haber utilizado células germinales para tal proceso, lo importante fue que tuvieron el deseo de ser padres y aún y no cuente con información genética de alguno o de ninguno de ellos, siempre que tengan la intención, serán padres. El segundo aspecto también es acertado, ya que aquel que sólo donó las células, haya sido por la razón que fuera, si donó, nunca tuvo la intención de ser padre, ya que para eso se hubiera sometido a alguna técnica de las mencionadas, y por esto, no tiene que tener relación parental con el producto, éste nunca tuvo la intención y menos el deseo.

Respecto a los artículos 326 y 329, el primero de estos, en su primera parte refiere respecto a que sólo el hombre podrá impugnar la paternidad, con esto nos remite al adagio jurídico romano "*mater semper certa est*", mismo que consagra la atribución de la madre por el hecho del parto, como ya se manifestó en otro capítulo de este trabajo, dicho esto, se supone necesaria una reforma si lo que se pretende es legislar en materia de

maternidad subrogada, ya que la ciencia ha posibilitado que sea una mujer extraña quien lleve a cabo la gestación y el trabajo del parto.

Los mismos artículos tienen relación respecto a la reproducción asistida, mismos que mencionan que el cónyuge que haya consentido el uso de alguna técnica no podrá impugnar la paternidad, lo cual parece razonable, ya que la filiación del niño no puede estar al capricho o al sentimiento momentáneo de la pareja, es por eso que la decisión de utilizar cualquier técnica de reproducción debe ser tomada valorando perfectamente sus pros y contras. En esta tesitura, en el negocio propuesto, la decisión tendrá que tomarse cuando el médico y el abogado hayan platicado con la pareja respecto a los efectos y consecuencias en el ámbito jurídico y médico al realizar una gestación por sustitución.

El artículo 338, describe el concepto de filiación, mismo que se ha comentado repetidas ocasiones, la filiación no podrá ser materia de convenio o transacción entre las partes o sujetarse a compromiso en árbitros. Éste artículo con relación al 326 nos hace notar que en caso de que se surja un contrato de gestación por sustitución o maternidad subrogada, la filiación del niño se determinará por el parto y la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios en el consentimiento ni por cualquier otra causa relacionada con la pareja que la contrató. Se establece que la filiación no podrá ser objeto de contrato porque la misma es un estado de familia que deriva de una relación natural de procreación o por adopción y de la cual se van a desprender derechos personalísimos, con esto se hace notar que las personas no pueden ser objeto de contrato ya que estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también a la legislación, y por ello la nulidad del mismo.

Es necesario distinguir que en el negocio jurídico propuesto el útero sería el medio a utilizar en la gestación por sustitución y sólo para albergar al

embrión que más tarde se convertirá en feto, así tenemos que el útero tiene la calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante, la disposición del mismo es un derecho personalísimo y por ello, relativamente disponible y en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público.

Y por último el artículo 382, menciona que la paternidad y maternidad podrán probarse por cualquiera de los medios ordinarios o científicos en su caso, y de negarse a realizarse alguna prueba científica, se les atribuirá la misma. Lo cual parece muy justo respecto de esas personas que tienen la obligación de reconocer a su hijo y no lo quieren hacer o aquellas que por diversas circunstancias no pudieron reconocer a sus hijos y ahora tienen la posibilidad de hacerlo, y para los casos en que un hombre niegue la paternidad en virtud de no ser compatible con su material genético, esto cuando se haya utilizado la donación de una célula germinal, ya hay artículos que disponen de esta situación, mismos que mencionan que no cabe rechazar la filiación cuando la persona haya otorgado su consentimiento, y siempre que haya sido así, porque para los demás casos cabría otro tipo de regulación, misma que se tratará en el punto sucesivo.

### 3.1.5 Código Penal para el Distrito Federal.

El capítulo primero en el título segundo del Código Penal para el Distrito Federal llamado Procreación asistida e inseminación artificial, se ocupa de los delitos respecto de la reproducción asistida. Los preceptos que se contienen en dicho capítulo dotan de protección a aquellos bienes que se verían afectados en caso de una procreación asistida sin consentimiento o el uso indebido de estas técnicas. En concreto se encarga de regular los delitos de procreación asistida e inseminación artificial adecuados en los artículos

149 al 153 del Código, siendo en resumen el disponer de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes; inseminar artificialmente a una mujer mayor de 18 años sin su consentimiento; inseminar artificialmente a una mujer menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, aún cuando se cuente con su consentimiento; e implantar a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

De estos artículos se desprende que la función es proteger los intereses que derivan de la configuración constitucional de la dignidad humana que pueden ser afectados. El bien jurídico que se busca proteger es la libertad de la mujer y también de los mismos delitos puede existir el concurso con otro delito, es decir, pueden existir diversas situaciones como el engaño, simple desconocimiento, utilización de procedimiento que coarte su libertad o la obligue a su asentamiento. El comportamiento típico en estas cuestiones consistirá en practicar la procreación asistida en una mujer sin su consentimiento. Tratándose de fecundaciones *in vitro* el tipo sólo se perfeccionará cuando haya existido la transferencia del embrión; ya que la mera fecundación *in vitro* sin transferencia sólo podría constituir un acto preparatorio impune.

Así mismo, hay que mencionar que el Código Penal no menciona algo relativo a la maternidad subrogada, alquiler de útero, gestación por sustitución o el nombre que se le dé a la utilización del útero de una mujer para implantar un óvulo de otra mujer, ya fecundado, con la finalidad de engendrar un nuevo ser y que éste sea hijo de la mujer que aporte el óvulo o en su caso la que lo desee.

Además se debe aclarar que los delitos descritos no suponen delitos de tipo especial, ya que en ninguno de ellos se exige que el sujeto activo esté revestido de la cualidad de ser médico o su respectivo, aunque hay que reconocer que necesariamente se requieren conocimientos especiales para la realización de estas técnicas.

Y en el último de los artículos respectivos menciona que la perseguibilidad en caso de tratarse de un cónyuge o un concubino estará condicionada por la interposición de una denuncia por parte de la persona agraviada.

Por último cabe destacar que las conductas que se regulan en el Código Penal ya se encontraban reguladas en la Ley General de Salud, por lo que surge la interrogante de que en caso de que se presente la conducta típica cuál será la legislación a aplicar.

### 3.1.6 Código Civil del Estado del Tabasco.

Acerca del Código Civil del Estado de Tabasco hay que puntualizar que es el único código en todo el país que regula y reconoce la figura de madre sustituta y madre subrogada, además de otorgar la presunción de maternidad a la mujer que ha contratado y atribuirle los efectos jurídicos que se desprenden de una maternidad natural o una adopción plena.

En el Estado de Tabasco se admite el contrato de maternidad subrogada o maternidad sustituta, mismo que como tal no se encuentra regulado, sino que varios artículos que regulan cuestiones familiares hacen referencia al “contrato”, contrato en el cual una mujer se convertirá en madre portadora (nótese que así lo refiere el artículo 92 del Código de Tabasco:...”Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el

componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso...)", para que gaste al producto que se le implante y que después se convertirá en hijo, no de ésta, sino de quien la contrató y le pagó por el alquiler de su útero. También es necesario mencionar que ni en el mismo artículo ni en ningún otro del mencionado Código define lo que es madre biológica, jurídica, subrogada, aportante o comitente. Lo anterior hace concluir que México, en uno de sus Estados, sí está regulado el contrato de maternidad subrogada o maternidad sustituta; en este Estado se podrá tener un hijo y no ser la madre del mismo ya que está codificado o al menos eso es lo que nos da a entender la expresión de "madre sustituta o subrogada".

Por lo anterior conviene analizar aquellos artículos del Código que se encuentran relacionados con el contrato de maternidad subrogada o sustituta.

El artículo 31 del Código en comento hace referencia a la capacidad de goce y menciona que el ser humano desde el momento de la concepción será protegido por la Ley, incluso aún y no se encuentre en el seno materno, lo que nos lleva a pensar que un embrión que aún no ha sido implantado ya es objeto de protección jurídica, lo curioso en este artículo será el alcance de esta protección, es decir, qué tipo de acciones se pueden consentir para realizar con un embrión, transigir con éste una maternidad subrogada sería viable?

Respecto al artículo 92 del mencionado, el mismo se refiere al reconocimiento por parte del padre y la madre para con su hijo, así como la forma de expedición de las partidas de nacimiento y como ya se comentó del contrato de madre sustituta o subrogada. Sobre el reconocimiento menciona que en caso de una maternidad sustituta, ésta se presumirá respecto de

aquella mujer que lo presente al Registro Civil, ya que del hecho se desprende su aceptación de la maternidad y en caso de que sea la mujer una madre subrogada se estará a lo planteado en la adopción plena. También menciona que el padre del hijo de una mujer casada sólo podrá ser el marido de ésta última salvo el caso de un contrato de madre sustituta. Lo que nos hace pensar que una madre, como así la llaman en el mencionado, puede tener un hijo de otro que no sea su marido y a su vez entregarlo a otra mujer que se llamará de igual manera “madre”; y por otro lado, subrayar que en este caso el certificado de alumbramiento no tiene mayor trascendencia, ya que la mujer que ha sido sustituida con el simple hecho de presentarse ante el Juez del Registro Civil y decir “este es mi hijo” se tomará por cierto el hecho.

En el artículo 165 se establece el derecho a la procreación de las personas, señalando en este Código que sólo tendrán derecho a la libre procreación y al uso de técnicas de reproducción asistida los cónyuges y en su caso los concubinos, excluyendo así a los homosexuales y a las mujeres solteras.

El artículo 272 fracción XVIII asume como causal de divorcio la inseminación artificial por parte de la mujer sin el consentimiento del marido o pareja, mismo que resulta acertado, porque un hombre que no tiene la intención de ser padre no deberá serlo sólo por capricho de la mujer, en razón a que los efectos de la paternidad no son sencillos y menos temporales.

Los artículos 324, 327, 329 y 340, hacen referencia a la inseminación humana artificial y el consentimiento del marido, mismo que como ya se comentaba, los efectos de consentir o no una técnica de reproducción asistida no son sencillos, por lo que se deben de consentir con toda la responsabilidad que de estas se desprenda.

El artículo 347 alude a la pruebas de filiación referente a la madre, la madre legal será aquella mujer que contrató, habiendo o no aportando el óvulo para dicha concepción, tomando en consideración la voluntad procreacional de la mujer contratante, la cual no podrá rechazar al nacido a capricho o aludiendo que ella no tiene genéticamente relación con éste.

Y por último artículo relacionado con la práctica de maternidad subrogada o sustituta permitida en Tabasco, es el 360, el cual hace una referencia similar al artículo 92, en el aspecto de que sólo se podrá reconocer como hijo de otro hombre de una mujer casada cuando se trate de un contrato de maternidad sustituta o mediante sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Para concluir el tema del Código de Tabasco y del contrato de maternidad subrogada o sustituta se ha revisando información acerca de éste, se encontró que es llamado contrato de arrendamiento de útero o maternidad subrogada, incluso se encontraron formatos del mencionado contrato, por esto, presumo es necesario hacer un bosquejo acerca del objeto del mismo, aunque sea de modo muy sencillo.

Analizando los elementos de existencia de dicho contrato, deberá existir el consentimiento y el objeto, en el primero de ellos no habrá en principio problema, el segundo nos lleva a reflexionar sobre el objeto, lo cual nos traslada a interpretar que éste podrá ser la conducta de hacer (gestar y parir) por parte de la mujer disponente o al interpretar el contrato se puede considerar que se está conviniendo sobre la filiación del recién nacido y de ser así, no será válido, ya que como se ha comentado, es un derecho personalísimo y el mismo no se puede transigir por ser de orden público. Además, hay que añadir que en dicho contrato se nombra a la mujer sustituta, como “madre sustituta o subrogada”, término que no conviene en nada al contrato, ya que una madre, de ninguna forma podría convenir que

otra mujer se quedara con su hijo y asumiera así los derechos personalísimos derivados del emplazamiento al estado de familia. Por esta misma razón, es que en el presente trabajo se propone una sustitución en la gestación, una mujer sustituirá únicamente en el desarrollo del embrión a aquella que será la madre de voluntad, a la madre de deseo y en ningún momento a la primera se le calificará como madre, además que no aportará el material genético. El negocio jurídico familiar propuesto perseguirá como fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de los derechos subjetivos familiares, mientras que un contrato siempre tendrá como fin la creación de una relación patrimonial, asumiendo así, un rechazo total a cualquier contrato de arrendamiento de útero o subrogación materna, o cualquier contrato que tenga que ver con la hipótesis planteada en las Leyes de Tabasco.

### 3.1.7 Decreto de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

Después de diversos foros sobre el tema de subrogación materna, el decreto fue discutido en Comisión y más tarde fue aprobado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Esta nueva Ley fue discutida y aprobada el 30 de noviembre del año dos mil diez, pero está pendiente de su publicación para que comience a correr su validez y vigencia.

Las reformas o leyes nuevas aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tardan meses en ser publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, por lo que pueden concluir en que al paso del tiempo resulten ser inoperantes, el Decreto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, fue aprobado el año pasado y sigue en espera de su publicación, para que este decreto se pueda publicar en la mencionada Gaceta deberá contener las firmas o referendos de los titulares de todas las

dependencias involucradas y una vez que cuente con todos los referendos la publicación es cuestión de días.

El tema que esta Ley presenta contiene más dudas que beneficios, en los siguientes párrafos se procederá al análisis de los artículos indicando las observaciones respectivas:

El artículo 1 señala que la Ley será de orden público e interés social y tendrá por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la maternidad subrogada.

En el artículo 2 se encuentra de definición de esta práctica, en donde se tiene que “la maternidad subrogada, es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundado por medio de una pareja unida en matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético”.

Pero también se encuentra la excepción a la regla general, esto es, que cualquier mujer con un estado civil diferente también puede acceder a esta técnica de reproducción asistida, si bien la excepción es un avance aún se sigue discriminando a los varones homosexuales, por lo menos en esta Ley.

Menciona que el pacto al que las partes acuerden será sin fines de lucro, y se supone que esta cuestión es para que no haya un chantaje durante o posterior a la gestación, además de los aspectos éticos y morales como la cosificación en la mujer, tema que será tratado en el último capítulo del trabajo, además se precisa que la maternidad subrogada es una práctica médica auxiliar para la procreación.

En el artículo 3 se definen conceptos relacionados con la materia, entre los más importantes se encuentran el concepto de filiación, mismo que

de manera literal se transcribe “relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia”.

El concepto de maternidad subrogada, como la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundado por medio de una pareja unida en matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo. Hay que precisar que la Ley no menciona que la conclusión será con el nacimiento del menor, sino y como se sabe el embarazo puede terminar por aborto, un embarazo anembriónico, un huevo muerto retenido y otras.

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

La madre biológica será una mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación y aporta el material genético para la fecundación y que se compromete mediante el mismo instrumento 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 ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.

El padre será el hombre que aporte su material genético para la fecundación y se compromete mediante el instrumento mencionado 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

ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica.

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

Con la palabra contrato en la definición, creemos que la Ley puede resultar con consecuencias fatales para la sociedad, debido a los dilemas éticos y jurídicos, mismos que se trataran en el interior del presente, mencionar la palabra contrato le atribuye de inmediato una connotación patrimonial a la actividad que se pretende regular, por lo que nos definimos, igual que muchos estudiosos de la circunstancia, por el rechazo total del “contrato de maternidad subrogada” y aún resulta peor, al añadirse al concepto la palabra “maternidad” en virtud de que la mujer gestante nunca va a sustituir o subrogar una maternidad.

Por otro lado, atribuirle la función de llevar a cabo este contrato ante Notario Público, crea una desilusión completa aun peor, es cierto que los contratos son de carácter privado, por lo mismo la intervención de la autoridad administrativa, pero como ya se ha mencionado y se mencionará en este trabajo, lo que se convendrá en la práctica de la “gestación por sustitución” o maternidad subrogada, es la filiación del menor, el mismo estado de familia; se manifestará la voluntad de las partes de integrar al menor a una institución como lo es la familia, no se trata de una compra de seres y menos de una renta de partes intransferibles del cuerpo humano. La

función de otorgar un estado familiar, una filiación o un parentesco a un menor le corresponde solamente al Juez de lo Familiar.

La maternidad subrogada se practicará en instituciones públicas o privadas, siempre que cuenten con la autorización para realizar la transferencia de embriones, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de dicha Ley.

El artículo 5 menciona que será el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, todos para el Distrito Federal, los que actuarán de manera supletoria.

Del artículo 6 al 9 se hace referencia respecto de las disposiciones y obligaciones que deberán atender los médicos, en los primeros incluye el secreto profesional, asesoramiento médico a las partes que intervienen en el Instrumento y los segundos la explicación de los riesgos y alcances médicos, además de la revisión de cumplimiento de los requisitos establecidos para las personas participantes. Además, se establece la obligación y deber de los médicos de solamente realizar esta práctica cuando ya se encuentre de por medio la realización del Instrumento para la maternidad subrogada.

En los 10 y 11, se establecen los requisitos de las partes en el Instrumento, la comitente deberá ser una mujer con incapacidad física o médica permanente y la pareja de ésta deberá otorgar el consentimiento; la mujer gestante deberá acreditar un excelente estado de salud físico y mental, además de que vive bajo un ambiente libre de violencia, que se comprobará mediante una visita domiciliaria de una trabajadora social, quien declarará si dicha mujer tiene las condiciones necesarias para la práctica, además de manifestar que no ha estado embarazada en los últimos 365 días y que no tiene intención de lucrar de tal manera que hace dicho acto de modo libre. El certificado de imposibilidad física lo expedirá la Secretaria de Salud,

además se comenta que en la presente Ley el término será de padre y no de padre subrogado ya que a la única que se va a subrogar, en estricto sentido, es a la madre y no así padre.

Los artículos 12 y 13, establecen que es procedente otorgarle a la mujer gestante la característica de estar en estado de gravidez, ya que en estricto derecho sí es una mujer embarazada y afirma que no se le discriminará por relación a la forma de su embarazo.

El artículo 14, enuncia los requisitos jurídicos de las partes, tales como tener residencia en el Distrito Federal, con el propósito de contener el turismo procreativo; poseer capacidad de goce y ejercicio; acreditar la imposibilidad física de la madre subrogada, mismo certificado que expedirá la Secretaría de Salud, esto con el fin de evitar la corrupción en la expedición de los certificados. La mujer gestante deberá acreditar que cuenta con plena salud física, incluso existe la posibilidad de que se le hagan exámenes complementarios, como el antidoping.

Es importante hacer mención que el consentimiento de la mujer gestante puro y simple, así como de la mujer gestante y del padre es esencial, pero también lo será el de la pareja de la mujer gestante, en caso de existir, con el objeto de no contradecir lo señalado por el artículo 324 del Código Civil que establece la presunción de los hijos de matrimonio o concubinato y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la terminación del vínculo.

El artículo 15 propone que tanto la madre biológica, el padre y la mujer gestante deberán acudir a la Secretaría de Salud a manifestar su intención de llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada y la Secretaría deberá determinar su aptitud psicológica para iniciar la práctica; una vez acreditada, se acudirá ante el Notario Público, para manifestar la intención de realizar un Instrumento de la naturaleza.

Se propone en el artículo 16 que la mujer que sea candidata a ser la mujer gestante sea familiar de la madre biológica o del padre, con la finalidad de que por contar con lazos afectivos se elimine la posibilidad de lucro, pero en caso de no existir, podrá participar cualquier otra mujer que cumpla con los requisitos.

En el artículo 17 se propone la incorporación de un padrón de mujeres candidatas a mujeres gestantes y otro de parejas que quieran someterse al procedimiento que deberá llevar la Secretaría de Salud.

En artículo 18 se establece que será ante el Notario Público donde se deberá manifestar el consentimiento, a través del formato de Instrumento para la Maternidad Subrogada que deberá disponer la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, con el fin de evitar abusos o malas interpretaciones y menciona que el consentimiento deberá ser indubitable y expreso.

Los requisitos establecidos por la Ley deberán ser presentados ante el Notario por las partes, mencionado así en el artículo 19.

El procedimiento, establecido en el artículo 20, iniciará con la presentación de los requisitos por las partes, con esto el Notario Público fijará fecha y hora para que las partes se presenten a otorgar su consentimiento, en el cual se manifestará que los gastos médicos de la mujer gestante correrán a cargo de la madre y el padre, así como de los tratamientos psicológicos de las partes, la manifestación de la mujer gestante que no donó sus óvulos y que no es madre biológica del producto, así como la obligación de entregar al producto de la gestación. También deberán manifestar el conocimiento que tienen las partes de la excluyente de responsabilidad penal en caso de interrupción legal del embarazo, pero deberá informar previamente a la madre y padre. Las partes tendrán abierta la posibilidad de manifestar algunas cláusulas para asegurar la integridad del embrión. Por último el Notario tendrá la obligación de constatar en el registro,

que la mujer gestante no ha participado en más de dos ocasiones en una maternidad subrogada.

El artículo 21 atiende medidas para garantizar que no se vulneren los derechos de las partes en la práctica, en especial el de la mujer gestante y de los menores de tal manera que no se limite el acceso a la atención sanitaria, que no se limite el derecho a conocer su identidad personal al menor así como asegurar la protección del Estado.

La certeza jurídica de las partes respecto a los aspectos de la filiación se encuentra regulada en los artículos 22 y 23; en los que se menciona que el Notario expresará la maternidad y paternidad a favor de la madre biológica y del padre, de acuerdo al artículo 293 del Código Civil; además se prevé respecto de cuestiones como la guarda, custodia y tutela en caso de separación de la pareja o fallecimiento de ellos antes del nacimiento del menor.

La obligación del Notario, una vez suscrito el Instrumento, regulada en el artículo 24, establece que deberá dar aviso a la Secretaría de Salud para generar una base de datos de registro.

El artículo 25 menciona que todo conflicto, efecto del contrato de maternidad subrogada deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

Los artículos 26 y 27 corresponden a la forma expedición del certificado de nacimiento, mismo que no podrá variar al que se otorga cuando se trata del nacimiento de un niño gestado de manera natural. También se establece que los efectos de la maternidad subrogada serán los mismos que en los casos que no se tenga el certificado de nacimiento o constancia de parto.

Del artículo 28 al 31, se contemplan las causas de nulidad del mencionado Instrumento y éste será nulo cuando exista un vicio de la

voluntad, no cumpla con los requisitos y formalidades establecidos por la Ley, existan cláusulas que atenten contra el interés del menor o la dignidad humana, o existan cláusulas que sean contrarias al orden social o interés público. También menciona que en caso de resultar nulo, no eximirá a las partes de su responsabilidad adquirida y derivadas de su existencia. Además señala el derecho de la mujer gestante de demandar por la vía civil el pago de gastos médicos en caso de afecciones a su salud derivados de la práctica y una inadecuada atención. Y el mismo Instrumento carecerá de invalidez cuando haya existido dolo o error de la identidad de los padres subrogados por la madre biológica.

Los artículos 32 y 33 regulan lo relacionado con el incumplimiento del Instrumento, en donde éste podrá ser revocado hasta antes de la transferencia de embriones. Pero en caso de que incumplan con alguna cláusula manifestada en el Instrumento, aquella parte será susceptible a pagar daños y perjuicios.

Los últimos dos artículos de la Ley, 34 y 35, establecen las sanciones en relación con la maternidad subrogada, responsabilizando de manera civil y penal a los médicos que implanten embriones sin consentimiento y también menciona que la mujer gestante que pretenda obtener algún lucro derivado de la práctica tendrá que ser sancionada.

Para resumir, lo que regula la Ley para la Maternidad Subrogada, hay que mencionar que ésta fue creada, o al menos los legisladores lo mencionan, para combatir el problema de infertilidad que aqueja a un número significativo de mujeres en el Distrito Federal, fundado en el artículo cuarto Constitucional, respecto del derecho de libertad de procreación, de tal manera que no se pueda concebir la violación de las garantías constitucionales y menos los derechos humanos.

La Maternidad Subrogada para la Ley, es considerada una práctica médica que consiste en la implantación del embrión y el desarrollo del embarazo hasta su término, en beneficio de una pareja infértil, unida en matrimonio o concubinato, que aporta sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer que presta su útero; pero bien es cierto, que ante esta opción existen más posibilidades como lo es la adopción.

También menciona que el certificado de alumbramiento se expedirá a nombre de la mujer que aportó el material genético y no así de la mujer que gestó al embrión.

Establece que sólo podrá ser practicada en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos, es decir, que cuente con especialistas en infertilidad.

Dentro de los contras de ésta Ley están la prohibición de la posibilidad de ejercer este recurso a las parejas homosexuales, a las mujeres en etapa premenopáusica o con cáncer cérvico-uterino, así como los hombres solteros.

Para algunos estudiosos del tema, parece que no debió hacerse una Ley, sino que lo correcto era hacerse algunas reformas al Código Civil, que es el encargado de regular todos los aspectos personales y patrimoniales de las personas y que a pesar de aprobarse la Ley, existirán incongruencias que serán difíciles de resolver en caso de haber controversias, y lo que es peor, que en el dictamen no hay ni siquiera un artículo transitorio que impulse dichas modificaciones al Código Civil.

### 3.1.8 Iniciativas de ley relativas a la regulación de la reproducción asistida y la gestación por sustitución.

Dentro del marco jurídico nacional y local no hay, todavía, una ley que regule la maternidad subrogada o la gestación por sustitución, como se nombra en este trabajo sino y lo más próximo que hay es el Decreto de Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, así es como este último propiciará la vanguardia legislativa regulando tal situación una vez que sea publicada dicha Ley en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Respecto al ámbito federal hay dos iniciativas de leyes, una respecto a la reproducción asistida y otra con relación a la maternidad subrogada, las cuales aún se encuentran con un estudio pausado.

- Iniciativa de la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual tiene como objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida autorizadas en territorio nacional y la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

La materia de esta Ley será únicamente en relación a las técnicas de reproducción humana asistida consistentes en la inseminación artificial, fecundación in vitro e inyección intracitoplasmica de espermatozoides con gametos propios de donante y con transferencia de preembriones y transferencia intratubarica de gametos. Es importante señalar que esta Ley, tendrá que el contrato por el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de una mujer contratante o de cualquier otra persona, se declarará nulo de pleno derecho.

En cuanto al registro de las técnicas de reproducción asistida se prevé que el Gobierno sea quien regule la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de Actividad de los Centros de Reproducción Asistida. El contenido de este registro contendrá la información de los

donantes de gametos y preembriones, todos estos con fines de reproducción humana, así como los niños que nacen de cada uno de los donantes, la identidad de las mujeres o parejas receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

En lo relativo a las infracciones y sanciones impuestas en esta Ley, se enfoca más a aquellas destinadas a los centros de reproducción asistida, proponiendo sanciones administrativas sin perjuicio de las sanciones civiles o penales, siendo de ellas la más grave la clausura o cierre de los centros, además de que la cuantía de la sanción que se imponga, se estimara teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, el eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración de la salud producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.

- Ley Federal de Subrogación Gestacional, esta se trata de una Ley del orden público e interés social y tendrá por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la subrogación gestacional. Se refiere a la subrogación gestacional, como su nombre lo dice, así que será la práctica médica que ayudará a aquellas parejas infértiles a poder tener acceso a la procreación.

En contraste con la anterior iniciativa, y tan claro como se puede desprender de su nombre, se plantea la formalización del instrumento para la subrogación gestacional mismo que no difiere mucho ni en definición ni en requisitos con el que se establece en la Ley del Distrito Federal, es decir, será de igual manera ante Notario Público, de manera gratuita, en el cual la mujer gestante se compromete a que se le transfiera un embrión fecundado con carga genética de la pareja contratante, a su vez gestarlo y entregar al niño a su nacimiento. A su vez plantea diversas cuestiones, consecuencias del Instrumento, como lo son las obligaciones, derechos, consecuencias y

efectos de la práctica para la mujer gestante, la mujer subrogada, el padre y los médicos tratantes en la subrogación gestacional.

El registro de los Instrumentos de Subrogación Gestacional, plantea la Ley, será a través de la Secretaría de Salud, la cual deberá llevar un registro de los Instrumentos de la práctica y de los nacimientos que hayan sucedido bajo esta técnica de reproducción asistida. El registro propuesto en esta Ley, deberá de contener el nombre de las personas que participaron en la práctica médica de subrogación gestacional, así como edad, estado civil, fecha de suscripción del Instrumento, nombre y número de Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, además podrá contener el nombre del médico tratante así como de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

En esta Ley las sanciones van dirigidas a los médicos tratantes principalmente, por ejemplo, cuando hay una implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. Además se estima que en caso de que la mujer gestante quiera obtener algún lucro derivado de la subrogación gestacional, o pretenda obtenerlo divulgándolo públicamente y con esto cause daño a la imagen pública de los progenitores, también será acreedora de sanciones.

También se encuentra algunas iniciativas que aspiran a regular la maternidad subrogada, la reproducción asistida y la inseminación artificial a nivel Federal y por medio de la Ley General de Salud, entre estas iniciativas se encuentran las siguientes, mismas que se comentaran en forma muy escueta por así considerarlo:

- Iniciativa de Ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 1097, con fecha 27 de septiembre de 2002.

La iniciativa propone la conceptualización de las técnicas de reproducción asistida, como definición se propone que sean “todas aquellas técnicas artificiales que producen la unión de las células germinales, es decir, un espermatozoide y un óvulo, o la implantación del embrión en el útero, logrando con esto la manipulación directa del hombre en el laboratorio.” Además, propone que se clasifiquen las técnicas en tres grupos, los cuales serían: la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. También plantea que se incluyan aspectos relativos a centros e instituciones de asistencia e investigación sobre la infertilidad y las técnicas de reproducción asistida, además de que en estas se sirvan de proporcionar asistencia e investigación de las mismas técnicas, de la utilización de células germinales de donantes, y se prohíba la manipulación del código genético, producción de embriones, prohibición de manipulación de código genético, así como la utilización de semen de donante fallecido. Por último, también se propone la integración de un Comité de Ética para cada uno de los centros de reproducción asistida creados.

- Iniciativa que adiciona una fracción al artículo 3 y el título Decimocuarto Bis, “Sobre Reproducción Asistida”, a la Ley General de Salud, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 1639-1, con fecha 2 de diciembre de 2004.

Esta iniciativa propone la incorporación del Consejo de Fertilización Humana y Embriología, que sería una instancia dependiente de la Secretaría de Salud, la cual estaría integrada por expertos en técnicas de reproducción asistida y representantes de la sociedad, cuya función sería la de proponer normas oficiales mexicanas para la organización, funcionamiento y certificación de los establecimientos relativos; la otorgación de las autorizaciones sanitarias; además de la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones, incluyendo la

autorización de protocolos controlados para la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida.

También la iniciativa conceptualiza lo que son las células germinales o gametos, cigoto, embrión, embarazo, feto, infertilidad e implantación.

Es importante mencionar que en dicha iniciativa resaltan los siguientes aspectos: embarazo múltiple y la generación supernumeraria de embriones; autorización sanitaria para las unidades o servicios relacionados con la reproducción asistida; organización y funcionamiento del Registro Nacional del Donantes de Gametos y Embriones; reglas aplicables a la crioconservación; comités de bioética; centros y unidades de reproducción asistida; donación de gametos, embriones o células germinales; técnicas de diagnóstico prenatal; prohibición de selección de sexo (en embriones); prohibición de modificación de genomas y uso de embriones no autorizados o no viables con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

- Iniciativa que adiciona un capítulo VII Bis, sobre técnicas de Reproducción Asistida, en el Título Tercero de la Ley General de Salud, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 1735-1 con fecha 19 de abril de 2005.

Lo destacable de esta iniciativa es la importancia que tienen las conductas de reproducción asistida en cuanto a las sanciones impuestas, las que incluyen desde privación de la libertad así como multas económicas y serán más graves aún, cuando los sujetos activos sean profesionistas, o cualquier persona relacionada con las técnicas médicas, en las que además se les deberá aplicar la suspensión en el ejercicio profesional; dentro de estas conductas se refieren las siguientes: a quien disponga de células germinales o gametos con fin distinto al autorizado, a quien revele la identidad de donadores de células germinales o gametos, a quien utilice las técnicas de reproducción asistida para fines de selección de sexo, a quien transfiera gametos o embriones no humanos al útero de la mujer o produzca híbridos o

quimeras, a quien comercialice o dé uso industrial a los embriones y sus células, a quien extraiga células o tejidos de embriones o fetos en desarrollo, de la placenta o de sus envolturas, o de líquido amniótico, por mencionar algunas.

Además se incluyen diversos aspectos como la transferencia de embriones, suspensión de procedimientos, autorización sanitaria para unidades o servicios relacionados con reproducción asistida, la creación de un Consejo de Fertilización Humana y Embriología, un Registro de reproducción Nacional de Donantes de Gametos y Embriones, la crioconservación, donaciones de embriones y gametos o células germinales, la creación de un Comité de Bioética y algunas técnicas de diagnóstico prenatal.

- Iniciativa que adiciona un capítulo VII Bis a la Ley General de Salud, y Atención de la Pareja Infértil, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 1749-1 con fecha 10 de mayo de 2005.

Lo que esta iniciativa propone es la incorporación a la Ley General de Salud de un capítulo sobre Atención a la Pareja Infértil, conceptualizando a la infertilidad como la incapacidad de la pareja para lograr el embarazo después de practicar relaciones sexuales vía vaginal sin protección durante un año. Así, también, propone que la prevención primaria de la infertilidad sea de carácter prioritario para evitar factores de riesgo como causa de origen de ésta, estableciendo la obligación de informar y orientar a la población en edad reproductiva sobre los factores de riesgo y la manera de evitarlos.

También considera que las actividades de atención médica deban ser proporcionadas en los sectores público, privado y social que cuenten con la infraestructura y capacidad técnica que incluirá personal capacitado y certificado por el Consejo Mexicano de Ginecología y Obstetricia y de Biología de la Reproducción.

- Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, respecto de la Reproducción Asistida, publicada en la Gaceta Parlamentaria número 2984-1 con fecha 8 de abril de 2010.

La iniciativa presenta, comparativamente con las anteriores cuatro, la conceptualización amplia de aspectos técnicos relativos a las técnicas de reproducción asistida, siendo algunos: procedimiento de micro manipulación para mejorar la implantación, banco para la crioconservación, banco de semen, donación de preembriones, embarazo bioquímico, embarazo clínico, fecundación o fertilización, fertilización in vitro, implantación, inseminación artificial, inyección intracitoplasmica de espermatozoides y zona pelúcida.

Y como aspecto contemplado más importante es el de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, determinando especificaciones para casos excepcionales, con esto plantea la incorporación de diversos aspectos como: requisitos para llevar a cabo técnicas de reproducción asistida, técnicas incluidas en la reproducción asistida, utilización de preembriones, semen y óvulos para fines reproductivos.

Dentro del ámbito local más hay iniciativas, además de la ya comentada perteneciente al Distrito Federal, para comenzar con la descripción de estas se iniciara con la más reciente:

- Iniciativa de Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal, presentada ante el pleno de la Asamblea Legislativa el 27 de abril de 2011, por el Diputado Octavio West Silva.

Esta iniciativa comprende dos títulos, será de orden público e interés social, la cual tiene por objeto regular la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, así como la prestación de los servicios de salud en materia de reproducción humana, donación, utilización distribución y crioconsecvación de células germinales y embriones con fines de

reproducción humana; estableciendo para lo anterior los requisitos que deberán cumplir cada uno de los donadores de las células germinales, así como y en su caso de las mujeres gestantes.

Se establece también, la prohibición de la clonación de seres humanos, ni aún fuera con fines de investigación, además delimita el concepto de reproducción asistida como aquella reproducción lograda por medio de los diversos métodos biomédicos que sustituyen o facilitan los procesos biológicos naturales para el establecimiento de un embarazo.

De igual forma se establecen reglas que deberán cumplir aquellas parejas que aspiren a optar por la reproducción asistida. Y por último, menciona que será la Secretaría de Salud del Distrito Federal la que se encargará de llevar un registro de reproducción asistida en el cual se asentaran datos de los receptores, donadores, mujeres gestantes, además de la fecha en que se lleva a cabo el procedimiento, contratos celebrados para dicho fin. El registro deberá de igual forma contar con los datos de los niños nacidos vivos u óbitos, los establecimientos autorizados, su personal certificado y el historial de autorizaciones otorgadas por la misma Secretaría.<sup>65</sup>

- Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla, presentada a la Mesa Directiva del Congreso de Puebla por la Diputada María del Rocío García Olmedo con fecha 29 de julio de 2010.

En la Iniciativa se plasman conceptos de lo que debemos entender por maternidad asistida y se manifiesta en el ámbito de interés de la Bioética, tiene el objeto de regular la técnica de reproducción asistida denominada fecundación in vitro con transferencia de embriones, en cuanto a que una

---

<sup>65</sup> Iniciativa de Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal, 27 de abril de 2011, Diputado Octavio West Silva en <http://www.aldf.gob.mx/imprimir-7568> 29 mayo 2011 22:29

mujer pueda llevar a cabo la gestación en su útero de un óvulo fecundado producto de la pareja comitente.

En sí, la iniciativa pretende brindar, como todas las anteriores, certeza jurídica a las ciudadanas poblanas que renten sus úteros para gestar hijos de otra mujer que se vea imposibilitada para hacerlo. La Ley tiene mucha similitud con la Ley para el Distrito Federal, también regula a la maternidad subrogada a través de un Instrumento ante Notario Público y estableciendo que será a título gratuito. También tiene un apartado de sanciones físicas que van desde los 3 a 14 años de cárcel y se proponen multas económicas señaladas para aplicar a aquellas mujeres que renten su útero más de dos veces.

- Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Morelos.

Esta iniciativa propone la elaboración de un contrato ante Notario Público, en el que la voluntad de las partes intervinientes origine un vínculo de maternidad o paternidad, aquí es importante señalar que el elemento volitivo, tiene un gran valor como criterio de maternidad y paternidad, también el que el derecho le atribuye o le permite.

Dado que el objetivo de la iniciativa es salvaguardar los derechos de salud y reproducción de todo ser humano, no es de manera limitativa para parejas unidas en matrimonio o concubinato, sino también la mujer soltera que quiera tener un hijo lo podrá tener, independientemente de su condición con una pareja.

En esta iniciativa se considera a la maternidad subrogada como una relación contractual sin fines de lucro, sin costo alguno, para evitar los aspectos mercantilistas que podrían esconderse en algunas personas, entidades o clínicas, puesto que es un negocio muy rentable.

Para finalizar con las Iniciativas que existen sobre maternidad subrogada y reproducción asistida, se mencionaran aquellos Estados donde la maternidad subrogada no se tiene como simplemente ignorada, sino que se regula su prohibición, siendo estos el Estado de Coahuila y San Luis Potosí.

- Coahuila, en este Estado está prohibida la mencionada práctica, el artículo 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila, de manera textual expresa lo siguiente: El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

Es por lo anterior de que si en dicho Estado hubiera un contrato de maternidad subrogada, y aún y se le hubiera pagado a la mujer que ha prestado su útero, si ésta última a la hora del nacimiento del menor no lo quiere entregar, la maternidad sin ningún lugar a duda se le atribuirá a la mujer que ha dado a luz.

- San Luis Potosí, la prohibición expresa de la maternidad subrogada se encuentra en el artículo 147 del Código Civil, y textualmente menciona: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. Podrán ser utilizados los métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta.

### 3.1.9 La gestación por sustitución en México.

Los centros de prevención y control de enfermedades en estados Unidos, (Center for Disease Control)<sup>66</sup>, han publicado datos estadísticos sobre la infertilidad mundial, siendo los siguientes:

- Número de mujeres de 15 a 44 con la fecundidad reducida (deterioro de la capacidad de tener hijos): 7,3 millones.
- Por ciento de las mujeres de 15 a 44 con la fecundidad discapacitada: 11,8%
- Número de mujeres casadas de 15 a 44 que son estériles (no puede quedar embarazada por lo menos de 12 meses consecutivos): 2,1 millones.
- Porcentaje de mujeres casadas de 15 a 44 que son infértiles: 7,4%
- Número de mujeres de 15 a 44 que alguna vez han utilizado los servicios de la fertilidad: 7,3 millones.
- 480 clínicas de fertilidad en los EE.UU.
- Mujeres de 35 años que sólo tienen la oportunidad de concebir: 6%
- 50.000 niños por año nacen con el uso del uso de ART (Tecnología de Reproducción Asistida) en los EE.UU.
- Entre los más de 7 millones de personas en los EE.UU. que se ven afectadas por la infertilidad (uno de cada 7 o alrededor del 14%), la base del problema es uniforme. La tercera parte de los problemas derivados son de la mujer, la tercera del hombre y el tercio restante a partir de una combinación de ambos. Con el avance de la fecundación in vitro en los últimos 15 años, las opciones de los padres infértiles destinados se han incrementado dramáticamente. Para aquellos que quieren mantener la posibilidad de tener un hijo biológico

---

<sup>66</sup> Infertilidad Mundial, Center for Disease Control, <http://www.cdc.gov/>, 11 de abril de 2011.

y para los que la FIV tradicional no ha funcionado, madres de alquiler comercial sigue siendo la mejor opción.

Por lo que confiere a México, aun no hay datos concretos de los problemas causados por la infertilidad, ni siquiera un número de parejas que han solicitado sean atendidas por esta causa. Algunos datos provenientes de hospitales dedicados a brindar atención a estas solicitudes, arrojan datos en los que se calcula que alrededor de 1.6 millones de mujeres son las que presentan alguna perturbación en su fertilidad y que cerca de 500 mil mujeres requieren ayuda médica para solucionar su problema reproductivo.

En esta tesitura, datos de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados y el INEGI, obtienen cifras muy similares, calculan 1.5 millones de mujeres con problemas para procrear.<sup>67</sup> De ese total, 90 por ciento todavía tiene posibilidades de tener hijos propios con el tratamiento adecuado, pero el restante 10 por ciento sólo tiene dos opciones: adoptar o que otra mujer cuyo organismo sí sea apto para el embarazo se ofrezca para tener al bebé. Otro factor determinante es que el 80 por ciento de las personas infértiles detecta el problema cuatro años después de intentar por primera vez un embarazo. Sintiendo peligrar sus oportunidades de tener descendencia, muchos hombres y mujeres entran en pánico e inician un camino que suele estar plagado de gastos, desilusiones y frustración.

Así, también la Unidad de Medicina Reproductiva del Hospital Ángeles del Pedregal afirma que la tendencia es que en unos años la cifra de parejas estériles llegará al 20 por ciento. Las mujeres mayores de 40 años tienen sólo el 10.9 por ciento de oportunidades de tener un hijo con sus propios óvulos y los problemas de ovulación ocupan el 40 por ciento de causas de infertilidad. Además, su portal de investigación del mencionado hospital

---

<sup>67</sup> CONTRERAS JULIAN, Maricela, Diputada, "Foro: Maternidad Subrogada en el Distrito Federal". Comisión de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, México, DF, 23 de febrero de 2010.

revela que otro factor es el retraso de la maternidad de las mujeres mexicanas.

Algunos de los datos que menciona el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía), es que las mujeres de 30 a 39 años son el segundo grupo de mujeres que se embarazan y con esto que registra nacimientos, así mismo, el Instituto estima que en 10 años este sector poblacional será el primero para señalar nacimientos.<sup>68</sup>

El Instituto Valenciano de Infertilidad en México, reveló un incremento en esta problemática, hace 20 años se diagnosticaba un caso de cada 15 parejas, actualmente es en uno de cada 6 parejas. De acuerdo con análisis publicado en la página web del mismo Instituto, uno de los principales motivos por los que este suceso ha aumentado entre las parejas mexicanas es que las mujeres, por motivos económicos, de trabajo, de estudio o simplemente porque no tienen una pareja con quien hacerlo, cada vez esperan más para ser madres<sup>69</sup>

En internet se anuncian varias empresas extranjeras que ofrecen sus servicios para asistencia reproductiva y prometen coordinar y encargarse de los aspectos legales, médicos, financieros, emocionales y proporcionar los instructivos del proceso de alquiler de vientres y/o donación de óvulos. Aunque no existen datos fidedignos sobre las, también llamadas madres substitutas, una diputada Federal, estimó que en México "la práctica clandestina de alquiler de úteros significa una ganancia económica que va de

---

<sup>68</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Demografía y población, <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=17484>, 05 junio de 2011, 10:42 hrs.

<sup>69</sup> CARDENAS, Juan, "El Tiempo no perdona", El siglo de Durango, Durango 15 de noviembre de 2010, [www.elsiglodedurango.com.mx/noticia/239655.15x-de-parejas-sufre-infertilidad.html](http://www.elsiglodedurango.com.mx/noticia/239655.15x-de-parejas-sufre-infertilidad.html), 05 de junio de 2011, 10:50 hrs.

los 400 mil a 800 mil pesos en cada caso, más los gastos de manutención. La medicina privada cobra hasta 250 mil pesos por cada tratamiento"<sup>70</sup>

En México, el hecho de la maternidad subrogada, aún es clandestino, así que es lo que impide que haya datos fidedignos, de tal manera que resulta imposible saber cuántas maternidades por sustitución se han realizado en el país, cuantas de las mismas obtuvieron el nacimiento de un niño y así cómo cuántas de estas prácticas se realizaron en los términos que se estima se conviene, así como los datos de aquellas gestaciones donde la mujer gestante se arrepintió de entregar al niño, o la madre subrogada no quiso reconocer su maternidad.

Para concluir el tema de la legislación mexicana en relación con la reproducción asistida, me permito mencionar algunos comentarios que plantea un autor dedicado a revisar los problemas jurídicos que trazan las técnicas reproductivas:

1. La tecnología que rodea las técnicas de reproducción asistida y en general el campo de la genética, crece sin cesar. Los límites geográficos de los países de todo el mundo ya no constituyen ningún obstáculo para el avance científico y el intercambio de información de los centros de investigación más importantes se hace con una velocidad vertiginosa, que hace difícil seguirlos con la misma rapidez con la que se generan. Por lo tanto, la regulación legal al respecto esta en un peligro constante de convertirse en obsoleta al poco tiempo de su entrada en vigor.

---

<sup>70</sup> CASTILLO, Moraima, "El lado oscuro del alquiler de vientres", Suite101, 27 de julio de 2010. <http://www.suite101.net/content/el-lado-oscuro-del-alquiler-de-vientres-a21741#ixzz15JdydYca>, 05 de junio de 2011, 11:00 hrs.

2. Debido a la amplitud y variedad en el campo de la genética, es difícil precisar los supuestos ficticios de la norma, ya que no sólo se tienen que contemplar las conductas que se puedan derivar de los conocimientos actúales, sino que hay que ir más allá, anticipándose a las conductas que se susciten en el futuro.
3. No es deseable que las normas jurídicas sean absolutamente limitativas en cuanto anulen por completo la posibilidad de avance en la investigación, puesto que sería contrario a la finalidad misma de la regulación. Es necesario potenciar un avance constante en la investigación, sin embargo en muchas ocasiones la utilización de una determinada técnica puede producir resultados deseables o completamente contrarios a la dignidad del ser humano.
4. Se debe diferenciar cuáles son los derechos dignos de ser protegidos, atendiendo siempre a la salvaguardia de la dignidad humana y cuáles son los bienes jurídicos protegidos.
5. Es necesario que se unifiquen los criterios de los científicos y de los juristas para denominar un determinado procedimiento, puesto que a veces se utilizan términos distintos para designar una misma cosa. La Ley en este sentido, debe de ser lo más clara posible, definiendo los conceptos científicos y la técnicas genéticas contempladas en la misma.<sup>71</sup>

### 3.2 Legislación comparada respecto a la gestación por sustitución.

El Derecho comparado respecto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, como hemos notado que comúnmente llaman a la práctica, tiende a regular de diversas formas la práctica en comento, aún con esto, no

---

<sup>71</sup> PUENTE DE LA MORA, Ximena, "Aspectos jurídicos relacionados con la reproducción asistida humana y la experimentación de embriones en México" *Iustitia*, pp. 223- 244. [http://www.tae.edu.mx/equipo7\\_clonacion/reproduccion\\_asist\\_y\\_uso\\_de\\_embriones.pdf](http://www.tae.edu.mx/equipo7_clonacion/reproduccion_asist_y_uso_de_embriones.pdf) (viernes 22 de abril de 2011, 21:41)

se puede decir que hay gran diversidad de legislaciones y menos diferentes, es decir, suele existir cierta homogeneidad en el trato de la gestación por sustitución.

La clasificación de estas leyes o formas de regular la práctica ha sido clasificada en tres grupos, dentro del primero se encuentran los países permisivos en “extremo” por así expresarlo, siendo aquellos en los que la gestación por sustitución se puede estipular que sea de manera gratuita u onerosa y lo anterior dependerá de los comitentes y la mujer sustituta, no de las leyes, en la tesitura de que los efectos de un embarazo no son nada sencillos y algunas mujeres pueden solicitar se les retribuya de alguna manera las molestias devenidas, además, también esta retribución podrá considerarse como una compensación por todo aquello que debido al embarazo ha dejado de recibir la mujer gestante, como por ejemplo, un salario. También se comenta que en estos países la práctica se encuentra rodeada de escasos elementos de control o intervención por parte del Estado.

En el segundo grupo se hallan países que suelen permitir la práctica pero con algunas limitaciones, se dice que es un punto intermedio, ya que está admitida, pero sólo se podrá realizar bajo circunstancias específicas que serán consideradas por una autoridad ya sea judicial o administrativa. Dentro de las circunstancias más llamativas se hallan la exigencia de la práctica de manera gratuita; que ésta se realice sólo en mujeres que no pueden tener hijos por imposibilidad médica, biológica o física, en lo cual estamos de acuerdo; que sólo se realice en parejas heterosexuales; que la mujer sustituta sea pariente de los padres comitentes; que algún miembro de la pareja comitente, por lo menos, aporte el material genético para la fecundación; que la mujer sustituta haya tenido hijos anteriores; entre otras.

Por último, se encuentra el tercer grupo, integrado por países en los que se prohíbe rotundamente gestación por sustitución, señalando que esta práctica es atentatoria contra el orden público, así mismo se ha establecido la nulidad y carencia de efectos en los contratos de gestación por sustitución. Otros integrantes del grupo serán los países donde se tiene información que la práctica existe, pero de regulación aún no se habla.

### 3.2.1 Países donde está regulada la gestación por sustitución de manera gratuita u onerosa.

- India.

En este país la gestación por sustitución no está contemplada de manera explícita, así es como en virtud de esta ausencia, la práctica ha sido declarada por una Sentencia de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 2008 (Baby Manji Yamada Vs Union of India & Anr.), la cual refiere que debido a la excelente estructura médica con la que cuenta India, así como la demanda internacional y la disposición de mujeres a ser portadoras a bajo precio, la usanza moderna de la practica en la India ha alcanzado proporciones ciertamente industriales. India, ahora, es el destino perfecto de las personas que desean obtener un hijo mediante la gestación por sustitución, que el trato sea barato y mediante trámites ágiles.

La sentencia tiene un interés por cuanto desestima la acción ejercitada por una organización no gubernamental en torno a la guarda de un niño nacido mediante gestación por sustitución. La acción se canalizaba a modo de una petición de *habeas corpus* contra la abuela paterna del niño, quien reclamaba la custodia a raíz de la disputa surgida entre los miembros de la pareja comitente –de origen japonés-, quienes se habían separado después de formulado su encargo. La organización demandante entendía

que en realidad ninguna norma regula en India la gestación por sustitución y que precisamente por eso, se vienen cometiendo un gran número de irregularidades. La Corte considera que no se había probado que el niño se encontrara en una situación de custodia ilegal y no detecta que hubiera ningún factor de interés público en la causa que legitimara la ONG intervenir a través de ese tipo de procedimiento. Asimismo, valoraba que ni la Comisión Nacional ni ninguna Comisión Estatal, creados por la Ley de protección de los Derechos del Niño 2005 y que serían, en su caso, los componentes para intervenir en el supuesto de que se hubiera producido una violación a los derechos del niño, habían recibido queja alguna o habían iniciado de oficio un expediente en torno a este asunto.<sup>72</sup>

Como comentario tenemos que India es uno de los países más permisivos en relación con la práctica en comento, además que está permitido que sea de modo comercial.

- Rusia.

La práctica de gestación por sustitución consiste en que una mujer llamada madre suplente, subrogada o de alquiler, se ofrece a gestar un embrión con material genético de otras personas, de modo que la gestante no tiene ningún vínculo genético con el niño.

El alquiler de vientre es totalmente legítimo en la Federación Rusa, la legislación respecto a la práctica se contempla en:

1. Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3),
2. Ley N<sup>o</sup>. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35) y

---

<sup>72</sup> SANCHEZ, Aristi Rafael, “La Gestación por Sustitución: Dilemas éticos y jurídicos”, HUMANITAS, Humanidades Médicas, Tema del mes on-line, No, 49, Abril 2010. Barcelona, España.

3. Ley Federal Nº. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5).

Dentro de los requisitos que las leyes rusas establecen son la existencia de ciertas indicaciones médicas, como ausencia del útero; adhesiones en el útero que carecen de tratamiento; enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación; reiterados intentos fallidos de FIV cuando, pese a haberse obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo. Además, el estado civil de quienes recurran a la gestación por sustitución no tendrá mayor trascendencia, es decir, las personas que no están casadas, podrán acudir a ésta; tampoco importará la nacionalidad de las personas que intervengan en dicha práctica, en virtud de que los extranjeros tienen derecho a tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida igual que los rusos.

Las mujeres sustitutas sólo deberán tener entre 29 y 35 años de edad; tener al menos un hijo propio sano, así como gozar de excelente salud psicosomática.

El consentimiento por los participantes en la gestación por sustitución deberá de haberse otorgado de manera voluntaria y por escrito e informado para la adhesión al programa establecido en el país y además, concertar un contrato de prestación de servicios médicos y la recomendación en este país es que también se formalice un convenio especial con la mujer sustituta en el que se establezcan todas y cada una de las condiciones y desarrollo del programa, tipo de relación entre las partes, los derechos y obligaciones. En Rusia se permite que la práctica sea a título oneroso, en el convenio se podrá estipular el importe de la compensación económica a pagarse así como las sanciones en caso incumplimiento.

Tras el nacimiento del niño, la madre sustituta debe dar su autorización para que los comitentes sean inscritos por el Registro Civil como padres del nacido. Esta autorización se otorga en el centro de maternidad antes del alta de la madre de alquiler y se certifica con la firma del encargado y el sello del centro sanitario. Acto seguido, el Registro Civil del lugar de nacimiento del niño o del lugar de residencia de sus padres procederá a la inscripción del nacido y expedirá el certificado de nacimiento del bebé en el cual los promotores constarán como sus padres, sin mención alguna a la madre de alquiler. El procedimiento de inscripción registral tarda un solo día. Una vez que los promotores sean inscritos como padres en el Libro de Nacimientos, la madre suplente perderá sus derechos maternos sobre el nacido.<sup>73</sup>

- Ucrania

Se considera a este país como uno de los más acreditados en materia de gestación subrogada, es una práctica absolutamente legal, regulada en:

1. Código de Familia, artículos 123.2, 123.3, 123.4
2. Orden No. 771 del Ministerio de Sanidad.

En el Código Familiar se establece la filiación del niño nacido mediante aplicación de las técnicas de fecundación artificial y consigna explícitamente que los padres de todo niño nacido de una “madre de alquiler” son el matrimonio que aportó a tal efecto sus gametos y recurrió a los servicios de la madre sustituta, es decir, se le da preeminencia por tanto al hecho genético y no al obstétrico; de igual manera permite la posibilidad de que un matrimonio utilice material genético donado y explicita que en tal caso el embrión será considerado como generado por la pareja comitente. Por otro

---

<sup>73</sup>“Gestación Subrogada”, Clínica de Reproducción VitaNova. <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/> 08 de junio de 2011. 18:58 hrs.

lado, también establece que los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la aplicación de técnicas de reproducción asistida gozan en su plenitud de la patria potestad con respecto a los niños que hayan nacido a raíz del empleo de estas técnicas.

Las indicaciones que debe cumplir la mujer comitente serán de imposibilidad física o médica para desarrollar un embarazo por sí misma. Y los requisitos para la mujer gestante es que tenga entre 20 y 35 años de edad, que goce de buena salud física y mental y un hijo propio sano con anterioridad.

Una vez nacido se lleva a cabo el procedimiento de regular la formalización de las Actas de Estado Civil con respecto al recién nacido. El que haya venido al mundo de una madre subrogada no tiene ninguna importancia a tales efectos. Antes aun del nacimiento del niño, la madre subrogada firma un documento preparado por el abogado por el que da su consentimiento para que se proceda a la inscripción de los cónyuges que le encargaron la gestación como padres del niño, documento que se certifica notarialmente y que constituye una garantía complementaria para los comitentes como para la mujer sustituta.<sup>74</sup>

- Estados Unidos.

En este país como regla general no hay normas que regulen la gestación por sustitución; la permisibilidad o prohibición de la práctica deriva de la interpretación hecha por los tribunales a partir de la normatividad existente en materia de filiación y técnicas de reproducción asistida. Además, toda regulación respecto al tema va a variar de un Estado a otro, debido a la misma diversidad del país, pero siempre regulada en virtud de su

---

<sup>74</sup> Maternidad Subrogada en Ucrania, [http://www.surrogacy-ukraine.com/faq\\_es.php](http://www.surrogacy-ukraine.com/faq_es.php) 09 junio de 2011, 19:34 hrs.

fundamento jurídico esencial del Derecho a la Privacidad que tienen todos y cada uno de los ciudadanos norteamericanos. Este derecho, conforme a la Carta Magna Norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a excepción de que éste, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

Dentro de los Estados que permiten la gestación por sustitución, la variabilidad consiste en la aceptación o no de ambos tipos de maternidad subrogada (tradicional y *stricto sensu*); también variará la posibilidad o no de una compensación económica, diferenciándola de los costos que representa la práctica como lo son los gastos médicos; otra variante será que se permita o no que las personas que acudan a la práctica tengan que ser pareja, puedan ser solteras e incluso si se permite a parejas homosexuales; y por último dentro de las variantes más impactantes es la de permitirse o no la gestación por sustitución por imposibilidad física o médica o que se acepte acudir a mujeres que la única inconveniencia que tengan sea la de no querer los efectos de un embarazo, por simple comodidad.

En Florencia, la legislación admite la maternidad subrogada gestacional como la tradicional, pero sólo a favor de las parejas heterosexuales, casadas y mayores de 18 años.

En Texas, se exige que el contrato haya sido homologado judicialmente.

En California, no hay una regulación exacta, pero los Tribunales interpretan la *Union Parantage Act*, en el sentido de dar validez a los contratos de gestación por sustitución, en particular cuando la pareja comitente haya contribuido con el material genético para concebir al niño, lo

importante para la Corte será la intención de la pareja comitente de concebir a la criatura, con independencia del hecho obstétrico.

En Massachusetts, hay regulación diferente para cuando se trate de una maternidad subrogada tradicional o una gestación por sustitución, la Corte menciona que siempre que los comitentes hayan sido los que aportaron el material genético van a constar formalmente como padres en el certificado de nacimiento del niño. Pero también hacen mención expresa de que no deberá contemplarse retribución económica a favor de la mujer gestante y que el consentimiento de esta debe estar firme hasta cuatro días después de dar a luz. La misma mención expresa que la Corte establece que cuando se tenga que declarar válido un contrato o nulo los factores que ayudaran a decidir serán la madurez de la gestante, la idoneidad de los comitentes para ser padres y el asesoramiento legal que recibieron tanto los comitentes como la mujer gestante.

En Illinois, se permite que sea el convenio entre las partes el que decida sobre la filiación del niño, pero siempre que se certifique que ni la mujer gestante como su pareja, en su caso, tienen información genética con el niño, que los comitentes certifiquen que ellos fueron quienes aportaron el material genético para la concepción y la certificación expresa del médico tratante de todo lo anterior teniéndolo como verdadero.

New Jersey, tendrá como válidos los contratos siempre que en dicha práctica no medie compensación económica y que la mujer gestante no esté sometida a un consentimiento anterior al nacimiento del niño, es decir, la mujer tendrá tres días para poder arrepentirse.

Y como contraste de los Estados comentados, se encuentran Indiana, Louisiana o New York, en donde cualquier contrato referente a la materia se entenderá como contrario al orden público. Y en otros Estados de realizarse

la práctica se impondrá multa por violación a las normas que prohíben celebrar contratos de gestación por sustitución, dentro de estos últimos están Michigan o el Distrito de Columbia.

### 3.2.2 Países donde está regulada la práctica de gestación por sustitución de modo solamente altruista.

- Reino Unido.

La legislación en este país establece que sólo podrán ser comitentes en la práctica de gestación por sustitución una pareja casada y heterosexual.

La legislación que prevé las exigencias de la práctica, se encuentran establecida en:

1. *Human Fertilization and Embryology Act de 1990.*
2. *Surrogacy Agreements Act,*

Dentro de los requisitos se establecen que la mujer gestante deberá ser inseminada artificialmente o mediante una transferencia de embrión; que el material genético haya sido aportado por los dos o al menos por un comitente; además es necesario que los comitentes preparen una solicitud dentro de los primeros seis meses del embarazo y de esta forma la mujer gestante y su pareja, en su caso, deberán consentir para que el Juez pueda decidir sobre la orden solicitada. El consentimiento de la mujer gestante no podrá ser antes de seis semanas después del parto. Una vez que se haga la solicitud, el menor deberá vivir en la casa de la pareja comitente, siempre que estén radicados en Reino Unido. Y para concluir el tribunal deberá cerciorarse que la mujer gestante no ha recibido ninguna retribución económica o alguna clase de beneficio patrimonial, que esto será independiente del reembolso de los gastos del embarazo.

También es necesario mencionar la prohibición de que alguna persona, a excepción de la pareja comitente o la mujer portadora, realice por sí misma o induzca a otro a realizar con la finalidad lucrativa alguno de los siguientes comportamientos: iniciar o tomar parte de negociaciones dirigidas a realizar un acuerdo de subrogación, ofrecer o aceptar negociar uno de estos acuerdos o recopilar información con vistas a utilizarla en la negociación de uno de estos acuerdos. Además, también se prohíbe la publicidad relativa a la existencia de personas que pudieran estar interesadas en una gestación por sustitución, independientemente que sea una pareja comitente o una mujer portadora.

- Israel.

En 1996 se hizo legal la práctica de gestación por sustitución en Israel, pero con un control extremo por parte del Estado. La Ley que regula los contratos es:

1. Embryo Carrying Agreements Law, 1996.

Dentro de sus especificaciones menciona que el acuerdo sólo podrá plantearse entre ciudadanos israelíes de la misma religión, así como la autorización debida del Comité nombrado por el Gobierno. La mujer gestante deberá ser soltera, viuda o divorciada y solo será entre parejas infértiles que sean heterosexuales. Contemplando siempre la gratuidad del asunto.

- Brasil.

En Brasil la práctica de gestación por sustitución se encuentra contemplada en una resolución sin naturaleza Jurídica:

1. Resolución No. 1358/92 del Consejo Federal de Medicina.

La mencionada contiene un catálogo de normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción asistida y en la misma se hace referencia a

la práctica como gestación de sustitución o donación temporal de úteros; misma resolución establece que las clínicas sólo podrán utilizar las técnicas cuando exista una imposibilidad para la madre comitente de llevar a término un embarazo. Además, se establece la exigencia de que aquella mujer que sea la gestante deberá ser familiar de la mujer comitente con parentesco de hasta segundo grado y en caso de que no haya parientes dispuestas a la realización de la práctica, el Consejo Regional de Medicina deberá autorizar que otra persona sea la mujer gestante. Al mismo tiempo, se establece que no podrá tener la práctica un fin comercial o lucrativo.

- Australia.

La forma de regular la maternidad subrogada en Australia es similar a la forma de Estados Unidos, es decir, va a diferir dependiendo del Estado que trate. Dentro de las Leyes que contienen las normas para la práctica están:

1. *Surrogacy Act* de Western Australia,
2. *Assisted Reproductive Treatment Act* de Victoria,
3. *Assisted Reproductive technology Act* de Nueva Gales del Sur.

La primera de las mencionadas otorgará al contrato de gestación por sustitución cierta eficacia, permitiendo con esto que un Juez pueda transferir la filiación que tiene la mujer gestante a la mujer comitente, sólo en determinadas circunstancias, que tengan base en la presunción de que el mejor interés para el niño será con la pareja comitente. Además, esta Ley no permite la onerosidad en estos contratos y prohíbe toda práctica de publicidad o comercialización, pero si permite que la mujer gestante pueda ser reembolsada de aquellos gastos producto de la gestación, asimismo, hay que hacer mención, que de no haberse homologado el contrato por alguna autoridad administrativa, éste no tendrá ningún valor para que el Juez pueda resolver la filiación a favor de la pareja comitente, la importancia que tiene la

autoridad administrativa es que se cerciorara sobre la edad y salud física y mental de la mujer gestante, que el consentimiento haya sido voluntario de todos los participantes y así como el asesoramiento previo médico y legal de todas las consecuencias del mismo contrato.

La segunda Ley, es similar al tratamiento anterior, deberá ser homologado ante una autoridad administrativa y sólo en casos que la mujer comitente presente imposibilidad de gestar o dar a luz, cuando existan riesgos para su vida o la del feto. En esta regulación el embrión no deberá contener información genética de la mujer gestante, ésta mujer deberá tener más de 25 años y haber tenido por lo menos un hijo propio y además que esté vivo. No podrá existir una compensación económica, pero como en la anterior Ley, el reembolso de los gastos por la gestación deberá de hacerse.

En la tercera Ley, se prohíbe de manera tajante contrato alguno, independientemente que sea oneroso o gratuito, con el apercibimiento de que en caso que sea comercial podrá existir una multa e incluso prisión para todas las personas que participen, incluso para los que se encargaron de la publicidad o contacto entre los comitentes y la gestante. Los contratos gratuitos serán declarados nulos de pleno derecho.

- Canadá.

La Ley que regula el acuerdo de gestación por sustitución es:

1. *Assisted Human Reproduction Act* de 2004.

La Ley permite la práctica bajo las limitaciones de que no exista un pago de compensación económica hacia la mujer gestante, de igual manera prohíbe la publicidad y la intermediación para la realización de la maternidad subrogada. La edad mínima de la mujer gestante será de 21 años y se ordena la abstención de que alguna persona induzca a ésta a realizarla, sabiendo que la mujer no alcanza la edad necesaria solicitada. La validez de

los acuerdos de gestación por sustitución está a salvo. Esta Ley también establece la posibilidad de prever, siempre que se autorice, se pueda establecer un tipo de compensación, estableciéndola como los gastos incurridos a consecuencia de la gestación, mismos que podrán incluir las rentas de trabajo que la mujer gestante haya dejado de percibir como consecuencia de estar embarazada, siempre que sea justificable que de haber seguido trabajando hubiese la mujer corrido peligro.

La provincia de Quebec, ha dispuesto la nulidad de pleno derecho de los contratos que estén relacionados con la práctica de la gestación por sustitución.

### 3.2.3 Países donde está prohibida o no está regulada la gestación por sustitución.

- Francia.

En Francia cualquier acuerdo que tenga por objeto que una mujer geste un producto de otra, será nulo.

Al acuerdo de gestación por sustitución se le tiene como aquel en que una mujer se compromete a título oneroso o gratuito, a portar un niño durante el embarazo y una vez que nazca será abandonado a la suerte de las manos de otras personas y hacer esto sería contravenir los principios de orden público relativos a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas.

La Ley que se encarga de la prohibición es:

1. Código Civil, artículo 16-7.

- España.

En España tienen al contrato de gestación por sustitución como la renuncia expresa de la filiación materna a favor de la pareja contratante, por esta razón, cualquier acuerdo que tenga objeto al anterior estará prohibido. La ley que se encarga de prohibirlo, es:

1. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La ley establece que de hacerse un acuerdo éste se tendrá por nulo de pleno derecho y las obligaciones que se hayan establecido ahí no tendrán efecto alguno y menos serán coercibles. En la legislación vigente se determina que la filiación será determinada por el parto y no habrá diferencia en que la mujer gestante haya o no aportado material genético o que la comitente lo haya hecho; tampoco importará si el acuerdo resultó oneroso o gratuito. La nulidad de ese contrato en España, derivará del objeto mismo, por declararlo ilícito, al ser el cuerpo humano un objeto fuera del comercio, o de la ilicitud de su causa, la cual sería, el prestar un servicio contrario a la moral o a las buenas costumbres.

Dentro de las sanciones que impone la Ley, están las sanciones penales necesarias para aquellas personas que participen en el acuerdo de gestación por sustitución, o las agencias o intermediarios que propicien o anuncien, así también los médicos que la realicen, aún y cuando el acuerdo no haya sido por escrito.

- Alemania.

En Alemania, como en algunos países que ya se estudiaron, también se sanciona con multa o con prisión la práctica de la gestación por sustitución, pero a diferencia de los otros países, aquí sólo se sancionará a aquellos profesionistas que realicen la técnica.

Además, el Congreso Médico Alemán, se preocupa por los riesgos que pueda correr el niño y la misma práctica, ya que suponen, promocionaría la comercialización de embriones y al final de niños propios.

La Ley que regula lo anterior es:

1. Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/90

- Holanda.

Cualquier tipo de contrato que se realice con la finalidad de gestar un hijo que no es propio y entregarlo se tendrá como nulo, en virtud de calificar dicho acto como contrario a la moral y a las buenas costumbres.

## Capítulo IV

### 4 El negocio jurídico y la gestación por sustitución.

#### 4.1 El negocio jurídico.

En Francia y el resto de Europa, con excepción de Alemania e Inglaterra, la más marcada influencia para la creación de los Códigos Civiles respectivos fue la Teoría Francesa, misma que es la Teoría del Acto Jurídico. Ya con el debido prestigio adquirido, América Latina también toma de base el Código Napoleico para la creación de sus códigos, en México esta Teoría se encuentra en el apartado de las obligaciones en el Código Civil.

En Alemania surge el rechazo a la Teoría del Acto Jurídico, deciden crear un Código Civil propio, Savigny, junto con otros juristas, haciéndose llamar “los pandectistas<sup>75</sup>”, toman de base el Corpus Iuris del código justiniano, creando así el Código Civil Alemán. En éste la base es la Teoría del Negocio Jurídico, misma que en unos años es perfeccionada y adoptada por los italianos. Esta teoría siempre había sido usada en Alemania e Italia, recientemente aparece como objeto de estudio en México, quienes emprenden su estudio son Rafael Rojina Villegas y José de Jesús López Monroy, mismos que aceptan la Teoría con algunas incompatibilidades.

De acuerdo a la teoría francesa, el hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico son especies del hecho jurídico en sentido amplio, pero de acuerdo a la teoría alemana el acto también tendrá dos especies, siendo estas, el acto jurídico en estricto sentido y el negocio jurídico; mismo que del cual y basándonos en la doctrina alemana e italiana se desprenderá el negocio jurídico familiar, tema de la presente tesis: “La gestación por sustitución como negocio jurídico familiar”.

---

<sup>75</sup> Los pandectistas defienden el positivismo de la ciencia jurídica. El ordenamiento jurídico es un sistema de principios y reglas cerrado y completo. Por ello las lagunas no pueden existir en el sistema de conceptos y de dogmas, ya que el jurista dispone de medios para encontrar las soluciones a los casos no contemplados en la norma, con un procedimiento lógico formal.

El negocio jurídico consiste en la manifestación de la voluntad a la que el ordenamiento jurídico, en las condiciones y límites que él establece, reconoce la certeza de producir efectos jurídicos conforme a los resultados prácticos pretendidos por el sujeto. Por consiguiente, los requisitos para la existencia de un negocio jurídico serán: la voluntad de celebrarlo, querer interno de conseguir un fin, manifestación de la voluntad, concordancia entre la voluntad declarada y la interna y el fin que se pretende alcanzar.

Para Giuseppe Stolfi el negocio jurídico es la manifestación de la voluntad de una o más partes con el objeto de producir un efecto jurídico.<sup>76</sup> Vittorio Scialoja lo considera una declaración privada de voluntad con la intención de producir efectos jurídicos.<sup>77</sup> El negocio jurídico para Salvador Pugliatti será un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos.<sup>78</sup>

Las leyes establecen declaraciones de la voluntad, como causa de los efectos negociales, pero reconocen, al mismo tiempo que la voluntad produce, a diferencia de los otros hechos jurídicos, una influencia determinante sobre los efectos. La declaración de la voluntad es concebida como una norma o fuente de derecho.<sup>79</sup>

La causa indica el punto de encuentro de la voluntad con el ordenamiento, es la manifestación de voluntad la que permite al hecho la aparición en el mundo del derecho.<sup>80</sup> Se dice que el derecho objetivo

---

<sup>76</sup> STOLFI, Giuseppe, "Teoria del negozio giuridico", Padua Cedam, 1947, p.1 en Lastra Lastra, José Manuel, "Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo", Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México.

<sup>77</sup> SCIALOJA, Vittorio, "Negozzi giuridici", 5ª reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950, p. 29 en Lastra Lastra, José Manuel, "Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo", Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México.

<sup>78</sup> PUGLIATTI, Salvador, "Introducción al estudio del derecho civil", México, Porrúa, 1943, p 249.

<sup>79</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato, "Contributo allá teoria del negozio giuridico, Nápoles, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1950, p.42.

<sup>80</sup> Giorgiani Michele, "La causa del negozio giuridico", Milan, Giuffre Edotore, 1974, p.21. en Lastra Lastra, José Manuel, "Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo", Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México

concede a la voluntad de los hombres un amplio poder para constituir y regular las relaciones jurídicas; la exteriorización por medio de una manifestación o declaración de voluntad, es lo que constituye la esencia del negocio jurídico, de tal manera que algunos lo definen como un acto de autorregulación, pero sólo cuando la voluntad es exteriorizada, en donde no bastará la existencia de la voluntad interior, en el negocio jurídico se atenderá a lo declarado y no a lo querido; por lo anterior y en base a la autonomía de la voluntad, la creación de negocios nuevos, no regulados en la Ley, ésta los permitirá, respetando así las normas ya existentes para el negocio genérico.

En los negocios jurídicos va a importar el contenido y la finalidad de la voluntad, en dichos negocios se exigirá que la voluntad reúna los requisitos que el derecho establece para la realización de tal conducta, se exige también que los fines propuestos por las partes, es decir, la dirección de la voluntad, se encamine a la producción de los efectos jurídicos que el ordenamiento atribuye al negocio que se celebra. Las voluntades deberán ser emitidas por personas capaces para celebrar un negocio, la voluntad de las partes ha de estar exenta de vicios y la intención de ellas se propone con la realización del acto. La característica principal del negocio jurídico que va a servir de distinción con los demás actos, será que el negocio en una manifestación de la autonomía de la voluntad, es decir, será la consecuencia de la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce a la voluntad de los particulares para regular su propia conducta dentro de un campo limitado en el mismo ordenamiento, que le permite celebrar o dejar de hacer los negocios jurídicos que a cada persona convenga de acuerdo con sus intereses.

El Código Civil para el Distrito Federal, no conoce del término negocio jurídico, menciona solamente al “acto jurídico”, sin embargo los autores mexicanos aceptan la distinción entre actos jurídicos y negocios jurídicos, que es ya de por sí, difícil desde el punto de vista de nuestro derecho

positivo y tratan de fijarla tomando como base no la legislación propia, sino la doctrina extranjera.

Los negocios jurídicos tienen diversas clasificaciones, aquí una de ellas, misma que nos servirá para aclarar y precisar el por qué se ha seleccionado el término de “negocio jurídico de carácter familiar”:

- a. Negocios jurídicos de derecho patrimonial, mismos que regulan las relaciones económicas patrimoniales. Siempre serán derechos y obligaciones pecuniarios.
- b. Negocios jurídicos de Derecho de Familia y relativos a la personalidad, los cuales se encargaran de regular lo civil y la condición de las personas. Será la regulación con el grupo familiar o con el individuo como parte de ese grupo. Y en este apartado de negocios, encontraremos el propuesto como la gestación por sustitución.

Para la presente tesis se ha elegido la figura del negocio jurídico toda vez que en el ámbito jurisdiccional el mismo representa la solución a un problema práctico paralelo a aquel que se resuelve con la figura del derecho subjetivo privado. Al servicio de la libertad y de la autonomía privada está el derecho, pero también el negocio jurídico, cada uno con finalidades diferentes, el derecho subjetivo cumple una finalidad estática de conservación y tutela; al contrario, el negocio jurídico tiene una finalidad dinámica de iniciativa y renovación. El derecho subjetivo resolverá en el ordenamiento jurídico el problema de proteger los intereses privados sin diferenciarlos ni sufrir alteraciones de cómo se encuentran constituidos en el ordenamiento económico social que tutela; al contrario el negocio jurídico solucionará el modo de desplegarse y actuar a la iniciativa individual, modificando la posición de aquellos intereses según las directrices que los particulares juzguen más convenientes.

Entonces la investigación de aquel que tenga la obligación de interpretar dicho negocio, consistirá en establecer la naturaleza jurídica

efectiva del negocio, ya que de este se derivará la aplicabilidad de unas normas en lugar de otras.

#### 4.1.1 Naturaleza.

La palabra negocio deriva de las palabras latinas *nec* y *otium*, es decir, lo que no es ocio. Su significado jurídico será el “acto de una o más voluntades que pretende algún efecto jurídico reconocido por la ley”.<sup>81</sup> Son vocablos sinónimos pacto, convenio, trato, acuerdo.

El término *negotium*, por su parte, frecuentemente en plural (*negotia*), significa el conjunto de asuntos patrimoniales que interesa a alguien, indistintamente referidos a actuaciones jurídicas o puramente materiales.<sup>82</sup>

El negocio jurídico nace limitado al campo del derecho privado y se entiende como tal, un acto jurídico que consiste en una declaración de la voluntad que se manifiesta libremente, dirigida a realizar efectos jurídicos; pero la voluntad adquirirá el rango de potestad y puede crear normas específicas tan obligatorias para las partes, como las creadas por el legislador. De ahí que la teoría otorga al particular una competencia que llama dispositiva, frente a la competencia del legislador y del juez, a la que denomina normativa. El particular tiene un espacio permitido por la Ley para autoregularse, para disponer de sí mismo y crear sus propias normas obligatorias, como un reflejo, una parte, en ángulo de la potestad de la autoridad.<sup>83</sup>

El acto jurídico en estricto sentido, de acuerdo con la teoría alemana, será opuesto al negocio jurídico, es decir, será todo acontecimiento voluntario al que el ordenamiento legal ya ha regulado y con la simple

---

<sup>81</sup> Diccionario de la Lengua Española, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001, t. II.

<sup>82</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Derecho Europeo] XXVI, Valparaíso, Chile, 2004, pág. 189.

<sup>83</sup> DE LA HUERTA VALDES, Raúl, “El Negocio Jurídico Procesal”, Letras Jurídicas, Vol. 7, Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad, México, Ver. 2010. P. 5.

realización la Ley le atribuirá los efectos para la conducta establecidos. No podrá intervenir la voluntad en la realización del acto, una vez realizado las partes no podrán agregar modalidades, términos, renunciaciones, etc.

Caso contrario sucede con el negocio jurídico, la autonomía de la voluntad será la manifestación suprema de este, es la actividad y potestad de autorregulación de intereses propios, desarrollada por el titular de los intereses. Es así, como la autonomía de la voluntad, en el negocio jurídico juega el papel de poder ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que las reconoce o puede también ser reconocida como fuente y presupuesto generador de relaciones jurídicas ya disciplinadas por las normas de orden jurídico.

La autonomía de la voluntad ha tenido y tiene una mayor o menor preponderancia según el sistema jurídico de que se trate, en último término según el papel que desempeñe el individuo en el estado político correspondiente: si se trata de un régimen individualista, la autonomía de la voluntad tendrá su máxima expresión, pero si se trata de un régimen político jurídico, en el que el individuo ya no es considerado en sí, sino como miembro de grupo social, la facultad liberal del individuo estará supeditada al interés del grupo, entonces la autonomía de la voluntad se encontrará restringida.<sup>84</sup>

Se dice que la autoridad estatal es consciente de las conductas de los particulares, quizá extrañas, pero realizadas siempre con el fin de satisfacer sus necesidades, por lo mismo de la extrañes, el Estado se abstiene de crear estas nuevas figuras de derecho así que concede a los particulares la facultad de crear actos que aún no están regulados en la Ley, un ejemplo de esto serían los contratos innominados. Lo anterior se deriva de lo establecido en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, “Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por

---

<sup>84</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alberto, “Derecho civil, parte general: Personas, Cosas. Negocio jurídico e invalidez”, Porrúa, México, 2004, p. 507.

las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Así pues, la autorregulación del particular, misma que confiere el Estado, reconociendo la voluntad privada, va a originar la creación y la aceptación de los negocios jurídicos, ya que aquellos que lo realizan quieren la producción y el nacimiento de las consecuencias jurídicas.

El negocio jurídico se sitúa en la autonomía privada, en la que las relaciones jurídicas se conformaran en la medida en que los particulares tengan voluntad, se dice que esta voluntad tendrá la potestad de crear un ordenamiento jurídico, esto se traduce en que la voluntad del individuo de manera libre creará obligaciones la cual será el fundamento y justificación de la fuerza obligatoria como un contrato.

Dentro de las diferencias más notables en las dos teorías antes mencionadas, tenemos que la teoría francesa abarca la noción de hecho jurídico en sentido amplio, todo el universo del derecho, la teoría alemana sólo da una categoría al campo de lo potestativo del particular, siendo más concreta; la teoría francesa es privatista, la alemana aunque nace del campo privado, penetra al derecho público; la francesa es simétrica, esto es que produce por pares, la alemana es unitaria; por último el acto debe contener requisitos diferentes de existencia y de validez, su falta producirá inexistencia y nulidad, en cambio, el negocio jurídico tendrá requisitos esenciales los cuales formaran el negocio y en su ausencia se producirá invalidez, éstos por si solos sumaran los requisitos de existencia y validez del acto jurídico francés; también están los elementos del negocio jurídico, estos formaran el contenido del negocio, y en su falta no necesariamente formara la invalidez.

#### 4.1.2 Requisitos esenciales del negocio jurídico.

Los requisitos esenciales del negocio jurídico (*essentialia negotii*) son aquellos que determinan el surgimiento del negocio, la falta de uno de estos elementos determinará la invalidez del mismo. Estos elementos son la forma, el contenido y la causa.

a. Forma, es la manifestación de la voluntad y para que esta pueda producir efectos jurídicos debe ser expresada y comprobable, la voluntad negociable del sujeto debe exteriorizarse. No basta quererlo, para obtener el efecto jurídico, la voluntad debe mostrarse, y esta manifestación puede ser expresa o tácita, es decir, no necesariamente debe derivar de la expresión sino que puede nacerse de un comportamiento contundente.

El acto interno del querer una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior: así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de la voluntad; un momento interior al que debe seguir una exteriorización. Este momento exterior es el sello objetivo por el que la voluntad puede ser tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, el momento exterior se considera como base y apoyo del externo.<sup>85</sup>

Se entiende como manifestación de la voluntad expresa, aquella que se expresa en un lenguaje como la palabra, escritura o signos convencionales. El modo más simple de comunicar nuestro pensamiento.

El comportamiento contundente, es la voluntad de expresarse mediante un comportamiento, éste será suficientemente operativo en el conjunto social y jurídico para establecer la regulación y ordenación de intereses. El comportamiento debe vincular a su autor con su intención afectiva cuando éste esté en plena conformidad, si no hubiere las expectativas que genera la declaración, respecto de los demás sujetos, el comportamiento simple y puro podría desligarse de los vínculos mencionados. Hay que agregar que esta es

---

<sup>85</sup> PUGLIATTI, Salvador, "Introducción al estudio del derecho civil", México, Porrúa, 1943, p 243.

una forma suficiente en el contexto social para tener los efectos pretendidos, siempre que sea una actitud ostensible y relevante.

En realidad la manifestación de la voluntad no será otra cosa que la posibilidad objetiva de reconocimiento de una actitud, dentro del ambiente social en el que se ha producido.<sup>86</sup> La manifestación siempre deberá tener adecuación e idoneidad para el sujeto y en general; en los negocios declarativos una expresión apropiada en el lenguaje convencional para que el interés sea claro y salve las ambigüedades, explícito, completo y concreto, para que sea valorable jurídicamente.

Las maneras de exteriorizar la voluntad son varias:

1. Por naturaleza del medio empleado. Esto es actos, gestos o actitudes del sujeto que podrían ser movimientos de cabeza o incluso el silencio;
2. Por medio de la palabra hablada o escrita,
3. Por Ley, siendo estas las declaraciones de la voluntad formales, emitidas sólo por el modo predeterminado por la Ley; declaraciones no formales, en las que la Ley deja la libertad de las partes para emitir las.

Además la manifestación de la voluntad puede ser por medio de otra persona distinta de aquella en cuyo provecho o cargo se producirán los efectos jurídicos del negocio, en este supuesto se encuentran:

1. Expresión de la voluntad por medio de otros, es decir, el sujeto de un negocio jurídico encarga a otra persona que haga saber su voluntad.
  2. Representación, en esta, una persona, llamada representante, realizara el negocio por otra que es el representado.
- b. Contenido, serán las reglas negociales. El contenido de la declaración o comportamiento será el elemento esencial que configura el negocio, es

---

<sup>86</sup>BETTI E., "Teoría generale del negozio giuridico" (BETTI E., Teoría generale del negozio giuridico (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ, con un estudio preliminar sobre el negocio jurídico como categoría problemática, a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada 2000).

decir, sólo adquirirá esta categoría cuando tal declaración consiga transmitir un contenido ordenado relacionado con la materia dispuesta en la autonomía privada. Será la regulación de intereses propios, al que se le reconocerá valor vinculante socialmente, y en su momento se elevará como precepto jurídico. Menciona Betti lo siguiente: no es ya que la voluntad privada por sí sola, por virtud propia, sea causa inmediata del efecto jurídico, ya que sin un orden jurídico que establezca el nexo funcional tal efecto no es siquiera reconocible.<sup>87</sup> La manifestación de la voluntad tendrá una recepción por parte del ordenamiento jurídico. Este acuerdo impuesto por las partes deberá ser valorado por el Derecho, la autonomía privada será como su autor, inmediatamente operante de los efectos jurídicos que corresponden a su auténtica función económico social.

Acerca de la determinación y delimitación del contenido de un acto jurídico, podría decirse con el autor, que saldrá de la iniciativa individual y entrará a la competencia de la conciencia social así como del orden jurídico, y esto será con independencia de aquella oportunidad previa de manifestar su voluntad, esto es, la tipificación a la que en su momento se deberá acomodar la manifestación de los particulares en relación con sus intereses. Aquellos aspectos en su momento modificaran la voluntad para hacerla efectivamente jurídica, entonces deberán de concurrir la intervención de los sujetos de la relación con su autonomía privada preceptiva, vinculante, preparada para el futuro, identificada y expresada con claridad constitutiva, conformadora de una típica reglamentación de intereses privados-; y por otra parte, enmarcada en la susceptibilidad de recepción en adecuados términos de Derecho, que se hace propia, y se proyecta en un juicio de valor vinculante en sentido probablemente más técnico, es decir en un sentido, en principio, más propiamente jurídico; el llamado a dar vida al supuesto de hecho, dentro de su órbita. En consecuencia, dos esferas aparentemente diferenciadas, pero entrelazadas, en la que la primera representa el puesto

---

<sup>87</sup> Ibidem.

que debería tener mayor relevancia como punto de partida –autonomía preceptiva privada-; la otra, como nexo funcional y presupuesto necesario para continuar dando vida al negocio, en plena concordancia objetivizadora. Probablemente ambas deberían estar, en una posición semejante.<sup>88</sup>

c. La Causa, entendida como la función económico- social del negocio de carácter individual. Será el motivo, el móvil necesario y suficiente para que la voluntad se forme y se manifieste, agregando que la causa debe ser lícita, ya que la ilicitud afecta la validez del negocio.

Será la serie de representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de la voluntad, por lo que determinaran la acción humana, es decir, será el motivo determinante. El Derecho sólo considerará aquel motivo más próximo, el que sirve objetiva y jurídicamente, a justificar el acto. En los negocios jurídicos la causa será la acción determinante de la voluntad, y en los negocios patrimoniales, el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial; ya serán entonces, las causas impulsivas individuales o subjetivas; sin la cual la voluntad no sería capaz de producir el efecto que pretende. No hay que confundir los motivos individuales con la causa, ya que estos son representaciones psíquicas y variables y son los mismos que ligan a los hombres entre sí.

Todo negocio se dirige a un fin económico-jurídico, constituyendo su razón de ser. El fin objetivo en los negocios de adquisición, no será la atribución patrimonial en sí misma, sino lo será la función que objetivamente realiza el negocio, una función económico-social y de ahí el derecho reconoce la voluntad; con esto tenemos, que la simple voluntad para el Derecho no bastará, debe de existir una condición objetiva o de hecho reconocida por el derecho.

---

<sup>88</sup> ALBURQUERQUE, Juan Miguel, “Notas e interrogantes sobre el negocio jurídico y sus elementos esenciales (essentialia negotii)”. Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, 9: 967-1012. ISSN: 1138-039X, Pág. 967 – 1006.

Hay dos tipos de negocios, causales o materiales y formales o abstractos. Los primeros tendrán una relación íntima y fija, en los cuales la voluntad revela sin más la causa, es decir, la voluntad no puede sin la existencia de la causa determinada y en éstos no se producirá ningún efecto si la causa falta o es ilícita. Un ejemplo de estos sería una compraventa, en la que se revela por sí sólo el intercambio de dos prestaciones. En los negocios formales o abstractos, la relación falta y se presentan como independientes de la causa, ya que la causa ni se expresa ni se lleva incorporada y parece que la voluntad por sí sola es suficiente para producir el efecto deseado. En estos negocios la voluntad se debe manifestar en formas determinadas o solemnes, para que así produzca el efecto jurídico, entonces se dice que la causa se sustituye por la forma o que la forma se identifica con la causa, pero esto sólo es de manera secundaria, ya que la causa en este tipo de negocios también es necesaria y distinta como elemento esencial de la forma. En el derecho romano son apreciables algunos ejemplos, lo son la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *in iure cessio*<sup>89</sup>, ya que con sólo ser pronunciadas, eran perfectas. Ahora, en nuestro Derecho, algunos ejemplos de estos negocios serían los títulos al portador o el contrato de cambio, en el primer ejemplo, la letra de cambio ofrecerá al poseedor un título de ejecución rápido, en el que no habrá indagaciones sobre la existencia de la causa, esto es porque su naturaleza de promesa abstracta se presta a los fines prácticos más variados.

Como diferencia entre los dos tipos de negocios, encontramos que los negocios causales no producirán efecto cuando se haya probado la

---

<sup>89</sup> \* *Stipulatio*. Pertenecía a la categoría de los contratos verbales o “*verbis contrahitur obligatio*”. Eran contratos estrictamente formales y abstractos, ya que cumplidas las solemnidades requeridas, que debían cumplirse inexorable y estrictamente, no podía en su interpretación por parte del juez en caso de conflicto, indagarse lo querido por las partes, sino que debía atenerse a lo estrictamente convenido.

\* *Mancipatio*. Es una forma antigua de transmitir la propiedad en la [Roma](#) arcaica y clásica. Se utilizaba para transmitir la propiedad de las cosas mancipables.

\* *In iure Cessio*. Era un simulado proceso de reivindicación en el cual tanto el adquirente como el enajenante se presentaba ante el juez.

inexistencia o ilicitud de la causa, serán nulos por defecto o vicio de un elemento esencial; los negocios abstractos producirán todos los efectos, incluso cuando la causa falte o sea ilícita, pero para esto se tendrán soluciones particulares de restituciones que destruirán aquel desequilibrio causado.

Si bien, aunque la causa es la función económico-social del negocio y en ella está implicada –por virtud de la extensa autonomía privada y su función preceptiva-, la aparente pluralidad y multiplicidad de contenido y tipificación legitimante, hay que decir, que en el fondo, tanta libertad y elasticidad no existe en realidad, teniendo en cuenta que siempre estará sometida o sujeta a unos mínimos para que concurren aspectos esenciales en la misma: adecuación al ambiente social moderno, admisión por la conciencia social, en consonancia con exigencias prácticas completamente legítimas, merecedoras de protección jurídica, destacado interés social, intereses que puedan acoplarse a tipos generales –incluso típicos- duradero, clasificable, la existencia de una especie de legitimación concluyente y antecedente a la derivación propia del negocio, lo que no implica que la configuración por tipos se realice mediante calificaciones técnico-legislativas; puede producirse también “mediante remisión a las que son concepciones dominantes en la conciencia social de la época (conciencia social, económica o ética). Es a lo que se llama “tipicidad social”.<sup>90</sup>

#### 4.1.3 Elementos del negocio jurídico.

Como ya se ha notado, la doctrina encargada de estudiar al negocio jurídico distingue tres tipos de elementos, los primeros llamados también requisitos,

---

<sup>90</sup> ALBURQUERQUE, Juan Miguel, “Notas e interrogantes sobre el negocio jurídico y sus elementos esenciales (essentialia negotii)”. Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, 9: 967-1012. ISSN: 1138-039X, Pág. 967 – 1006.

que son los esenciales, anteriormente estudiados; ahora toca turno de mencionar a los elementos naturales y accidentales.

Los **naturales** serán aquellos que el ordenamiento jurídico determina que están ligados al negocio, esto es fácil de comprender, ya que pasa lo mismo en los contratos, un ejemplo claro sería en el caso de la compraventa, la transmisión de la propiedad generalmente está acompañada por la garantía de vicios ocultos o por evicción de la cosa. Estas garantías de por sí ya se incluyen en la compraventa, pero la voluntad de las partes las pueden excluir, sin que el negocio esté afectado de validez, ya que la autonomía de la voluntad permite asentar o expulsar del negocio algún elemento natural.

En estos elementos la voluntad de las partes no será necesaria para que se tengan como dispuesto, pero sí lo será para el caso en que los elementos naturales se quieran modificar o excluir.

Los elementos **accidentales**, serán aquellos que se agregaran libremente al negocio por la voluntad de las partes sin que se afecte la validez o naturaleza del mismo. Los elementos típicos accidentales son el término, condición y modo pero podrán ser tantos como lo permita la imaginación de las partes.

Estos elementos también se llaman autolimitaciones de los efectos del negocio jurídico o determinaciones accesorias de la voluntad, porque refiriéndose a la voluntad pura que sería suficiente a producir los efectos comunes, se agregan a la determinación fundamental y modifican la normal eficiencia del negocio.<sup>91</sup>

- a. Condición. Será todo acontecimiento futuro e incierto del cual dependerá la eficacia o resolución del negocio, también será la circunstancia que se agrega a la declaración limitando la existencia del negocio inicial o sucesivamente. La voluntad va a condicionar al negocio a una hipótesis en la que sólo el negocio es querido y no en

---

<sup>91</sup> RUGGIERO, Roberto de. "Instituciones de Derecho Civil, T.I: Introducción General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión". Ed. Reus, Madrid, 1929. P. 288.

las demás, esta hipótesis será aquel hecho objetivamente incierto, la cual determinará la producción, cesación o anulación de los efectos jurídicos.

Hay diferentes tipos de estas condiciones, entre estas encontramos:

1. **Suspensivas.** Son aquellas en las que la producción de los efectos del negocio se hace depender del cumplimiento de la condición.

**Resolutorias.** Son aquellas en las que el cumplimiento de la condición se hace depender el cese de los efectos del negocio.

2. **Causales.** Se dan cuando la realización de la condición no depende de la voluntad del sujeto sino del azar.

**Potestativas.** Cuando dependen de la voluntad de una de las partes.

**Mixtas.** La realización depende en parte de la voluntad de una de las partes y en parte del azar.

3. **Positivos.** Los sujetos hacen depender los efectos del negocio de un hecho positivo.

**Negativos.** Lo mismo pero de un hecho negativo.

- b. **Término.** Es el momento en que el negocio jurídico debe comenzar a producir o cesar sus efectos. No será igual que la condición, éste, sólo va a fijar la duración de sus efectos haciéndolos comenzar desde un cierto día o durar hasta un cierto día. Hay dos tipos de término, el inicial y el final; el primero señalará la iniciación de sus efectos y el segundo la cesación de estos. Los requisitos del término es que siempre deberá ser futuro y cierto. El término puede ser, suspensivo o inicial o resolutorio o final, según se trate de que el negocio comience a desplegar sus efectos o cese de producirlos a partir de un momento determinado. La virtualidad del término es aplazar los efectos del negocio. De ahí que cualquier relación jurídica exista ya desde su constitución, aunque el día cierto no ha llegado aún.

- c. **Modo,** es una cláusula del negocio jurídico por la que se impone al destinatario de un acto la liberalidad de una conducta determinada.

Es una carga que el gratificado con una liberalidad sufre por voluntad de quien le gratificó y puede consistir en la aplicación de todas partes de la ventaja patrimonial a un cierto fin, como el efectuar una acción u omisión del disponente. Su esencia consiste en que el disponente persigue con él un fin que se añade al fin principal del título gratuito y actúa como móvil ulterior del ánimo liberal sin destruirlo y aún mismo tiempo sin condicionarlo a la realización del fin accesorio.<sup>92</sup> El incumplimiento del modo, se podrá reprimir con la revocación.

Con lo anterior, tenemos que los elementos naturales y accidentales en el negocio jurídico, serán aquellos equivalentes a las cláusulas naturales y accidentales de los contratos o en general de los convenios, pero nunca equivaldrán a los requisitos de validez o de eficacia del acto jurídico en el derecho positivo mexicano, ya que los requisitos de validez se contienen en los requisitos esenciales del negocio jurídico.

#### 4.2 Negocio jurídico familiar.

El negocio jurídico como modalidad negocial, ya sea en forma lícita o ilícita, está presente en relaciones de tipo familiar y las sucesorias.

La presencia de este tipo de negocios se puede apreciar en las relaciones pertenecidas a las instituciones de derecho de familia y del derecho sucesorio, y aún siendo estos negocios jurídicos, se encuentra que tienen una fuerte presencia del orden público, como lo son en su momento el régimen patrimonial del matrimonio o la protección de las relaciones de familia.

---

<sup>92</sup> RUGGIERO, Roberto de. "Instituciones de Derecho Civil, T.I: Introducción General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión". Ed. Reus, Madrid, 1929. P. 304.

Un negocio jurídico familiar será “aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar.”<sup>93</sup>

En algunas instituciones de derecho extranjero, como lo es el italiano o el español, se puede observar la aparición de los negocios en las uniones de hecho o convivencia de pareja, donde a falta de reglas que prevean las actividades de los sujetos, estos acuden a la realización de negocios que se vislumbran como un medio para el logro de otros fines, en algunos casos podrá ser la protección o resguardo de los bienes adquiridos en conjunto por los integrantes de la pareja.

Entonces tenemos que el negocio jurídico familiar se va a suponer como precepto normativo a través del cual se realizan los intereses humanos, ya sean de contenido patrimonial o extramatrimonial, la finalidad jurídica y la finalidad empírica confluyen en un acto jurídico concreto, el que cumplirá su ciclo vital dentro de la regulación prevista. Es más, la tipicidad del negocio en la idea de que quien lo celebra tiene en la mira la obtención del fin objetivo típico del respectivo negocio y a este endereza el fin que, subjetivamente lo pueda impulsar.<sup>94</sup>

Así es como cualquier negocio jurídico familiar que aún no se encuadra a las instituciones jurídicas ya establecidas, se deberá a la necesidad de encontrar nuevas soluciones que se adapten a la diversidad de circunstancias aparecidas en el mundo, de aquellos actos que no ha sido posible tener en cuenta en la normatividad tradicional, ya que se requiere de la constitución y aceptación de relaciones jurídicas de derecho de familia distintas que se adapten a acontecimientos actuales.

La doctrina italiana expresa que son estos negocios las exigencias de la realidad jurídica en cada momento los que impulsan al hombre a buscar

---

<sup>93</sup> DIEZ PICAZO, I., “El negocio jurídico de derecho de familia”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*. 1962, T.212, p. 780.

<sup>94</sup> GIAVARINO, Magdalena, “El negocio jurídico indirecto: dogmática versus pragmatismo”. *Revista Jurídica de la Universidad de Lomas de Zamora*, No. 30 20 años, 1986-2006, p.63.

dentro de los viejos institutos jurídicos la satisfacción de las nuevas necesidades.<sup>95</sup>

#### 4.3 Gestación por sustitución. Naturaleza jurídica.

El presente trabajo y como su título lo señala, tiene por objetivo plantear la admisión de la figura jurídica de gestación por sustitución, nombre que ha quedado aclarado en capítulos anteriores, esta figura trazada como un negocio jurídico familiar, la figura de gestación por sustitución como negocio jurídico familiar.

La gestación por sustitución como negocio jurídico de derecho de familia se ha de conformar por las distintas voluntades de los participantes, la misma manifestación de la voluntad fundamentará el carácter negocial de dicha actividad y de la misma se producirán los efectos jurídicos del negocio que las voluntades hayan establecido y modelado.

La propuesta de que tenga naturaleza jurídica negocial no deberá ser obstáculo para que participe una autoridad estatal de manera obligatoria, tal y como se propone en este trabajo, es decir, la participación del Juez de lo Familiar, destinando su actividad a prestar la utilidad requerida por los particulares al imponerse el interés social y general. Lo anterior, ya que no se consiente el carácter administrativo a tal figura en virtud de la relación de la causa que tiene este negocio, que es la relación de filiación, con sus debidas consecuencias naturales, se pretende que se tenga como un instrumento de integración familiar, razón suficiente para que se rechace la participación de un Notario Público.

La participación de una autoridad pública en este negocio jurídico, tal y como ocurre en la adopción o el matrimonio, no corresponde en sí a la esencia de lo que es un negocio jurídico, pero es un requisito esencial. Estos

---

<sup>95</sup> ASCARELLI, "Il negozio indiretto e le società commerciali", en los Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante, citado por Borreto Mauricio "asociación bajo forma de sociedad", Revista de derecho privado y comunitario, 2004-3, p.49.

actos, incluyendo el negocio jurídico de gestación por sustitución propuesto en el presente, serán actos fundamentalmente privados y por razones técnicas y políticas, es decir, el poder de dotarle certidumbre, publicidad y claridad, se solicitará la participación de una autoridad pública; por lo que no será una simple manifestación de la voluntad libre dirigida al cuidado de un interés individual, sino será un acto de poder familiar.

Se pretende se considere como un negocio jurídico de carácter formal, como cualquier negocio jurídico de derecho de familia, que tenga por finalidad el emplazamiento al estado de familia y la regulación de facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, será un título y fundamento de relación jurídica y además establecerá las reglas de conducta familiares.

Así es como se propone que el negocio jurídico de gestación por sustitución sea un instrumento de integración familiar.

Se puede considerar la gestación por sustitución como una figura concebida para dar respuesta a diversas situaciones, es decir, una multiplicidad de fines, aunque todos concretados a un fin último que es el emplazamiento al estado de familia de un niño, que tendrá contenido jurídico de carácter personal, mediante la inserción del niño en la familia de manera definitiva e irrevocable, de plena integración familiar.

Las características del negocio jurídico ahora propuesto, serán:

- a. Resulta ser una figura alternativa a la adopción,
- b. A pesar de que la característica esencial del negocio es que sea voluntario, su aceptación de dicho negocio como figura jurídica será siempre con la intención de proteger al niño nacido de tal técnica de reproducción asistida, ya que en su momento, el nacimiento de un niño no se puede anular.
- c. Será de carácter formal.
- d. En virtud de la autonomía de las partes podrá ser remunerado o gratuito.

#### 4.3.1 El negocio jurídico de gestación por sustitución.

Se entiende que la gestación por sustitución podrá considerarse como un negocio jurídico bilateral, al mismo que se le pueden atribuir las siguientes características: tendrá una causa típica, mejor considerada como motivo, el cual será la conveniencia de que un niño nacido por voluntad de los comitentes como de la mujer gestante, se integre a un núcleo familiar, el cual tuvo el deseo y participación de tener un hijo, para hacerlo miembro de la familia en cuestión. Será irrevocable una vez concebido el niño, solemne y no permitirá representación. Por lo que se podrá considerar como un negocio familiar un tanto complejo. También se podrá entender como el acto de autoridad judicial mediante el cual se crea una relación de filiación, entre los comitentes y el niño nacido de la técnica de reproducción asistida.

Para la realización de cualquier negocio jurídico familiar, y en especial de éste, se deberá tener en cuenta:

- La libertad inicial de los sujetos participantes.
- Una igualdad entre las los sujetos participantes.
- La fuerza vinculante del negocio como regla objetiva del comportamiento.

De no existir alguno de estos elementos, se teme que no se pueda llegar al negocio jurídico deseado, la libertad de las partes se relaciona en cuanto que ellos ofrecen y aceptan libremente o no los aspectos contenidos en el negocio; la igualdad de las partes se supone que tanto la mujer gestante, que es lo que más preocupa en esta situación, tendrá libertad de decidir si quiere o no gestar a un hijo ajeno, en donde su voluntad será independiente de la situación económico-social a la que este enraizada, situación que corresponderá al Juez estudiar y decidir; y la aceptación y manifestación de la voluntad de las partes será suficiente para tener fuerza vinculante, en caso de aceptarse la realización de dicho negocio.

Los requisitos esenciales de la gestación por sustitución como negocio jurídico familiar, serán, en el caso propuesto, los siguientes:

a. Forma, será la manifestación de la voluntad, en otras palabras el mismo consentimiento; mismo que no se podrá admitir en abstracto o en términos generales, sino que será expresado por personas concretas perfectamente individualizadas, esto es en principio la mujer sustituida o mujer comitente, misma que será la madre del recién nacido, y la mujer gestante; pero también deberán asentar dicho negocio el marido o pareja de la primer mujer mencionada, mismo que será de gran trascendencia, ya que el hijo de la mujer comitente pasará a ser su hijo también, con los derechos y obligaciones planteados en el Código Civil, tal y como si se tratara de un hijo concebido y nacido de manera natural o en su caso, como si este hubiere sido adoptado; también deberá consentir, en caso de existir, la pareja o esposo de la mujer gestante, ya que este podría tener los derechos naturales que se desprenden de una paternidad.

La manifestación de la voluntad será imprescindible para que ocurra el negocio.

Tocante a lo anterior, tenemos que la única forma de establecer el consentimiento en el mencionado negocio será mediante la comparecencia ante el del Juez de lo Familiar, significa que no podrá usarse ninguna clase de apoderamiento o representación, ya que como dicen algunos doctrinarios, se trata de incumbencia estrictamente personal.

b. Contenido, serán las regulaciones en que en el negocio harán efectos sus intereses, en orden a la función social más que económica de la gestación por sustitución.

Entonces el contenido estará formado por las cosas o servicios que son materia, respectivamente, que son las obligaciones de dar o hacer, será entonces ya, la obligación que nace del acto negocial, es decir, el ejercicio de las facultades de patria potestad, guarda y custodia del menor nacido, mediante la gestación por sustitución por la familia comitente. Siendo este contenido el más importante, teniéndolo casi como un objeto directo, ya que dentro del indirecto se contemplan los aspectos de la regulación como

práctica médica, teniendo ésta nunca como un contrato de arrendamiento de útero, préstamo de vientre, etc; además se establecerán las reglas del acto de que una mujer geste para otra a un niño, así como la retribución económica. Lo anterior, basado en el interés de establecer las reglas de la práctica, y también aquellas necesarias para asegurar el emplazamiento al estado familiar del menor.

c. Causa, claramente la podemos entender como la constitución de una relación de filiación, con todo lo que ello soporta.

Será la causa un elemento constitutivo de la institución, en razón de que busca realizar una actividad controlada.

En la gestación por sustitución, la causa, ya sea objetiva o subjetiva, será la protección del menor una vez nacido, por lo que a este respecto resulta indiferente, que dicho negocio sea a no remunerado.

La causa en este negocio se tendrá como un fenómeno social antes de transformarse en un hecho jurídico, se tendrá como causa una vez establecida la trascendencia jurídica. Será la función económico social, que solicite el reconocimiento y trascendencia que justifique la relación jurídica, de todo aquello que se pueda encuadrar en el negocio, siempre que sean precisas, idóneas y disciplinadas. Cumpliendo estos requisitos, el ordenamiento jurídico no podrá negar su admisión.

#### 4.3.2 La retribución en el negocio jurídico de gestación por sustitución.

La gestación por sustitución con carácter de negocio oneroso será aquella en la que se establezca para la mujer gestante una remuneración como “pago” por los efectos del embarazo que ha padecido.

Es cierto que la institución jurídica de gestación por sustitución pretendida en este trabajo, tiene un carácter marcadamente civil y con contenido jurídico estrictamente personal, razón por la cual la ley deberá dotar de contenido jurídico de carácter esencialmente personal a la relación

que se crea entre el niño concebido y nacido y la mujer comitente, es decir, la madre legal. También encontramos que la institución posee la sustantividad necesaria para ser digna de aceptarse y de incluirse en la normatividad legal, como consecuencia de lo anterior, se logrará unificar prácticas divergentes.

Una vez quedando claro el contenido personal de la gestación por sustitución, no deberá llevarnos a pensar y negar la posibilidad de establecer una gratificación para la mujer que ha gestado, en virtud de que esto no atentará con la esencia de un negocio jurídico familiar.

La retribución propuesta en la práctica de gestación por sustitución por la mayoría de los estudiosos, resulta rechazada, puesto que alegan que los derechos personalísimos y desprendidos de la persona no pueden ser cosificados y en esa tesitura no podrán tener un precio. Además que resulta ajeno un pago a cualquier institución de carácter familiar.

Se propone que no sea rechazada la retribución en caso de pactarse, teniendo en cuenta que esta institución no sólo va encaminada a la concepción y nacimiento de niños para aquellas personas que les es imposible procrear de manera natural, sino también va encaminada a la integración familiar.

De no aceptarse la retribución en la gestación por sustitución el Estado dejaría de cumplir con el deber de protección y reconocimiento del derecho a la familia; y la figura propuesta dejaría de tener eficacia en el mundo real, ya que la práctica estaría supeditada a la existencia de mujeres caritativas con un nivel medio-alto que se ofrezcan a gestar en su útero a un niño ajeno.

Es lógico pensar en una retribución, en virtud de que la labor de gestación y parto es altamente delicada, se propone que esta retribución sea no sólo en base a la ayuda-subsención contemplada para la mujer en relación a gastos como médicos, alimentos, ropa, etc, es decir, aquellos gastos constatables ocasionados por el embarazo y el parto, sino que la

retribución debe ser una suerte de compensación por las molestias e incomodidades ocasionadas por los efectos del embarazo, que sin duda son múltiples y nada insignificantes.

La consideración de la retribución no deberá estar pensada en contraposición con el carácter de ser un negocio familiar, además el establecimiento de la retribución se tendría como forma flexible de formular dicho incentivo de manera tal que no se convierta la practica en una negocio suficientemente lucrativo y una solución para las mujeres en una situación económica desventajosa.

#### 4.4 Teorías para determinar la maternidad en la gestación por sustitución.

Como ya se ha comentado en el capítulo anterior, en Estados Unidos, la regulación de la gestación por sustitución es muy diversa, podemos encontrar desde Estados que son más allá de permisivos o aquellos que son altamente conservadores pero de cualquier forma la regulación de esta práctica es amplísima, basándose en la jurisprudencia. La misma jurisprudencia es producto de los casos que se han tenido que presentar ante los Tribunales, además para esto los juristas han desarrollado cuatro Teorías que ayudaran a determinar la maternidad en la práctica de gestación por sustitución, dependiendo el caso.

##### 4.4.1 Teoría de la intención.

La teoría de la intención (intent-based theory), tiene su base en los Tribunales de California, mismos que consideran que el intento previo a la concepción de la madre sustituta sea el factor legal que determine la maternidad. Es decir, los Tribunales se centran en el intento previo a la

concepción de las partes involucradas. Y con esto tienen que el contrato es legalmente obligatorio.

La capacidad de las dos partes involucradas para realizar un contrato formal o no, se permite en todos los Estados, sin embargo, hay divisiones en cuanto al reconocimiento o no de la validez legal de la gestación por sustitución. Un ejemplo claro de esto, es en el Estado de Michigan, a las partes se les permite participar en un contrato de subrogación, pero al querer hacerlo legal, los términos relacionados con la subrogación serán inaplicables, ya que se tienen como contrarios al orden público. Con esto, se tiene que si existe una disputa en un acuerdo de subrogación materna, se tendrá a la madre como “madre legal”, con independencia del contrato legal reconocido entre las partes ya que a la celebración del contrato, la madre ya tiene la idea preconcebida de la intención de criar al niño encargado y la mujer gestante la idea de entregarlo. En estos casos la corte deberá determinar la maternidad basándose en los meritos de su papel como la iniciadora del acuerdo.

Cuando una Corte o un Estado adopta la teoría sobre la intención la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura. Esta es conocida como la madre comitente (commissioning mother). Esta teoría fue desarrollada por el Estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert*<sup>96</sup> de 1993.

Este ejemplo fue el primer caso en donde la Corte encontró el problema, la madre debería ser la que alumbró o aquella que proveyó el material genético. Las dos mujeres involucradas solicitaron a la Corte la declaración de la maternidad. El problema surgió cuando en el Código del Estado se establece que la maternidad será determinada tanto por el parto o por pruebas genéticas, en este caso las dos mujeres tenían relación con el

---

<sup>96</sup> 851 P.2d 776 (1993). Supreme Court of California, In Bank. Anna JOHNSON, Plaintiff and Appellant, v. Mark CALVERT et al., Defendants and Respondents, <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>, miércoles 29 de junio de 2011, 22:31 hrs.

niño, es decir, muy bien las dos podrían haber sido declaradas como madres del niño, por este hecho la Corte encontró un nuevo método para decidir sobre la maternidad. La Corte tuvo que hacer una determinación en la intención de las partes al celebrar el contrato de subrogación, con independencia de que éste fuera válido o no, así determinó que la madre legal sería aquella que tuvo la intención, el propósito de procrear y de criar la criatura. Toda la Teoría se basa en que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido concebida

#### 4.4.2 Teoría de la contribución genética.

La teoría de contribución genética (*genetic contribution theory*), se basa en la opinión de la contribución genética que la mujer tiene con el niño, para algunos tribunales es el factor más determinante la prueba genética, con esto determinan los derechos maternales. En algunos casos la Corte determina la maternidad bajo el supuesto de que “los padres genéticos pueden guiar al niño a través de la experiencia en los puntos fuertes y debilidades de un ancestro común en sus rasgos genéticos”. También sostuvo, en estos casos, de que la única manera de que alguien que no comparta información genética con el niño pueda ser su padre, lo será si aquellos renuncian a sus derechos.

Como argumento adicional a estos, se dice que la prueba genética promueve la igualdad de género en el campo de la subrogación gestacional, en donde se coloca igual valor a las responsabilidades del hombre y la mujer.

Contrario a lo anterior, hay Tribunales que dictaminan que el enlace de la esencia genética, por sí sólo, no merece la protección de los derechos constitucionales, es decir, si no se prueba que se ha correspondido como padre, no va a servir de mucho la genética.

En esta tesitura, tenemos que esta teoría basa la determinación de la maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura.

Los problemas en esta teoría surgirán cuando ni la comitente, ni la gestante han aportado el óvulo, es decir, éste fue puesto por una tercera mujer, de aplicarse literalmente esta teoría, la mujer que ha donado el óvulo tendría derechos a reclamar la maternidad, independiente de que la donación haya sido anónima o no. De tal manera, los juristas concluyen en que la teoría de la contribución genética tiene que limitarse a disputas entre la mujer que ha gestado y la comitente, que deberá ser quien aporte el óvulo.

#### 4.4.3 Teoría de la preferencia de la madre gestante.

La teoría de preferencia de la madre gestante (*gestational mother preferente theory*), ésta favorecerá a la madre biológica, determinando con esto los derechos maternales. Se basa en la conexión física y emocional de la mujer que ha gestado con el niño durante el desarrollo del embarazo, esta teoría no tomará en cuenta aquellos otros factores que puedan contribuir a la determinación de la maternidad legal.

Anterior al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida la teoría de la preferencia de la madre gestante había sido la comúnmente aceptada y en muchas jurisdicciones todavía lo es. Según esta teoría la mujer que da a luz a la criatura es la reconocida como madre legal. Dicha teoría le da gran valor al lazo que se crea en los meses de embarazo entre la criatura y la mujer que lo gesta. Un valor, que según los que apoyan esta teoría, es superior a la aportación de componente genético.

#### 4.4.4 Teoría sobre el mejor interés del menor.

La teoría sobre el mejor interés de menor (*the best interest of the child theory*), como su nombre lo anuncia, está basada en el bienestar del niño, en

donde se tomará en cuenta la facultad de las personas involucradas para orientar al niño tanto en el ámbito físico como psicológico, y va a dejar atrás los temas de la gestación o la genética. Es decir, los factores que se tomaran en cuenta serán la educación, alimentos, incluso, la felicidad. La facultad de decisión será discrecional para el Tribunal, ya que se supone, éste buscará lograr la justicia para el menor.

Uno de los primeros casos vistos donde se discutió y aplicó esta teoría fue en el estado de New Jersey en 1988, *In the Matter of Baby M*. Este fue el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la maternidad subrogada.

En el caso de *Baby M*, William y Elizabeth Stern, optaron por entrar en un contrato de subrogación con la señora Whitehead. Este contrato estipulaba que la señora Whitehead sería inseminada artificialmente por el señor Stern (contrato de subrogación tradicional), que la señora Whitehead sería la madre subrogada de una criatura a gestar para la pareja Stern y que una vez nacida la criatura esta renunciaría a la custodia a favor de los esposos Stern.

La criatura nació el 27 de marzo de 1986. Aunque la señora Whitehead entregó a la niña a los esposos Stern, ésta estaba plagada por angustia y depresión razón por la cual los esposos Stern le permitieron permanecer con la niña unos días adicionales. Entonces la mujer decidió que no entregaría a la niña a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de subrogación. El señor Stern acudió al Tribunal el cual mediante orden judicial instruyó a la señora Whitehead entregar la niña al señor Stern, confiándole a este la custodia temporal.

Acto seguido a esto, la señora Whitehead huyó de las autoridades que intentaban velar por el cumplimiento de la orden. El Tribunal de Primera Instancia determinó que el contrato de maternidad subrogada era válido y como consecuencia de éste la custodia de la niña le pertenecía a los Stern

por lo que procedía la terminación de los derechos materno-filiales de la señora Whitehead. Esta apeló la decisión. En apelación el Tribunal determinó que aunque el contrato de subrogación era ineficaz e ilícito este no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante lo era el bienestar de la criatura. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración varios elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer un ambiente estable al menor, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern. Decidió que, aunque el matrimonio tendría custodia sobre la niña, la señora Whitehead mantendría la maternidad legal. Por lo tanto, no se dio por renunciada la relación filial. El litigio sobre la maternidad y la custodia de la menor fue muy doloroso para las partes involucradas. Éste tuvo una duración de más de un año.<sup>97</sup>

Tenemos que en las primeras tres teorías, la mujer, cada una, aportaba algún componente para ser madre, cada uno de ellos sirvió para determinar la maternidad legal, pero esta última teoría propone que los Tribunales cambien su enfoque a la protección del niño y aplicar un interés de la prueba de niños, que es “la mejor prueba de interés”, y con esto determinar los derechos maternos.

Se dice que lo que se busca en esta teoría es que los Tribunales consideren la conexión de cada mujer y la inversión en su papel potencial como madre y como la conexión puede afectar el bienestar del niño, sin renunciar a analizar los diferentes componentes de la maternidad. Así este mejor interés, podría proporcionar a los Tribunales un mejor arbitrio judicial que resulte ventajoso en la adjudicación de la maternidad, cada caso de gestación por sustitución deberá ser analizado con sus numerosos e individuales componentes, incluyendo a las partes y sus intereses.

---

<sup>97</sup> [In the matter of Baby M, a pseudonym for an actual person](http://bioetica.org/umsa/jurisprudencia/juris.htm) No. A-39 Supreme Court of New Jersey 109 N.J. 396; 537 A.2d 1227; February 3, 1988 *Surrogate childbearing contracts*. <http://bioetica.org/umsa/jurisprudencia/juris.htm>, sábado, 02 de julio de 2011, 20:19 hrs.

## Capítulo V

### 5 La gestación por sustitución como figura jurídica: aspectos a contemplar.

#### 5.1 Definición y estudio del negocio.

La gestación por sustitución será aquel negocio jurídico de carácter familiar por el que una mujer acepta gestar en su vientre por encargo de una pareja al producto fecundado con los gametos que hayan aportado al menos un miembro de la misma, sin que la mujer gestante haya hecho alguna aportación genética, adquiriendo la última el compromiso de que en caso de llevar a término el embarazo, entregará al recién nacido a la pareja comitente, y dicha pareja se obliga a aceptar al niño mediante la inserción del menor en su familia de manera definitiva e irrevocable y de plena integración familiar.

Desprendiéndose de tal acto las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, será un título y fundamento de relación jurídica y además establecerá las reglas de conducta familiares, con lo que se conseguirá el emplazamiento al estado de familia del menor; considerando que la entrega del niño no deberá razonarse como una renuncia a la filiación por la mujer gestante, en virtud de que ésta no tuvo los derechos de filiación, además de no tener relación genética ni jurídica alguna con el niño gestado. El mismo negocio podrá ser gratuito u oneroso.

-Partes:

a. Mujer gestante. Será aquella mujer que está de acuerdo en participar en una gestación por sustitución, es decir, es la mujer con capacidad de goce y ejercicio que aceptará gestar en su vientre al producto fecundado sin su contribución genética, hasta y en caso de llevar a término el embarazo, obligándose a entregar al niño inmediatamente después de su nacimiento.

b. Mujer comitente (madre). Será aquella mujer con capacidad de goce y ejercicio, con imposibilidad física o contraindicación médica permanente para llevar a cabo un embarazo y que encargará a otra la gestación del producto fecundado con su información genética y/o la de su pareja, quien se compromete con las reglas de maternidad emanadas de la legislación, velando por el interés superior del menor, obligándose a recibir al niño una vez nacido y adquiriendo todos los derechos y obligaciones que se desprenden de una maternidad biológica.

c. Hombre comitente (padre). Será aquella pareja de la mujer solicitante que consentirá de manera expresa la convención y aceptación de la paternidad del niño resultante de la gestación por sustitución, aportando o no la contribución genética, obligándose a adquirir los derechos y obligaciones emanados de una paternidad biológica.

d. Pareja de la mujer gestante. En caso de existir, será la pareja de la mujer gestante, quien consentirá en la gestación por sustitución, obligándose a renunciar a la filiación del hijo que gesta su pareja, es decir, no se le podrá reputar como su hijo por el hecho de que lo gesticione su esposa o concubina.

- Forma.

Será a través de una Jurisdicción Voluntaria ante el Juez de lo Familiar, las partes presentarán la solicitud adjuntando todos los requisitos expresados en la reglamentación de la institución necesarios para su estudio y aceptación por parte del Juez, mismo que concederá o negará la realización del negocio. La forma precisa para llevar a cabo la Jurisdicción Voluntaria propuesta en el presente trabajo quedará claramente descrita en otro punto dentro de este mismo capítulo.

- Objeto.

El emplazamiento al estado de familia del menor nacido a través de una gestación por sustitución y la regulación de facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares.

- Modos de extinción.

- Por el acuerdo entre las partes.
- Por el nacimiento del niño.
- Por el aborto voluntario o involuntario del producto de la gestación por sustitución.

- Clases.

a. Gestación por sustitución gratuita. En este negocio no mediará retribución económica alguna, es decir, la mujer gestante deberá realizar la gestación de manera altruista, en la que la pareja comitente sólo estará obligada a otorgar el pago o reembolso a la mujer sustituta de los gastos razonables (incluyendo los gastos médicos, profesionales u otros), relacionados con la práctica de la gestación por sustitución.

b. Gestación por sustitución onerosa. En esta clase de negocio la pareja comitente se obliga a otorgar una compensación económica a la mujer gestante, ésta deberá ser razonable y no pasar de los límites a los que estará sujeta en la normativa respectiva.

## 5.2 Razones de los padres para acudir a la gestación por sustitución.

Las razones que tienen las personas para acudir a una maternidad subrogada o a la gestación por sustitución son variadas aunque parezca que sólo son dos o tres, para hacer más ligera la mención de éstas se clasificaran en tres grupos, siendo las razones anatómico fisiológicas, las biológicas y las de conveniencia.

- Razones anatómicas o fisiológicas. En este grupo se consideran a aquellas mujeres que por razones anatómicas o fisiológicas están impedidas para llevar a cabo una gestación (enfermedad pélvica, ausencia de útero) o las que por su edad avanzada, su salud o su historial clínico (abortos de repetición, riesgo cierto de enfermedad para la madre o para el feto). Si es un caso de los mencionados, las mujeres podrían aún aportar su material genético junto con el de su pareja, y en este caso cabría lo que es gestación por sustitución *strictu sensu*, es decir, en lo único que habría que sustituir a esta mujer sería en la gestación.
- Imposibilidad biológica. En este grupo se encuentran las personas que tienen una imposibilidad biológica estructural o esencial para gestar, es decir, se hace referencia a los varones o a las parejas de varones, ya que es bien sabido que el matrimonio entre homosexuales, al menos en nuestra legislación, es aceptado y el querer realizarse como padres para éstos, no tendría que ser un derecho negado.
- Razones de conveniencia. En este grupo se encuentran razones de conveniencia y menos aceptables éticamente, ya que a éste pertenecen las mujeres a las que por cuestiones estéticas o profesionales no se permiten llevar a cabo un embarazo, ya que hay que considerar que hay gente que trabaja con su cuerpo y la

maternidad a través de esto podría transformar su fuente de ingresos. Estas mujeres buscan evitar las transformaciones y las incomodidades que aparecen ligadas a todo embarazo además de las consecuencias de toda gestación, las llamadas repercusiones postparto, al grupo de razones de conveniencia se debe considerar de manera muy diferente a los dos anteriores, ya que se trata de causas frívolas.

### 5.3 Razones de la mujer para gestar al producto.

En este supuesto pasa lo mismo que en las personas que acuden a una gestación por sustitución, sólo que aquí en términos generales se reducen las causas por las que una mujer acepta gestar a un niño el cual no será su hijo. Estas son las siguientes:

- Por solidaridad. Se dice que estas mujeres son aquellas que actúan por un espíritu altruista, es decir, su única intención es favorecer a otras personas en su necesidad de procrear. Generalmente esta situación aparece entre personas con lazos de parentesco o amistad. Además, cabe mencionar que estos supuestos tendrían relación con aquellas personas que acuden a una gestación por sustitución por razones fisiológicas o biológicas.
- Razones económicas. En este supuesto pertenecen aquellas mujeres que ven la gestación por sustitución como una actividad puramente lucrativa, son mujeres que están dispuestas a gestar a un niño que no será su hijo por una contraprestación económica, de tal manera que suponen la práctica como un servicio personal ofrecido en el mercado. Esta alternativa es justificable en virtud de la demanda generada por las personas que tienen imposibilidad biológica o por motivos de conveniencia.

Con los anteriores supuestos, hay que dejar claro que la razón dependerá de aspectos subjetivos de aquellas personas, y más aún de la mujer gestante, pudiendo encontrarse otros motivos o combinar los mencionados.

#### 5.4 Aspectos jurídicos.

Las cuestiones de orden jurídico son diversas, todas estas desprendidas de dos aspectos jurídicos en general, mismos que se han tomado mucho en cuenta para el estudio de la aceptación o no de la técnica reproductiva así como del contrato, convenio o negocio en este caso, para continuar analizando el pretendido negocio se estudiarán en primera parte la filiación del niño, asimilando para esto el tipo de filiación, el modo de determinar la filiación así como a las personas a las cuales quedará determinada la filiación. Como segundo aspecto a estudiar será el de la validez y eficacia del negocio jurídico propuesto.

##### 5.4.1 Filiación del niño nacido.

En cuanto a la filiación tenemos que sólo hay dos formas que son aceptadas en nuestro derecho, las que se mencionan de manera general, por lo que la creación o propuesta de una tercera forma de atribuir la filiación se traduciría en más conflictos jurídicos que por el momento no conviene sugerir.

Es así que la filiación en el negocio jurídico familiar de gestación por sustitución sólo podrá ser considerada por naturaleza o por adopción.

La filiación por naturaleza es apoyada en el principio básico de verdad biológica, misma que en un principio resultaría difícil ya que la mujer a la que se le atribuiría esta filiación no gestó ni dio a luz al niño, con independencia de la aportación del material biológico en su caso. Como solución a este problema se tiene que la validez y eficacia del negocio jurídico se deberán otorgar previamente a la concepción del niño, en donde deberá constar el

consentimiento expreso de manera libre por las partes, con esto se neutraliza las posibles presunciones legales de maternidad y paternidad y la filiación quedará establecida de acuerdo al negocio jurídico, es decir, se le dará preferencia al hecho genético y volitivo, en caso de ser parcial la aportación de los gametos necesarios para la concepción, más que al obstétrico. Y como ya se ha mencionado anteriormente, a pesar de que la filiación se supone indisponible por la simple voluntad de las partes, esto no es lo que estará negociándose, ya que anterior a la concepción quedó precisado el estado de familia del menor concebido a través de ésta técnica de reproducción asistida.

De tomar en cuenta una filiación por naturaleza, y en el caso de la gestación por sustitución, significará la introducción de una técnica de reproducción asistida regida por el supuesto inverso, esto es, la filiación atribuida en principio del material genético y no del hecho obstétrico, acercándose así más a una verdad biológica, de menos cuando la mujer comitente aporte el material genético. Pero si resultara el caso de que la madre no aportó el material genético, sino que fue el hombre, su pareja, la filiación deberá descansar en el hecho volitivo, en aquel consentimiento de la mujer comitente, en la voluntad de ser madre. Se asimila este caso con las demás técnicas de reproducción asistida, en donde resulta que el hombre no aportó la carga genética para la concepción en su esposa, aquí no habrá vínculo genético y menos obstétrico, tomándose en cuenta la voluntad y el consentimiento. Dándose con lo anterior y considerándose desde entonces una maternidad y paternidad social o de deseo, razón por lo que no cabría la no admisión de la filiación en el caso de una gestación por sustitución.

Es importante mencionar que la filiación obtenida a partir de la gestación por sustitución, deberá cumplir con requisitos tan exigentes como los que se desprenden de la filiación por adopción, mismos consistentes en una resolución judicial y certificado de idoneidad, por mencionar algunos.

#### 5.4.2 El negocio entre la mujer gestante y los padres comitentes: Validez y eficacia.

La validez y eficacia del negocio jurídico de gestación por sustitución como se presenta en este trabajo estará sujeta en primer lugar a la aceptación en la Ley, una vez aceptada será válida para las partes y frente a terceros, de lo cual se desprenderá la eficacia, misma que producirá los efectos jurídicos y sociales correspondientes al fin concreto que es el emplazamiento al estado de familia del niño gestado bajo la técnica de reproducción asistida necesaria.

##### 5.4.2.1 Validez.

En cuanto a la validez del negocio y en el supuesto en que la Ley lo admita, éste sólo será válido cuando los Tribunales, es decir, el Juez de lo Familiar, lo declare, haciéndolo a raíz de que se cumplan con los requisitos exigidos para tal negocio y siempre y cuando el Juez considere que se van a satisfacer en primer lugar los intereses del menor concebido a través de una gestación por sustitución. En cuanto a los efectos que se desprendan del mismo, se deberán contemplar los surgidos entre las partes y frente a terceros.

La admisión del negocio jurídico de gestación por sustitución, como ya se comentó, deberá sujetarse al estricto contenido de la Ley y ser homologado en virtud de una autorización judicial, situación necesaria para asegurar que los consentimientos en éste se hayan concedido de forma voluntaria, con el oportuno y completo asesoramiento jurídico y legal, así como el consejo médico, de tal manera que las partes estén arduamente informadas respecto de las implicaciones y consecuencias de la práctica.

Con el mencionado requisito, se permitirá el control a través de una instancia pública, mismo que vigilará que la mujer gestante y la pareja comitente reúnan las condiciones físicas y psicológicas para asumir la

situación que cada parte tendrá, es decir, el rol que cada quien se propone. Una vez que el control se lleve a cabo se homologará judicialmente y de esta manera no podrá haber obstáculo para la realización de todos los efectos inherentes al contenido del mencionado negocio, tanto en las partes como frente a terceros.

#### 5.4.2.2 Eficacia entre las partes.

En la posibilidad de aceptarse el llamado negocio, los efectos entre las partes se traducen en la facultad de obligarse a cumplir lo acordado, con esto la pareja puede exigir a la mujer gestante, en principio, que se someta a la técnica de reproducción asistida, posteriormente que desarrolle el embarazo con la debida diligencia posible y una vez finalizado, entregar al niño, de tal manera la mujer gestante podría exigir el pago de los gastos, siendo estos los médicos y cualquiera que se produzcan a causa del embarazo y en su caso la retribución acordada y aquella exigencia necesaria para hacer efectivo el negocio, que es el recibimiento del niño con todas las consecuencias naturales y jurídicas que se desprenden de la paternidad y maternidad.

Así mismo se hallan exigencias que podrían concurrir en caso de acontecimientos no previstos ni queridos en el negocio, como lo son el mismo incumplimiento de cualquiera de las partes o una indemnización a causa de daños y perjuicios.

Además, se incluyen los efectos que ocurriesen en el supuesto de no aceptarse el determinado negocio, y aún el de prohibirse el mismo con apercibimiento de sanción; el negocio familiar ya entonces vendría siendo el supuesto de hecho que la norma tomase en cuenta para imponer dicha sanción, que mas que un efecto sería una consecuencia de la celebración del referido.

#### 5.4.2.3 Eficacia frente a terceros.

En resumen y concretamente los efectos del negocio serán aquellas situaciones representativas ante la sociedad en una relación filial entre padre e hijo.

La familia ha de ser, ante todo, el punto de referencia del menor, por lo que deberá constituirse en un espacio que proteja y preserve a sus miembros más pequeños, propiciando un contexto familiar adecuado que proporcione estabilidad y tranquilidad, y que potencie redes de relación con otros miembros de la familia.

No debe tener mayor importancia referirnos a los efectos filiales cuando ya se han estudiado arduamente en capítulos anteriores. Es por esto que vale referirse a los efectos ante aquellas situaciones inmediatas derivadas de la celebración del negocio jurídico y de su validez otorgada por el Juez de lo Familiar, como lo son la legitimación para decidir sobre controles médicos, empleo de determinadas técnicas en el embarazo, terapias o aquellas intervenciones necesarias que puedan alterar el desarrollo del niño; los médicos entraran en conflicto con independencia de lo que diga el documento donde se precise el negocio, por la disyuntiva que ocasiona la toma de decisiones, ya que por un lado estarán las personas sobre quienes va a quedar determinada la filiación del niño, los mismos que se harán cargo de éste último y la mujer gestante por el otro, a quien le efectuarían aquellos controles médicos a través de su cuerpo, con lo anterior concluimos que los efectos son variados y a pesar de que en el negocio esté expresamente manifestado quién tendrá legitimidad para decidir sobre dichos aspectos, dudas relacionadas con esto surgirán mismas que progresaran en la medida de aceptación y practica de la gestación por sustitución.

#### 5.5 Aspectos éticos.

Socialmente la maternidad subrogada, término no reconocido en el presente trabajo, es rechazada, se considera moralmente inaceptable por ser

calificada como actividad utilitarista, perfilándola por un ánimo de lucro y aún más grave creyéndola como una manera de ocultar una verdadera compra de bebés o el propio tráfico comercial.

Los dilemas éticos resultado de una gestación por sustitución son múltiples y variados, serán en relación con la pareja comitente, con la mujer gestante, inclusive respecto al niño que será gestado a través de la reproducción asistida. El negocio jurídico familiar propuesto puede que minorice estos cuestionamientos, en virtud de que como se ha planteado, desde la creación del negocio se tendrá claro que nunca una madre renunciará a la filiación de su hijo, en virtud de que el niño gestado a través de una mujer sustituta, no será hijo de ésta última y por lo tanto nunca habrá tenido derechos filiales con el niño, y como nadie está obligado a lo imposible, una mujer que nunca ha tenido un hijo no podrá renunciar a la filiación de tal. De este modo los padres no van a comprar a un niño, sino que estos desean ser padres y carecen de la posibilidad de concebir, por lo que se ayudaran de una mujer sólo para el proceso de gestación, que si bien no es nada sencillo. El niño concebido así no será un objeto de contrato, ya que en este proyecto, no se propone un contrato, y menos que el objeto de éste sea el de gestar a un hijo para entregarlo a otras personas. Es decir, a pesar de ser premeditada la entrega de un niño a una mujer que no lo gestó, esto no significará una intención de compraventa, arrendamiento o cualquier título nefasto que se le quiera atribuir a la práctica.

#### 5.5.1 Padres o pareja comitente.

La cuestión ética principal en relación a las personas que serán reconocidas como padres, como lo mencionan varios autores de diversos ensayos y libros respecto a la gestación por sustitución, es referente a la opción de adopción, es decir, cuestionan el querer traer al mundo a otro niño habiendo muchos otros ya nacidos con susceptibilidad de ser adoptados; cuestionamiento

también válido a aquellas personas que hacen uso de cualquier otra técnica de reproducción asistida y generalmente a todos aquellos que se proponen una procreación a través de medios naturales.

El anterior cuestionamiento se podría alegar en razón de aquel derecho que tienen las personas de transmitir a sus descendientes su propia información genética, con independencia de que ello signifique el uso de cualquier técnica de reproducción asistida y en este contexto la gestación por sustitución vendría siendo una técnica más de reproducción asistida, por lo tanto no reprochable para aquellos que hagan uso de la misma.

Caso contrario, el mismo argumento no servirá para sostener la perspectiva de aquellas personas que se auxilian de gametos obtenidos de donantes. Además de que incluso en la gestación por sustitución puede haber casos de que el material genético no sea aportado por la pareja o por algún miembro de la misma, es así como en esta situación la mujer a la que se le atribuirá la maternidad no tendrá relación obstétrica ni menos genética con el niño que será su hijo, es por esto que la situación en comento tendría muy estrecha relación con el supuesto de adopción.

El inconveniente ético de esta situación ante la sociedad, es que se supone como una suerte de desamparo premeditado de un menor, desde el momento en que la mujer gestante adquiere el compromiso de entregarlo a la mujer que será su madre, razón contaría a la adopción, aquí la madre del menor, se supone, consiente la adopción una vez que ha nacido el niño y después de transcurrido un tiempo, dependiendo de la legislación de que se trate, dicho dilema ha quedado superado en párrafos anteriores.

También mencionan aquellos que están en contra de admitirse la práctica como una técnica más de reproducción asistida existiría el riesgo en potencia de postergar la adopción en escala de preferencia de aquellas personas que desean tener un hijo, mismas que por inconveniencias diversas no pueden concebir de manera natural; en razón de que resultaría ventajoso para la pareja un nacimiento de este modo, ya que tendrían al niño

desde el nacimiento que es la fase inicial y la certeza de que tiene su información genética o al menos el de un miembro de la pareja comitente.

De todo lo anterior se desprende nuestra propuesta de admitir un negocio jurídico de gestación por sustitución, previos requisitos exigidos por la Ley y previa revisión que deba hacer el Juez de lo Familiar, resolviendo de esta forma el rechazo de la adopción como manera alterna de poder tener un hijo.

#### 5.5.1.1 Adopción.

La gestación por sustitución, como anteriormente ya quedó trazado es comparada con la adopción, en razón de que comparte muchos elementos y como diferencia básica es el momento de la manifestación de la voluntad por parte de la mujer gestante, ya que se idea que la mujer manifiesta la intención de ceder todos los derechos sobre la criatura aún antes de la concepción y es concebido con éste propósito. En la adopción, esta manifestación sucede después del nacimiento del niño. Por lo enunciado es que es objeto de rechazo la gestación por sustitución, ya que se supone que la mujer que consiente la entrega del niño que ha gestado anterior a los nueve meses de gestación es un consentimiento no informado y por lo tanto no será válido.

La maternidad subrogada se tiene como si una “madre” concibiera al niño a petición de una pareja que otorga su material genético, comprometiéndose a entregar a su “hijo” después del parto a la mencionada pareja, dicho de este modo, sí se considera aberrante la práctica, pero como ya se ha expuesto, en el caso propuesto será una gestación por sustitución y la mujer gestante no se considerará madre en ningún momento y el niño menos se considerará su hijo. Es así como el hecho de entregar al niño resulta similar con la adopción, institución que no merece ningún tipo de rechazo, en la adopción una madre renunciará a su hijo una vez nacido, esta renuncia tendrá como objetivo que otra persona lo tome en adopción para

que tenga como suyo al niño, obteniendo así la persona adoptante todos los derechos y obligaciones derivados de una relación filial y con efecto de extinción de aquellos derechos que la madre pudo haber tenido con su hijo. Razón que resulta justificante para ser comparada la gestación por sustitución con la adopción.

La diferencia entre las dos, como ya se mencionó, es el momento de la entrega del niño, especialmente en la intención al momento de aceptar la entrega del niño a otra persona. De igual forma las dos instituciones buscaran como mayor interés el bienestar del niño, uno ya concebido y presente en el mundo real y otro aún no concedido, pero procurándolo para que al momento de nacer no sea sujeto vulnerable de desigualdad jurídica.

#### 5.5.2 Mujer gestante.

Respecto a los dilemas éticos en relación con aquella mujer que gestará al producto de la implantación del óvulo fecundado, el mismo que no deberá pertenecer a ésta, se encuentra aquel que señala a la mujer como una incubadora, con el efecto de pagar por su utilización, por la función biológica de gestar, señalando con esto el olvido de que en el proceso de gestación se mezclan sentimientos y afectos; situación que parece un tanto manipuladora para tener el efecto de la no admisibilidad de la maternidad subrogada; en relación obvia el trabajo presente no propone la maternidad subrogada sino una gestación por sustitución, en donde los requisitos del negocio entre otros será una certificación de salud mental, la cual servirá para el efecto de comprobar la libre voluntad de la mujer gestante al sometimiento de la realización de la práctica, de este modo la mujer que gestará lo hará sin intención de convertirse en madre, por lo que no podrá tener sentimientos encontrados. En este sentido, la mujer gestante no podrá ser un objeto y menos que su conducta se califique como un oficio o profesión.

Otro dilema, es aquel que señala que es una actividad en beneficio de aquellas mujeres de clase media o baja y que debido a las dificultades económicas encuentran en esta actividad una salida a sus problemas, por lo que dicen que el consentimiento se otorgó sin una verdadera voluntad, por lo que la relación entre ella y la pareja comitente no se tendría entre iguales.

#### 5.5.2.1 Fin o medio.

El fin o medio se refiere a la utilización de la mujer para lograr objetivos diversos, en este pretendido se supone a la mujer como simple repositorio para el desarrollo de un ser, el cual será parte de una familia a la que no pertenece la mujer gestante, este hecho significaría un atentado contra la dignidad propia de la mujer, en el sentido de que siendo una mujer donde su función exclusiva es la gestación a comparación con el hombre, teniendo esta última como finalidad, ahora se convertiría en un medio a través del cual las personas que desean tener un hijo alcancen su objetivo.

Las ideas que rechazan que una mujer pueda ser un medio se basan en que la dignidad es un valor superior del ordenamiento jurídico, es decir, será un concepto jurídico indeterminado y es por eso que la dignidad deberá permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que se encuentre la persona, por lo que el estatuto jurídico debe asegurar de modo que en la regulación de derechos atribuidos a la mujer, no se regule la gestación por sustitución, ya que de otra forma conllevara al menosprecio en la estima de la mujer en cuanto a ser humano.

El parecer contemplado en este trabajo respecto a lo anterior hace notar que en la medida en que los derechos de la mujer sean contemplados con el fin de respetar las exigencias derivadas de la dignidad de la persona deberá de ser contemplada la figura propuesta. Si bien la dignidad es “el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado”, la misma dignidad

exigirá dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza, por lo que será naturalmente aceptable tener un hijo a través de la ayuda de la ciencia y se rechaza totalmente la idea de que el ser humano comience a ser visto según las categorías tecnocientíficas como cosa u objeto por suponerse moldeable a la imagen de los objetos técnicos.

#### 5.5.2.2 Integridad física.

Este supuesto se relaciona con la esfera corporal de la mujer gestante, es decir, que riesgos existen en la decisión de llevar a cabo un embarazo y peor aún cuando el niño nacido no será su hijo. Es por esta situación que la práctica se relaciona con la donación de gametos, tejidos u órganos, es decir, en la donación se supone hay un carácter de solidaridad y altruismo, y si es que la donación se permite, por qué la gestación por sustitución no? Será acaso porque en la primera la mujer no se desprenderá de alguna parte de su cuerpo, sino que pondrá a disposición una parte del mismo como lo es su útero y además no sólo consiste en un momento, sino que será desde la recepción de la técnica hasta todo el embarazo, terminando con el alumbramiento, además de soportar todos los efectos y transformaciones del embarazo, así como aquellas repercusiones derivadas del parto y posparto, pudiendo incluir en éstas secuelas permanentes o prolongadas; se tiene claro que en comparación con la donación no habrá efectos perdurables en la integridad física del donante, ya que el propio cuerpo se encargará de regenerar lo donado después de un tiempo o al menos se tiene la seguridad de que en caso de donación de órganos, la función de éste será compensada por el organismo del donante de forma suficientemente segura. Quizá de no existir peligro de repercusiones del parto que pudieran tener para la salud, vida personal y profesional, la gestación por sustitución generaría menos objeciones de tipo ético, situación que será superada en cuanto a la mujer gestante se le proporcione información completa sobre los

riesgos y repercusiones derivados de la gestación, de tal manera que ella decidirá libremente si desea seguir siendo la candidata para la gestación del niño deseado.

Respecto al contexto de que la persona puede hacer cualquier uso o destino de su cuerpo, los doctrinarios rechazan que el derecho a la libertad legitime esta conducta, suponen que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño concebido, mencionan que por el simple hecho ya se estaría la mujer negando como persona y se estaría atentando contra la dignidad del niño. Usar el cuerpo de la mujer como medio para tener un hijo es inmoral y una forma de apropiación y control de la mujer, es así que en este contexto se supone que la integridad corporal de la mujer para satisfacer deseos ajenos, representa el rechazo total a nivel social.

#### 5.5.2.3 Autonomía.

El supuesto de autonomía se relaciona con aquella decisión que tiene una mujer para disponer de su capacidad reproductiva, y esta capacidad para negociar libremente con ella es rechazada y aceptada por grupos feministas que mencionan que de admitirse la gestación por sustitución refuerza los estereotipos de género y da lugar a una nueva forma de explotar a las mujeres, por el contrario, aquellos que están a favor mencionan que el riesgo de que las mujeres puedan ser explotadas no será más grave que el que las mujeres tienen al verse destinadas a aceptar cualquier clase de empleo no deseado y mal pagado por sus necesidades económicas.

El juicio ético se desarrolla al aceptar que la mujer actúa movida por mero altruismo o por lucro, ya que no será lo mismo aceptar que una mujer geste a un niño para su hermana o una mujer que está enferma o impedida para gestar a un niño, que aceptar que una mujer lo haga a cambio de una buena suma de dinero.

Pero en la opinión de este trabajo, negar valor a la gestación por sustitución impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee. La mujer gestante deberá tener derecho a servirse de su cuerpo y de acuerdo con su albedrío, ya que ésta habrá tenido toda la libertad en la decisión y no cabra hablar en lo absoluto de explotación.

Es indiscutible reconocer que el recurrir a otras mujeres para que estas gesten al feto hasta el término del embarazo circunscribe en el atropello y aprovechamiento de una precaria situación, tanto económica como emocional de la pareja solicitante. A pesar de que actualmente se ha planteado que este intercambio resulta del libre albedrío de las partes se podría observar un residuo de algún tipo de servidumbre y explotación de la mujer.<sup>98</sup>

### 5.5.3 Niño concebido.

Dentro de los aspectos éticos que funcionan en relación con el niño concebido a través de una maternidad por sustitución y los cuales son objeto de múltiples objeciones están aquellos que señalan sobre la disgregación de su progenitora y otros mas que se relacionan con el riesgo a la integridad moral del niño al saberse engendrado por una mujer que jamás planeo tenerlo para ella. De acuerdo a lo anterior se tiene que desde el momento de la concepción el niño ya será sujeto de derechos, por lo que no será admisible la práctica.

A decir la consideración anterior, la vida será protegida desde el momento de la concepción sin importar si ésta se ha llevado a cabo en el seno materno o fuera del mismo y esto mismo le otorga el derecho a una identidad genética, a la determinación de paternidad y maternidad y su misma integridad personal, la gestación por sustitución se tendrá como un

---

<sup>98</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988. p. 255

hecho de manipulación que transforma al niño en una cosa y esto dañará el desarrollo de su personalidad, ya que se supone contará con una madre biológica, una madre de deseo, e incluso puede tener una madre genética.

#### 5.5.3.1 Disgregación de la procreación.

Se tiene que la gestación por sustitución tendrá la capacidad de descomponer los planos de maternidad y paternidad sobre cualquier otra técnica de reproducción asistida, en razón a como se ha mencionado anteriormente, para su concepción y posteriormente su nacimiento no sólo intervendrá su madre y padre, sino que se han de unir una mujer gestante y posiblemente algún donador de gametos; y por esto la fijación de quienes son sus dos progenitores resultaría de interrogable atribución, además de surgir la interrogante de qué título deberá tener cada parte. Tal situación constituirá un desafío en el derecho de la filiación, ya que exige la regulación de las diferencias que presenta la reproducción asistida cuando ha intervenido un tercero.

Las dificultades para el legislador y para la sociedad en la maternidad por sustitución derivadas de la maternidad disociada serán la tensión que produzcan en el ámbito de la filiación que pueda haber respecto a los terceros, en el entendido de que se tiene aún la idea de "*mater semper certa est*" y sobre la indisponibilidad de los derechos de familia y los principios derivados de aquellos derechos de igualdad e identidad. No se concibe que se establezca la filiación en base a la voluntad.

Encontramos a todo esto que la maternidad deberá, en este caso, definirse a favor de la mujer comitente y en su caso aportante del óvulo, por considerar que resulta más benéfico para el niño así concebido pues quedará ligado a la mujer que lo deseo y que sin su voluntad no se hubiera originado su nacimiento.

### 5.5.3.2 Riesgos en su integridad moral.

El dilema ético que se desprende respecto a la integridad moral, lo define de manera muy aprovechable el Prof. Sánchez Aristi, mencionando que el hijo puede experimentar sentimientos de contrariedad al saberse nacido de una mujer que lo desamparó, teniendo al abandono como perfectamente calculado y pactado con quienes a la postre resultan ser los padres de la criatura a todos los efectos legales, lo que no estará claro si motivará al niño sentimientos de mayor rechazo o de mayor aceptación de su situación, ya que pese a no poder considerarse un hijo no deseado, a diferencia de lo que les ocurre a muchos niños adoptados, es cierto que no fue deseado por la mujer que lo engendró y dio a luz. Podría existir de tal modo una mezcla de añoranza y de rechazo con respecto a la mujer que lo gestó por parte del niño y aún peor cuando en la gestación por sustitución se hubiere realizado algún pago de una retribución pecuniaria, porque sería entonces difícil evitar que el hijo se viera como el objeto de una transacción económica y que considerase su venida al mundo como el resultado de un servicio remunerado prestado por cuenta ajena. Naturalmente esta clase de sentimientos negativos no se dará cuando la gestación por sustitución se hubiese desempeñado altruistamente por parte de la gestante, máxime si se tratase de una pariente o una persona cercana al círculo familiar del niño.<sup>99</sup>

Aquellos que están en contra de la gestación por sustitución también sostienen que los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirían consecuencias psicológicas y sociales, basándose el primero en el quiebre del vínculo materno-filial que se genera durante la gestación y el segundo a los efectos que tendría respecto a la aceptación social, lo anterior causaría trastornos y problemas para el hijo nacido a través de la técnica propuesta, razonando que diversos estudios arrojan que durante el proceso de gestación se crea una fuerte conexión entre ambos, situación que resulta

---

<sup>99</sup> SÁNCHEZ, Aristi Rafael, “La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos.” Humanitas, Humanidades Médicas, No. 49, Abril 2010. Barcelona, España, pág. 35.

objetable, ya que en los casos de las adopciones en donde por supuesto se rompe el vínculo materno-filial, muestran que no hay secuelas significativas en los niños, siendo lo fundamental para su desarrollo emocional y psicosocial es el amor que reciben, situación que será un hecho en la gestación por sustitución, ya que la pareja que desea un hijo antes de ser concebido le brindará amor y cuidados suficientes para que se desarrolle como una persona psicosocialmente sana.

Y en relación con el rechazo social que podría llegar a tener el niño, se acepta que es muy probable que exista, pero no por eso se negará el derecho a una pareja de tener un hijo, es decir, los reproches sociales no deben en su momento decidir sobre lo moral y lo no moral. Rechazar la gestación por sustitución por los reproches morales sería un estancamiento total hacia los avances y cambios en cualquier área.

A respuesta de lo anterior, tendríamos que considerar que la práctica de la gestación por sustitución como negocio jurídico familiar no deberá afectar el interés del niño, porque el mismo coincidiría con el de los padres. La aceptación de la práctica no consiste en ella misma, sino en la regulación existente, deberá de haber un marco que regule, que controle y establezca criterios para llevarla a cabo, preocupándose por los intereses de todas las partes involucradas.

#### 5.5.3.3 Protección jurídica del *nasciturus*.

Considerando que en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procura la salud y el bienestar de los seres humanos, y por lo tanto la tutela de la concepción, en tanto que es una manifestación de aquellos, independiente del proceso biológico en el que se encuentre, se establece así la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como en el estudio de los

Códigos Penales y Civiles Federales y para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de la gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien lo dañe.

La protección del *nasciturus*<sup>100</sup> requerirá de una protección adecuada en todas las fases de su desarrollo, sin excluir la fase inicial, que va desde su fecundación hasta la implantación en el útero, pues en esta etapa se encuentran los embriones producidos por la técnica reproductiva de fecundación.

En este contexto se trata de no valorar su propio comportamiento, como el modo en el que influyen sobre su estatus el comportamiento del resto de personas involucradas en la práctica, y antes que nada la determinación de qué personas son aquellas cuyo comportamiento puede tener esa influencia. Es así como la vida humana goza de un cierto estatus de protección jurídica, aunque los intereses del *nasciturus* como persona en camino a nacer (*in fieri*) se puede contraponer a otros intereses como la vida o salud de la gestante, incluso malformaciones para el feto.

#### 5.5.4 Legitimación para decidir en caso de complicaciones.

Las dudas para atribuirse la legitimación y con esto decidir en caso de complicaciones que puedan aparecer en el embarazo surgen a raíz del descontrol para calificar quien tendrá el rol de progenitor en la gestación por sustitución, si la mujer gestante o la pareja comitente.

La pregunta a resolver será si tienen los padres comitentes alguna atribución para participar en las decisiones que deban ser tomadas respecto al sometimiento de pruebas de diagnóstico prenatal, la misma aplicación de

---

<sup>100</sup> *Nasciturus*, es un término [jurídico](#) que designa al [ser humano](#) desde que es [concebido](#) hasta su [nacimiento](#). Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

medicamento o terapias previas al parto, incluso y en el último de los casos la propia interrupción del embarazo.

A la opinión en el presente, todas estas decisiones deberán corresponder a la mujer gestante, a razón de que ésta es titular de los bienes jurídicos que pueden estar en riesgo durante el embarazo, es decir, su salud, su vida, su integridad física. Pero por otro lado, la pareja comitente será quien van a ser reconocida como los padres del menor, se quedaran con él, así que cualquier acción que tenga por propósito realizar hallazgos en el periodo de gestación no les serán indiferentes debido a que estos pueden ser resultado de taras o simplemente riesgos en la salud del feto.

En esta tesitura, los intereses de quienes serán los padres del niño deben quedar salvaguardados pero esto mismo no será obstáculo para que la mujer gestante tome cualquier tipo de decisión respecto a sus criterios, negarle este derecho sería ir en contra de conductas personalísimas y por lo tanto incoercibles.

Algunos autores mencionan que en estos casos, donde la mujer actúa tomando decisiones que puedan afectar al feto, se prevenga que la pareja comitente se pueda desvincular del pacto, en este sentido se cree que lo mejor será que se prevenga la solicitud del resarcimiento de daños y perjuicios, constituyéndose de ese modo en la única responsable de las consecuencias lesivas que pueda tener el feto.

Se supone también que sea la gestante la que desee en su momento someterse a controles más estrictos de aquellos que sean exigidos por la pareja solicitante, incluso los expresados por los médicos a cargo de la práctica, además de que ésta puede tener mayores reparos a la hora de seguir adelante con el embarazo una vez que se haya detectado que el feto viene con alguna tara o enfermedad congénita. Si la mujer gestante se decidiera por el aborto en el supuesto en el que los futuros padres no tuvieran inconveniente de aceptar al niño así o en otro caso, que la misma mujer decidiera abortar dentro del plazo establecido por la Ley, se le podría

imputar alguna responsabilidad civil o penal, además de que la pareja comitente no estaría obligada a abonarle la contraprestación acordada e inclusive podrían tener derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios sufridos, incluidos los morales.<sup>101</sup>

#### 5.5.5 Interrupción de embarazo.

En la Ley que existe respecto a la maternidad subrogada en el Distrito Federal, misma que no ha sido aún publicada, y en la mayoría de las legislaciones que permiten esta práctica, independiente de cómo la contemplen, se admite la interrupción del embarazo y en término coloquial el aborto, ya sea por decisión de la mujer gestante o de los que serán padres del niño.

Algunos apuntan que permitir el aborto ya en si es discriminatorio, en el supuesto de que el niño venga con alguna discapacidad o malformación no se le permitirá nacer y a aquellos que son sanos se le garantice la vida.

La propuesta de este negocio jurídico de gestación por sustitución plantea que se admita el aborto a partir de que se tenga el juicio de los médicos de que existe razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas, que estas pueden dar como resultado daños físicos o mentales, que se pueda poner en peligro la sobrevivencia del niño; debiendo realizar el aborto a partir del consentimiento de la mujer gestante y que este consentimiento sea a partir de una decisión libre, informada y responsable.

Ahora, en caso de que la mujer quiera abortar dentro del plazo legal por haberse arrepentido de lo pactado, no se le podría negar este derecho, en base a que el derecho a interrumpir el embarazo es un derecho fundamental, por formar parte del derecho a la intimidad de la mujer.

---

<sup>101</sup> SÁNCHEZ, Aristí Rafael, “La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos.” Humanitas, Humanidades Médicas, No. 49, Abril 2010. Barcelona, España, pág. 31.

Hay que notar que el derecho al aborto en la gestación por sustitución podrá considerarse como si se tratara de cualquier otro embarazo, es decir, permitirse el aborto al albedrío de la mujer gestante dentro del primer trimestre del periodo gestacional; durante el segundo trimestre el aborto será aceptable únicamente si la intención es preservar y proteger la salud de la mujer gestante y en el tercer trimestre, considerando que el feto ya puede sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer, se podrá permitir cuando estén en juego los intereses del mismo feto o sea estrictamente necesario para preservar la vida de la mujer.

#### 5.6 Criterios a contemplar en el negocio jurídico de gestación por sustitución.

En la práctica de gestación por sustitución, independiente de la naturaleza jurídica que se le atribuya, deberán considerarse cuestiones de gran importancia que probablemente no surjan en el momento de realizarse la normatividad que regule la misma, algunas situaciones no previstas podrán ocasionar graves conflictos entre las partes debido a los intereses que cada quien persiga, de los cuales en primer momento derivaran objeciones éticas y después dilemas jurídicos. Razón por la cual es necesario proponer la regulación de la solución a las cuestiones que surjan, entre estos criterios encontramos:

- Aquellas indicaciones que autoricen a las personas a acudir a una gestación por sustitución, es decir, se deberá permitir que acuda una mujer que tenga inconveniencia cualquiera, incluyendo la de vanidad o sólo aquella que tenga una imposibilidad física o biológica. Al criterio propuesto en el presente, sólo deberá ser la que se encuentre en el segundo supuesto.

- El tipo de maternidad por sustitución que se admitirá, siendo de la opinión que sólo deberá permitirse aquella subrogación gestacional en estricto sentido, es decir, la gestación por sustitución.
- Los requisitos que deberán exigirse a cada una de las partes, mismos que serán tratados en otro punto de este mismo capítulo, pero por mencionar algunos sin explayarnos, podrá ser la exigencia de la actitud psicofísica, edad, certificado de idoneidad, etc.
- La posibilidad de establecer centros autorizados para llevar a cabo la técnica, criterio que parece un tanto idealista, por el hecho de que apenas existen centros hospitalarios que se dedican al estudio de la reproducción asistida, por lo que proponer algo semejante resulta todavía futurista, señalando con esto que sí se deberá certificar a aquellos hospitales que si bien no sean centros especializados en la materia, realicen la técnica.
- La exigencia de que las partes hayan sido debidamente informadas de los efectos médicos y jurídicos con antelación al otorgamiento del consentimiento.
- La realización formal del negocio jurídico, la cual será un elemento esencial para la presencia del negocio jurídico, el cual tendrá una posterior autorización judicial.
- La posibilidad de que la mujer gestante reciba una retribución económica, con independencia de los gastos relacionados con el embarazo y la manera de cuantificar la misma, con el propósito de que no sea objeto de diversos problemas entre las partes.
- La legitimación para reclamar al hospital en el caso de que se diera una práctica médica inadecuada, es decir, a quien corresponderá demandar en el caso de que el niño nazca muerto por una inadecuada atención, a quién corresponderá el resarcimiento del daño, a los que iban a ser padres o a aquella mujer que llevó a cabo el embarazo pero no pudo cumplir con la entrega del niño.

Y aquellos criterios a contemplar de probable eventualidad, serán:

- La forma de indemnizar a la mujer en caso de que contraiga alguna enfermedad de tipo crónico por efectos del embarazo, se podrá contemplar como riesgo a los que están expuestas todas las mujeres embarazadas o como se propone que sea, aquella situación especial para lo cual se podrá contratar un seguro.
- La situación para el caso en que la mujer gestante, sin tener culpa alguna, contraiga una enfermedad que ponga en riesgo al feto, en este caso se supone deberá permitirse la interrupción del embarazo.
- La manera de regular en caso de que la pareja solicitante quiera divorciarse o muera alguno de los miembros o los dos, la respuesta estaría en seguir los criterios de filiación, patria potestad y tutela, es así como desde esta perspectiva la situación no resulta tan grave.
- El caso en que el niño nazca con malformaciones o enfermedades y la pareja comitente se niegue a aceptarlo, situación muy probable, pero para esto estará ya el compromiso adquirido ante la presencia del Juez, en donde la filiación ya habrá quedado acreditada y no se podrá renunciar a capricho de las partes.

#### 5.6.1 Imposibilidad médica permanente.

De no plantearse la palabra permanente surgirán casos en que las mujeres comitentes estén imposibilitadas en algún momento de su vida para llevar a cabo un embarazo y se podría aprovechar de tal situación para solicitar una gestación por sustitución y así no gestar a su hijo por razones de conveniencia, de estética o profesionales.

La gestación por sustitución sólo deberá ser justificable en aquellos casos de reproducción asistida que no ofrezcan suficientes probabilidades de éxito frente al tratamiento farmacológico o quirúrgico, es decir, se realizará por razones estrictamente médicas y su uso no se deberá generalizar,

aplicándose sólo en casos necesarios y de manera pormenorizada previo examen exhaustivo de cada situación.

### 5.6.2 Requisitos exigidos.

Como requisitos exigidos en el negocio jurídico familiar de gestación por sustitución, pensados necesarios para un adecuado negocio, y con la finalidad de evitar el surgimiento de controversias a razón del mismo, se propone que cualquiera de los requisitos que se establezcan lleve intrínsecamente la esencia de los de la adopción.

1. Las partes deberán de ser habitantes del Distrito Federal o del Estado que se trate, es decir, se evitara el turismo procreativo como lo definen algunos autores.
2. La mujer gestante deberá tener no menos de 25 años y hasta de 35, esto con el objeto de asegurar que la mujer gestante es apta y fuerte para llevar a cabo un embarazo y así no corran riesgos tanto ella como el feto. Además la mujer deberá acreditar que ha dado a luz a un niño viable y actualmente sano, con el mismo objeto.
3. A la permisibilidad de la gestación por sustitución deberá preceder un estudio sobre la vida y entorno familiar de la pareja comitente, se deberán analizar las circunstancias materiales y morales, que establezcan una estabilidad familiar y la disponibilidad y capacidad de los que serán los padres del niño, acreditando la capacidad para criar, educar y cuidar al niño; lo anterior con la intención de que la situación no se preste a cuestiones de que la pareja solicitante tenga otras intenciones para con el niño como la comercialización de niños o peor que tengan tendencias desviadas como preferencias pederastas. De igual manera los estudios realizados tendrán la finalidad de la expedición de un certificado médico que acredite que las partes tienen la capacidad para consentir su rol en la gestación por sustitución.

4. Demostrar que han sido objeto de consulta con asesor legal acerca de los términos del negocio jurídico familiar que se celebrará y sus posibles consecuencias legales en la gestación por sustitución.
5. El negocio jurídico exigirá la aportación de material genético de al menos un miembro de la pareja comitente, es decir, de preferencia los gametos deberán su origen a los que serán los padres de la criatura y de ninguna manera la mujer gestante, ni su pareja aportaran material genético alguno, en razón de que se tratará de una gestación por sustitución en estricto sentido y se supone esta se dará por el deseo de los padres de tener un hijo con su descendencia genética, ya que para el caso en que no se aporte material genético alguno de parte de los padres no tendrá caso una gestación por sustitución, pudiendo solucionar la necesidad de una paternidad y maternidad por medio de la adopción.
6. La elaboración de exámenes médicos previos a la técnica de gestación por sustitución, estos exámenes se deberán practicar a la mujer gestante, para valorar el estado de salud físico y genético, ya que de no contar con un excelente estado de salud, ninguna técnica de reproducción asistida se le podrá efectuar, por correr riesgos tanto el niño como ella misma. También se deberá realizar un estudio a los padres, si los dos han aportado el material genético o sólo al miembro que lo haya hecho, con la intención de descartar cualquier anomalía derivada de su material genético que pueda repercutir en la salud del niño que ha de ser concebido.
7. El nombramiento de tutor, si así lo prefieren las partes, para hacerse cargo del niño nacido en caso de que los padres o pareja comitente mueran antes del nacimiento del niño concebido a través de la gestación por sustitución, en el supuesto de no nombrar algún tutor, se seguirán las reglas de derecho respecto a la filiación, patria

potestad y tutela. También podría optarse por conferir la custodia del menor a la mujer gestante, si ésta decide optar por ella.

8. La posibilidad de arrepentimiento, las partes podrán arrepentirse y acudir a la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación; pero deberán cumplir con lo negociado cuando el embarazo ha llegado a su fin, es decir, la mujer gestante tendrá que entregar al menor y la pareja comitente no podrá negarse a recibir al niño.
9. La obligación que tendrán los futuros padres de contratar un seguro de vida para la mujer gestante, debido a los riesgos que un embarazo produce, de esta manera se salvaguardaran los intereses de la mujer gestante. Esta póliza deberá cubrir los principales tratamientos médicos y de hospitalización, también deberá ser por todo el tiempo que dure el embarazo y algunas semanas después del nacimiento del niño, semanas que se decidirán de acuerdo al criterio de los médicos.
10. En el caso de que el negocio sea oneroso, la retribución deberá pactarse previamente a la iniciación del embarazo, misma que en la normativa que se realice para regular la práctica se establecerán los estándares para ésta.
11. La obligación de asumir riesgos y responsabilidades, la mujer gestante deberá asumir los riesgos que produce el embarazo, aunque para ello ya se tenga contratado un seguro de vida y la pareja comitente aceptará al niño como nazca, como ya se mencionó antes, podrá nacer con taras o enfermedades genéticas.
12. El compromiso de la mujer gestante a seguir todas las instrucciones médicas y abstenerse de aquellas conductas que puedan ocasionar un daño al producto gestado; la pareja comitente a su vez deberá asumir aquellos gastos médicos y los demás ocasionados por motivo del embarazo.

13. El acuerdo en el que una vez nacido el niño, será sometido a controles genéticos para verificar si éste es hijo de la pareja comitente, para el caso en que este no contenga información genética de la pareja comitente, la mujer gestante estará obligada a devolver el dinero que se haya destinado para el control del embarazo y en su caso el de la retribución. Esto no funcionará en caso de que haya sucedido un error de laboratorio, es decir, si por error, la mujer gestante fue fecundada con otros gametos que no pertenecían a la pareja comitente, los solicitantes asumirán este riesgo y en caso de suceder el hospital en donde se practicó la técnica tendrá que responder.
14. La decisión de aborto en caso de riesgos para la madre o para el producto de la gestación o en caso del aborto espontaneo la pareja tendrá que pagar los gastos ocasionados, pero en caso del aborto voluntario la mujer gestante podrá tener la obligación de indemnizar a la pareja comitente.

### 5.6.3 Asesoramiento médico.

Como ya se mencionó, el asesoramiento médico será un requisito para la celebración del negocio jurídico familiar de gestación por sustitución. El médico tendrá la responsabilidad de suministrar a sus pacientes, de manera comprensible para ellos, la información sobre el propósito, riesgos, inconvenientes y desilusiones propios del procedimiento.

El médico deberá estar debidamente autorizado para proporcionar los servicios de salud, incluidos aquellos profesionales médicos, psicológicos o de asesoramiento.

El médico sólo podrá actuar con pleno consentimiento informado de los padres comitentes y de la mujer gestante, de tal manera que prevea sobre el mejor interés para la criatura concebida a través de esta técnica de

reproducción asistida. Además los participantes en la gestación por sustitución tendrán derecho al secreto profesional y a la vida privada

#### 5.6.4 Forma del negocio.

La forma del negocio ya ha quedado establecida de manera esencial en capítulos anteriores, será a través de una jurisdicción voluntaria, compartiendo similares requisitos a los necesarios en el caso de la adopción.

Se propone sea a través de una jurisdicción voluntaria ya que ésta comprenderá aquellos actos en que por disposición de la Ley o por solicitud de los interesados requiera la intervención del Juez, tal como lo establece el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Además de que se advierte en el artículo 901 del mismo Código, que los negocios de menores e incapacitados deberá intervenir el Juez de lo Familiar, junto con los demás funcionarios necesarios para tal negocio.

Las partes en el presente negocio, es decir, la pareja comitente, la mujer gestante y en su caso la pareja de la última, siempre que reúnan los requisitos exigidos por la Ley, y para el presente los propuestos ya con anterioridad, deberán presentar la solicitud de la Jurisdicción Voluntaria a través de una promoción inicial, en la cual mencionaran sus generales, la narración de motivos y de hechos, así como mencionar lo solicitado, que en este caso será el emplazamiento al estado de familia del niño generado a través de una gestación por sustitución.

A esta solicitud se deberá acompañar:

1. El documento base de la acción, que será la declaración de la voluntad donde conste el consentimiento de cada una de las partes al sometimiento del negocio jurídico familiar de gestación por sustitución, en donde la pareja intencionada o comitente expresará su libre voluntad de aceptar para sí el estado de familia del menor y la mujer gestante junto con su pareja, en su caso, expresaran no el rechazo a

la filiación del niño, sino aceptación de que el niño gestado no es su hijo, por lo que en ningún momento tendrán derechos ni obligaciones filiales con el niño que ha gestado la mujer.

2. Así mismo deberán acompañarle los certificados médicos expedidos a través de la Secretaría de Salud en el que conste el estado de salud físico y mental de cada una de las partes. Los estudios socioeconómicos deberán ser realizados por el Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia, o por quien éste autorice.
3. Documento en el que se establecen los derechos y obligaciones de las partes, consecuencias, riesgos, responsabilidades, compensación y demás requisitos que ya se han mencionado.
4. El reconocimiento por escrito de que cada parte ha recibido información completa y detallada, en un lenguaje comprensible de los efectos y consecuencias médico y legales relativos al negocio jurídico de gestación por sustitución.
5. El nombramiento de testigos, dos por cada parte, los cuales tendrán la función de acreditar que se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales y que están actuando las partes de manera libre e informada.
6. Por último el documento válido donde se acredite la contratación de un seguro de vida para la mujer gestante y aquel que acredite, en caso de ser el negocio oneroso, la retribución puesta en custodia.

Una vez recibida la solicitud, el juez deberá estudiar y revisar minuciosamente la misma, así como cada uno de los documentos que le acompañen. En el caso de que no se satisfaga la totalidad de los requisitos o que al Juez le parezca incompleto o no cumpla lo necesario de acuerdo a su criterio, deberá prevenir a las partes, prevención que deberán satisfacer en el término acordado.

A la solicitud le podrá recaer un auto que deseche o que admita a trámite las diligencias, en caso de recaerle un auto admisorio, el Juez

señalará fecha para que comparezcan ante él las partes involucradas en el negocio jurídico de gestación por sustitución junto con sus testigos. Además solicitará la presencia del Ministerio Público para que éste sea oído en razón de que afectará el interés público, incluso los intereses del menor concebido a través de la práctica.

Una vez presentes en la audiencia, las partes manifestaran su consentimiento de someterse a un negocio jurídico familiar de gestación por sustitución, y bajo protesta de decir verdad manifestaran que han sido informadas de los efectos, consecuencias y secuelas psicológicas que pueda producir dicha actividad. Los testigos se manifestaran sobre la capacidad de las partes y el Ministerio Público expresará lo que a su parecer convenga más a las partes.

Una vez concluida la audiencia el Juez resolverá lo procedente respecto al negocio de gestación por sustitución dentro de un plazo tolerable. Tendrá la responsabilidad de decidir sobre la formalización jurídica en el plano de la filiación del niño y sobre el consentimiento libre de dolo, error y violencia

En caso de que la sentencia conceda el emplazamiento al estado de familia del menor producto de una gestación por sustitución, ésta causará ejecutoria de inmediato. Con esto las partes podrán realizar las técnicas de reproducción asistida necesarias para llevar a cabo la gestación por sustitución. El Juzgado estará obligado a expedir los oficios correspondientes dirigidos a la Secretaría de Salud y otros al Registro Civil, los dirigidos a la Secretaría tendrán efecto de llevar un control médico de la practica así como de las personas que han participado en una gestación por sustitución, además se deberá presentar uno en el hospital donde planea aliviarse la mujer gestante para que el hospital se obligue a emitir un certificado de alumbramiento a favor de la madre, es decir, de la mujer comitente o solicitante; y los oficios dirigidos al Registro Civil tendrán efectos de conocimiento y control de la misma práctica.

### 5.6.5 Retribución económica.

Las objeciones éticas producidas por la retribución que se puede dar a la mujer gestante en la gestación por sustitución ya se han tratado anteriormente, concluyendo que el juicio ético señalará como la mercantilización de los seres humanos, es decir, esto apunta que lo objetable en tal práctica es que se haga a cambio de dinero y con esto lo permisible éticamente será la realización de la práctica con fines altruistas y sin ningún fin de lucro, como el supuesto de que un familiar o una amiga de la pareja o la mujer en cuestión los ayude a ser padres sin que medie algún dinero. Pero surge la pregunta de que si aquellos que objetan la onerosidad en la práctica estarían dispuestos a aceptar esta posibilidad.

El problema en la aceptación o no de la onerosidad en la gestación por sustitución proviene de la conceptualización que cada quien quiera dar, hay que distinguir que el hijo no se creará para obtener dinero y de esta manera no será un medio para obtener otra cosa.

Sucede que para la mujer gestante el dinero será una motivación legítima y es completamente admisible que ella espere obtener un beneficio económico por prestar su vientre durante algunos meses por considerar una práctica compleja con carga emocional intensa. En el embarazo la mujer deberá tener cuidados especiales y la posibilidad de riesgos o complicaciones que pongan en peligro incluso la vida. Con el embarazo vendrán diversos cambios físicos, hormonales, psicológicos, así como un momento de parto y la etapa de puerperio, y cada etapa implicará meses o años de problemas físicos o de riesgos, por lo que no es objetable para el caso, que no se reciba algo a cambio; las mujeres embarazadas naturalmente tendrán a cambio de todo lo mencionado a su hijo, pero aquella mujer gestante, no tendrá nada a cambio sólo porque resulte objetable moralmente? La respuesta es no.

La retribución otorgada a la mujer gestante vendrá relacionada con todos los riesgos, tiempo, dedicación, cuidados, las entradas económicas

que pudo dejar de percibir e implicaciones afectivas del proceso. Objetar una compensación teniendo presente lo anterior no podría ser, lo objetable sería el exceso en aquella compensación planteada por la mujer gestante.

#### 5.6.6 Legitimación para reclamar en caso de una mala praxis.

La definición conceptual de mala praxis es que “existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable”<sup>102</sup>.

La misma se va a configurar cuando exista un daño constatable en el cuerpo o en la salud física o mental y que este daño causado se deba necesariamente a un acto imprudente o negligente o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño.

Así es como quien reclame algún daño deberá probar la efectiva responsabilidad de los agentes de salud intervinientes en la producción del daño. Expuesto lo anterior, resulta fácil decidir quién tendrá la legitimación para reclamar en caso de una mala praxis en el proceso médico de la gestación por sustitución, si resulta que el dañado es el niño, los legitimados serán los padres y en caso de que el niño no alcance a nacer o resulte muerto, la mujer gestante podrá tener el derecho, debido a que ella ya no pudo cumplir con lo pactado, que era la entrega del niño.

En caso que resulte afectada la mujer gestante, la legitimación propiamente la tendrá ella misma y puede que también la compañía de

---

<sup>102</sup> IRAOLA, Lidia Nora, “Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis” <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm> (viernes 22 de julio de 2011, 20:00)

seguros que fue contratada para asegurar a ésta, ya que si bien la misma no tendrá daño físico ni psicológico alguno, lo tendrá en la pérdida de su patrimonio al tener que indemnizar a la mujer por los daños derivados de una mala praxis. A su vez también podrá reclamar su marido o pareja y en el último de los casos la pareja comitente.

### 5.7 Disolución e invalidez del negocio.

El negocio jurídico familiar de gestación por sustitución para que pueda tenerse como válido deberá contener todos aquellos elementos y requisitos esenciales para la creación del mismo, además de añadir aquellos requisitos señalados por la Ley que se han mencionado con anterioridad. También deberá tener la debida autorización judicial, así como se deberá realizar con plena capacidad de las partes.

Reuniendo los elementos y requisitos esenciales el negocio jurídico deberá ser válido, siempre que no exista vicio alguno.

El mismo negocio jurídico podría, además cesar o quedar sin efecto por causas atribuibles a las partes o por causas sobrevinientes. Aquellas causas atribuibles a las partes sería el mero mutuo consentimiento, en razón de la autonomía de la voluntad, o por las causas autorizadas por la Ley que puedan disolver el negocio.

### 5.8 Nulidad.

La nulidad del negocio jurídico es la más grave imperfección y su efecto será que no permita que el mismo produzca sus efectos propios, así el ordenamiento jurídico lo tratará como si no hubiese sido realizado y de darse algunos efectos del negocio, éstos no se tomaran como efectos del negocio como tal sino serán consecuencias de los hechos verificados al realizar el negocio que se tendrá como nulo.

Las causas por las que se ha de declarar el negocio nulo podrán ser clasificadas en dos: a) aquellas en que el negocio contradice preceptos que son inderogables por la voluntad privada, es decir, que sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres, b) aquellas en donde en el negocio jurídico falta un elemento esencial o uno de los requisitos substanciales como lo son la declaración de la voluntad, la causa o el contenido o que no se satisfagan los requisitos de forma establecidos por la Ley como elemento esencial del negocio.

El negocio podrá ser nulo en todo o en parte, según el vicio que afecte a toda la declaración de la voluntad y a todas las partes del negocio o bien sólo a una cláusula accesoria o parte que no sea principal. En este segundo caso queda a salvo la parte del negocio que no es afectada por el vicio, por el contrario, cae el acto todo si el vicio afecta a un elemento principal o si hay un nexo tan íntimo entre la parte nula y la válida que no pueda considerarse la una sin la otra.<sup>103</sup>

Entonces la nulidad será aquella sanción que esté prevista y que será impuesta por el Juez a los negocios de gestación por sustitución que no reúnan los requisitos esenciales para su formación o los elementos accidentales elevados a categoría de esenciales por las partes.

Se podrá demandar la nulidad en el negocio cuando se compruebe que alguno de los participantes es incapaz, cuando el consentimiento haya estado viciado o cuando se han transgredido normas jurídicas imperativas.

Para autores como Lledo Yague, la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> RUGGIERO, Roberto de. "Instituciones de Derecho Civil, T.I: Introducción General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión". Ed. Reus, Madrid, 1929. P. 309.

<sup>104</sup>

Con lo anterior encontramos que aún cuando se decrete la nulidad en los negocios jurídicos de gestación por sustitución, habrá algunas particularidades:

1. Los efectos de la nulidad, no deberán afectar la filiación del niño.
2. El deber de llevar el embarazo a un buen término es de orden público, por lo que la declaración de nulidad del negocio no habilitará a la mujer gestante para interrumpirlo.
3. La nulidad del negocio jurídico no eximirá a las partes de las responsabilidades y obligaciones adquiridas y derivadas de su existencia.

#### 5.9 Incumplimiento de las partes en el negocio jurídico.

En este apartado se estudiará aquellas situaciones para tomar en cuenta al resolver en caso de que alguna de las partes incumpla lo pactado en el negocio jurídico de gestación por sustitución, es decir, en la posibilidad de resolución del negocio o la posibilidad de la ejecución forzada, la indemnización correspondiente y la responsabilidad que tendría aquella parte infractora.

Respecto de la mujer gestante, el riesgo de incumplimiento se puede dar en varios momentos, siendo el primero antes de la implantación del óvulo fecundado, en este caso se podrá solicitar la resolución del contrato más alguna indemnización por el incumplimiento de lo pactado, pero nunca el cumplimiento forzoso, ya que se tratará del desarrollo de un niño en el vientre de aquella mujer, es decir, la vida de un niño.

El caso en que la mujer gestante llegará a interrumpir el embarazo por razones no naturales ni previo acuerdo entre las partes, y una vez que ya no sea posible el arrepentimiento, es decir, dentro de los primeros tres meses, podría la pareja comitente exigir alguna indemnización por los perjuicios causados, además de las consecuencias penales que se deriven.

Una vez alumbrado el niño, la mujer podría negarse a entregar al niño, de ocurrir tal situación la mujer gestante incurriría en responsabilidad civil y penal por el delito de retención o sustracción de menores.

En caso de la pareja comitente, podrían establecerse los siguientes supuestos de incumplimiento, los cuales también se podrán dar en diversos momentos; el primero de ellos sería el caso en que una vez celebrado el negocio jurídico, pero cuando aún no ha sido implantado el óvulo fecundado, la pareja se negara a aportar los gametos necesarios o a continuar con la práctica, lo cual consistiría en el arrepentimiento, el cual no podría ser sancionado en virtud de que aún no se ha llevado a cabo la técnica de reproducción asistida, pero en caso de que se haya pactado alguna cláusula respecto a la aportación de los gametos, la mujer gestante podrá exigir una indemnización, pero nunca el cumplimiento forzoso, en razón a que de la gestación por sustitución nacerá una criatura protegida y deseada.

En el caso de que ya se haya implantado el óvulo fecundado, los comitentes no podrán arrepentirse posterior a los tres meses aptos para practicar el aborto, en caso de que pase esto, la mujer gestante no podrá solicitar la resolución del negocio, de tal manera que esto haría desaparecer al negocio los efectos retroactivos, como si nunca hubiera existido, lo cual significaría que la mujer tendría que interrumpir el embarazo. Lo que deberá solicitar es el cumplimiento forzado más una indemnización.

Ya nacido el niño, y en el caso de que se haya pactado una retribución económica, la mujer gestante podrá solicitar el cumplimiento forzado del negocio, su resolución, incluso la indemnización respectiva de cada una por los perjuicios. Pero esto nunca le dará el derecho de retener al niño, ya que incurriría en responsabilidad civil y penal.

#### 5.10 Responsabilidad civil y penal.

La responsabilidad estará presente cuando alguna de las partes incumpla alguna de las cuestiones pactadas en el negocio de gestación por

sustitución, se tendrá a aquella persona que ha sido condenada al pago de daños y perjuicios como responsable, así ésta estará obligada al pago de los mismos.

Una persona responsable civilmente estará obligada a reparar el daño sufrido a la otra. Para la exigencia del pago por los daños y perjuicios se deberá comprobar la relación válida entre las partes negociantes y el daño producido del incumplimiento de lo negociado. Los derechos y obligaciones de las partes en caso de incumplimiento de alguna de éstas ya se ha tratado anteriormente, por lo que no tiene caso mencionarlas, en virtud de que resultaría repetitivo y fastidioso.

Trataremos ahora de aquellas responsabilidades derivadas de terceros participantes en el negocio jurídico familiar de gestación por sustitución, es decir, las que se podrían derivar de los médicos y de aquellas que no se derivan del cumplimiento del negocio jurídico, como lo es que la mujer gestante pretenda obtener lucro por la divulgación de la práctica de la gestación por sustitución, mismos supuestos ya han sido contemplados en la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.

El primero de los supuestos, establece que se harán acreedores de sanciones penales y civiles los médicos que hagan la implantación de los gametos sin previo consentimiento de los participantes en el proceso. Situación también regulada en el Código Penal para el Distrito Federal.

La segunda se relaciona con la mujer gestante que pretenda obtener un lucro en base a la divulgación del hecho con el objeto de causar daño a la imagen pública de alguno de los miembros de la pareja comitente, situación que será regulada conforme a la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

### 5.11 Comparación de la gestación por sustitución con otras figuras del Derecho Civil.

Los estudios de la gestación por sustitución y en cuanto a su calificación y validez legal han buscado nombrarlo, atribuyéndole así diversos nombres a la mencionada actividad, que van desde la contrato de maternidad subrogada, alquiler de vientres, contrato de madre sustituta, arrendamiento materno, etc.

También la calificación de la práctica de una gestación por sustitución surge de la necesidad de encastrarlo a algún negocio o acto jurídico ya reconocido por el derecho. Respecto a nuestra legislación vigente concluye que se puede relacionar con tres tipos de contratos similares, siendo estos: el contrato de prestación de servicios, el contrato de obra y la venta de cosa futura.

El primero de los mencionados es el que a nuestro parecer puede tener más afinidad al negocio de gestación por sustitución o a la actividad en comento, el cual consistiría en que la mujer gestante se obligue a prestar sus servicios por algún tiempo determinado y para un trabajo determinado. El mismo contrato consiste en una obligación de hacer, que es un hecho positivo, consistiendo desde la implantación del óvulo fecundado, las visitas a consulta médica, los cuidados necesarios, el alumbramiento del niño hasta la entrega del mismo, terminado así en una obligación de dar, siendo con esto el objeto del contrato el propio niño, que es una persona y naturalmente el servicio sería nulo.

El segundo de los mencionados es el contrato de obra, que es aquel en que se utilizaran los servicios de una persona por todo el tiempo indispensable para la construcción de una obra y los dueños estarán obligados a recibir la obra. En este caso se establece que la mujer gestante estaría obligada a dirigir la obra y la pareja comitente a recibirla, asumiendo los riesgos que cada parte deba tener. Además este contrato admite los

supuestos en que el que ejecuta la obra pone sólo su trabajo, y otro cuando suministra el material.

Y la tercera figura jurídica relacionada a esta práctica es la de compraventa de cosa futura, la cual se puede descartar de inmediato, ya que lo lleva implícito en el nombre, es decir, no se trata de una cosa.

## CONCLUSIONES.

**PRIMERA.** El derecho a la procreación se encuentra consagrado en el artículo 4 Constitucional, incluyéndose dentro del derecho a la salud y a tener una familia.

La salud es el estado completo de bienestar en sus aspectos mental, físico y social y no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades. La esencia del ser humano la constituirá el derecho a la vida, a la procreación y a tener una familia, y la misma esencia será la condición humana traducida en la salud.

Este derecho, confiere a su titular su ejercicio libre y el Estado tendrá la obligación de garantizarlo como una realidad ya sea de manera directa o a través de instituciones destinadas para el mismo fin.

En esta tesitura, encontramos que el derecho a la reproducción deberá conferir el uso de técnicas de reproducción asistida con la finalidad de crear y organizar una familia. La libertad de procreación será sinónimo de toleración, aceptación y protección de las nuevas alternativas de reproducción dentro del Derecho Mexicano.

**SEGUNDA.** La maternidad subrogada (en estricto sentido) será aquella en la cual la mujer gestante sólo va a aportar la función de gestar y nunca el material genético, esto es, que aquella pareja comitente o del deseo tendrá la obligación y requisito esencial de que al solicitar llevar al cabo la práctica, contribuirán con el material genético en su totalidad o por lo menos con alguna de las células necesarias para la fecundación. Lo anterior es a lo que se le denomina “gestación por sustitución”.

**TERCERA.** La naturaleza jurídica de negocio jurídico familiar otorgada a la práctica de gestación por sustitución en esta investigación, se atribuye en razón de que éste es el encargado de regular la condición de las personas, será la regulación del individuo con el grupo familiar.

En la investigación presentada se ha optado por el supuesto de negocio jurídico por representar la solución a un problema práctico, mismo negocio que estará al servicio de la libertad y de la autonomía privada por tener una finalidad dinámica de iniciativa y renovación privada, contrario a lo que sugieren las normas ya existentes, que es una finalidad estática de conservación y tutela

Un negocio jurídico no es siempre un contrato, el primero puede tener por finalidad, incluso, el emplazamiento en el estado de familia y la regulación de facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, el segundo siempre tendrá como fin la creación de una relación patrimonial.

**CUARTA.** Se propone en la investigación la consideración de gestación por sustitución como negocio jurídico familiar por la misma finalidad que éste puede alcanzar, que es una institución de integración familiar. Es decir, será un título y fundamento de relación jurídica mediante el cual se establecerán las reglas de conductas familiares, mismas que tendrán como resultado la inserción de un niño a una familia, con carácter de irrevocable y definitivo, esto es, que mediante la institución familiar se conseguirá el emplazamiento al estado de familia del menor.

**QUINTA.** La gestación por sustitución será aquel negocio jurídico de carácter familiar por el que una mujer acepta gestar en su vientre por encargo de una pareja al producto fecundado con los gametos que hayan aportado al menos

un miembro de la misma, sin que la mujer gestante haya hecho alguna aportación genética, adquiriendo la última el compromiso de que en caso de llevar a término el embarazo, entregará al recién nacido a la pareja comitente, con lo que se conseguirá el emplazamiento al estado de familia del menor mediante la inserción del niño en la familia de manera definitiva e irrevocable y de plena integración familiar, desprendiéndose de esto las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares, será un título y fundamento de relación jurídica y además establecerá las reglas de conducta familiares; la entrega del niño no deberá considerarse como una renuncia a la filiación por la mujer gestante, en virtud de que ésta no tuvo los derechos de filiación, además de no tener relación genética ni jurídica alguna con el niño gestado.

**SEXTA.** El negocio jurídico familiar de gestación por sustitución, se podrá clasificar en dos tipos, esto es un negocio gratuito o un negocio oneroso.

El primero de ellos será aquel negocio basado en una conducta humana altruista, incluso fraternal se podría considerar. En el cual la mujer que gestará al niño que será hijo de otras personas, en donde no conseguirá más que la satisfacción de haber colaborado a que una pareja se pudiera realizar como padres. Es este tipo de negocios, generalmente, serían aquellas mujeres familiares de la pareja o incluso amigas cercanas las que se comprometerían a la gestación.

El negocio de carácter oneroso, será aquel en el que se establezca una remuneración para la mujer gestante, en razón a la labor de gestación y parto, las cuales resultan nada sencillas. De no admitirse la retribución en esta práctica, la misma dejaría de ser eficaz para dar respuesta al problema de la infertilidad, ya que dependería de aquellas mujeres caritativas dispuestas a gestar un niño que no será su hijo por mero altruismo. Con esto,

el Estado no cumpliría con la obligación de protección y reconocimiento al derecho a una familia.

**SÉPTIMA.** La práctica de maternidad subrogada (en amplio y estricto sentido) a nivel internacional ha tenido como consecuencia la creación de normatividad para la misma. En donde en algunos países es aceptada con expresa regulación, en otros se admite y se regula en su momento y en otros es rechazada, incluso prohibida.

Dentro del Derecho Mexicano vigente no existe regulación expresa, pero lo poco que hay sobre la materia es sinónimo de esfuerzo por garantizar el derecho a la reproducción. Busca que el mismo derecho se practique dentro de los límites y prerrogativas establecidos por la Ley.

**OCTAVA.** Se propone que sea valido permitir a los jueces ejercer un control sobre la práctica de la gestación por sustitución propuesta, en razón de que es el Juez de lo Familiar aquella autoridad que debe intervenir en los negocios de carácter familiar y en relación con los menores y en respuesta a que la causa del negocio propuesto es la filiación del menor concebido a través de la reproducción asistida.

La participación del Juez será a través de una Jurisdicción Voluntaria, con un trámite similar al de la adopción, por considerarse dentro del mismo cariz de la institución. Con esto el Juez cumplirá con su utilidad que será el imponerse al interés social y general cuando ésta sea requerida por los particulares.

**NOVENA.** El remedio propuesto a los problemas de infertilidad no deberá considerarse como una práctica mercantilista. Ética y jurídicamente la

maternidad subrogada tiene muchas objeciones, se califica como actividad utilitarista o como el ocultamiento de una compra venta de bebés. El negocio jurídico de gestación por sustitución propuesto en el presente trabajo, tendrá como participante a una mujer gestante que nunca va a renunciar a la filiación de su hijo, toda vez que el niño por ella gestado no será su hijo, la gestación del óvulo fecundado será la única aportación que la mujer habrá hecho para la venida al mundo de un nuevo ser, la cual en ningún momento ha querido asumir el rol de madre y desde la creación del negocio actuará por voluntad propia conociendo todos y cada uno de los efectos jurídicos y médicos del sometimiento a la técnica de reproducción asistida. Es esa tesitura, la madre del niño será aquella que tiene la intención de ser madre, la misma que lo desea y por lo tanto encarga.

## BIBLIOGRAFÍA.

1 Libros y revistas.

AGUILAR GUERRA, Vladimir, “El Negocio Jurídico”, Colección de Monografías Hispalense, 5a. Edición, Guatemala, 2006.

ALBURQUERQUE, Juan Miguel, “Notas e interrogantes sobre el negocio jurídico y sus elementos esenciales (essentialia negotii)”. Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, 9: 967-1012. ISSN: 1138-039X.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursinio. “El negocio jurídico en Derecho romano”, Revista de Derecho Privado, Madrid. 1954.

ARÁMBULA REYES, Alma. “La Maternidad Subrogada”. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, Cámara de Diputados. LX Legislatura. México D.F. – México. Agosto de 2008.

ASCARELLI, “Il negozio indiretto e le società commerciali”, en los Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante, citado por Borreto Mauricio “asociación bajo forma de sociedad”, Revista de derecho privado y comunitario, 2004-3.

AWAD CUCALON, María Inés. “Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia”. Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Derecho, Bogotá, Colombia. Perú, 2001.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002.

BONNECASE, Julian. “Elementos de Derecho Civil”. Traducción de José Cajica, Cardenas Editor Distribuidor. Primera Edición, México, 1975.

BERNARD MAINAR, Rafael, “Curso de derecho privado romano”. Universidad Católica Andres Bello, Caracas, 2001.

BETTI E., “Teoría generale del negozio giuridico” (BETTI E., Teoría generale del negozio giuridico (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ, con un estudio preliminar sobre el negocio jurídico como categoría problemática, a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada 2000).

CANNESA VILCAHUAMÁN, Rolando. “Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho civil y comercial, Lima, Perú, 2008.

CARBONELL, Miguel, “Los derechos fundamentales en México.”, UNAM, México, 2004.

CARDENAS MIRANDA, Elva I., “Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados. T.II” Adopción Internacional. México, UNAM.

CONTRERAS JULIAN, Maricela, Diputada, “Foro: Maternidad Subrogada en el Distrito Federal”. Comisión de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, México, DF, 23 de febrero de 2010.

CONTRERAS LÓPEZ, Sandra. “Breve reseña de la teoría del Acto jurídico y el impacto de la teoría de la inexistencia y nulidades según Bonnacase” *Argumentación del Derecho*. Revista Praxis de la Justicia Fiscal y administrativa. Revista 7, año 2011.

[DE AUSEJO](#), Serafín, “La Biblia”, Editorial Herder, Edición: 1ª, España, 2003.

DE LA HUERTA VALDES, Raúl, “El Negocio Jurídico Procesal”, Letras Jurídicas, Vol. 7, Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad, México, Ver. 2010.

DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

Diccionario de la Lengua Española, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001, t. II.

DIEZ PICAZO, I., “El negocio jurídico de derecho de familia”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*. 1962, T.212.

DOBERNIG GAGO, Mariana, 1998, “Status jurídico del preembrión en la reproducción asistida”, *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 28, Año 1998, ISSN 1405-0935, Edit. Themis, Santa Fe, México.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alberto, “Derecho civil, parte general: Personas, Cosas. Negocio jurídico e invalidez”, Porrúa, México, 2004.

ELIZONDO MAYER-SERRA, Carlos, “El derecho a la protección de la salud”, *Salud pública Méx* v.49 n.2 Cuernavaca mar./abr. 2007.

ESCOBAR FORNOS, Iván. “Derecho a la Reproducción humana (fecundación y reproducción in vitro)”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, No. 16, junio-julio, México, 2007.

ESPICHAN MARINAS, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre el objeto del negocio jurídico”. Universidad Nacional de san Marcos, 2003.

ESPINAL PIÑA, Irene Ivonne y García Mirón Alfredo. “Estudios sobre la adopción internacional”, Análisis Procedimental y Sustantivo de la Adopción, México, UNAM, 2002.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de Personas”. Editorial Huallaga, Lima – Perú. 2004.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Los principios contenidos en el Título preliminar del Código Civil Peruano de 1984”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2ª Ed, Lima, Perú, 2005.

“Estadísticas Sanitarias Mundiales 2010.” Organización Mundial de la Salud. ISBN 978 92 4 356398 5 Impreso en Francia. Pág. 34.

FERRER, Francisco A. M., “Derecho de Familia, Primer Tomo”, Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 1982.

FOX, Robin, "Sistemas de parentesco y matrimonio", 4ª. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1985.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia", 2ª. ed., México, Porrúa, 1976.

GALGANO, Francesco, "Il negozio giuridico", 2ª. ed., Italia, Giuffrè, 2002

GALLARDO ROSALES, Martha Rossana, "Contratación de madre subrogada", Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos, Guatemala, 2007.

GAMBOA MONTEJO, Claudia. "Maternidad subrogada, estudio teórico conceptual y de derecho comparado". Centro de Documentación, Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior. México, D.F. Octubre 2010.

GIAVARINO, Magdalena, "El negocio jurídico indirecto: dogmatica versus pragmatismo". Revista Jurídica de la Universidad de Lomas de Zamora, Argentina, No. 30 20 años, 1986-2006.

GIORGIANI, Michele, “La causa del negozio giuridico”, Milan, Giuffrè Edotore, 1974, p.21. en Lastra Lastra, José Manuel, “Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México.

GONZALEZ MOLINA, Leopoldo. “Maternidad Subrogada, legalidad del contrato de arrendamiento de vientre femenino para la gestación, sólo en el caso que no implique lucro”, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho. Tecnológico Universitario de México, incorporado a la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, “Derecho de las obligaciones”, Editorial Porrúa, México, 2002.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, “Derecho Civil para la familia”, México, Porrúa, 2009.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Derecho Europeo] XXVI, Valparaíso, Chile, 2004.

HISANO, Erin, "Gestational surrogacy maternity disputes: Refocusing on the child", Lewis & Clark Law School; B.A., International Business, University of Southern California, 2011.

LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho". Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida", Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999.

LLEDO YAGÜE, Francisco "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", Segundo Congreso Mundial Vasco: Congreso de Filiación, 1988.

LLEDO YAGÜE, Francisco "[Reflexiones personales en torno a la fecundación "post mortem" y la maternidad subrogada](#): el exámen de algunos supuestos de la práctica jurídica", [Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España](#): el proceso legal de reformas / Ana (Coord.) Díaz Martínez (aut.), 2006, ISBN 8497728149.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de la Filiación", Porrúa, México, 2005. ISBN 970-07-5778 1.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "La Filiación". Argentina, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1986.

MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1954.

MORO ALMARAZ, María de Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988.

MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ISBN 9972-626-59-8.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "El derecho a la Salud, ¿un derecho individual o social?" Concordancias. Estudios Jurídicos y Sociales, Chilpancingo, Gro., núm. 8, mayo-agosto.

OJEDA MARTÍNEZ, Rosa María, "La posesión de estado familiar", *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II coloquio nacional de derecho civil*, UNAM, México, 1985.

PERALTA ANDIA, Rolando. "Derecho de Familia en el Código Civil". Ed. IDEMSA, Lima, 2002.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. "Derecho de Familia". México, UNAM, 1990.

PÉREZ PEÑA, Efraín. “Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral”. 2ª Ed., México, Salvat. 1995.

PETZOLD PERNIA, Hermann. “El principio Mater in iure semper certa est frente a la transferencia de embriones humanos, en el Derecho Civil Venezolano”. Revista Fundación Procuraduría. [SUMMA, 135º Aniversario de la Procuraduría General de la República](#), Caracas, 1998.

PUGLIATTI, Salvador, “Introducción al estudio del derecho civil”, México, Porrúa, 1943.

RAMÍREZ TENA, Iran, “Aspectos médicos, éticos y jurídicos sobre el trasplante de órganos y tejidos”, *Temas Selectos de Salud y Derecho*. UNAM, México, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis. “Sociología”, 18ª. ed., México, Porrúa, 1980.

Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cmnd. 9314, julio 1984, pág. 42. Informe Warnock, supra nota 25.

ROBERTSON, J, “Madres sustitutas: no tan novedoso después de todo”. Luna F y Salles, *Decisiones de vida y muerte*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato.” Revista de derecho privado. Núm. 11, mayo-agosto, 2005, UNAM, México.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Arrendamiento de Útero” Conferencia Magistral, 30 de Enero de 2009, Colima, Colima.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Introducción al Estudio del Derecho”, Segunda Edición, Porrúa, México, 1967.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social”, 6ª ed., México, Porrúa, 1980.

RUBIO CORREA, Marcial. Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima-Peru. 1997.

RUGGIERO, Roberto de. “Instituciones de Derecho Civil, T.I: Introducción General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión”. Ed. Reus, Madrid, 1929.

SANFILIPPO, Cesare, “Istituzioni di diritto romano”, 10ª, Rubbettino Editore, Ed, Italia, 2002.

SANTANGELO, María Victoria, “El negocio jurídico indirecto y las relaciones de familia”, Revista Jurídica UCES, Núm. 10, 2006, Argentina.

SCIALOJA, Vittorio, “Negozzi giuridici”, 5ª reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950, p. 29 en Lastra Lastra, José Manuel, “Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México.

SCOGNAMIGLIO, Renato, “Contributo all’á teoria del negozio giuridico”, Nápoles, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1950.

SILVA RUIZ, Pedro, “Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”, *Ponencia presentada en las XIII Jornadas Franco Latinoamericana de Derecho Comparado*.

STOLFI, Giuseppe, “Teoria del negozio giuridico”, Padua Cedam, 1947, p.1 en Lastra Lastra, José Manuel, “Paradojas en la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, Revista de derecho privado. Núm. 5, mayo- agosto, 2003, UNAM, México.

TORRENTE, Andrea y Piero Schlesinge, “Manuale di diritto privato”, Giuffré Editore, 19ª Ed. Italia, 2009.

TRIMARCHI, Pietro, "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè Editore, 17ª Ed. Italia, 2009.

VILLORO TORRANZO, Miguel. "Derecho Público y Derecho Privado". Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM, Número 99-100 Julio-diciembre, 1975.

## 2 Hemerografía.

"Padecen infertilidad millón y medio de parejas mexicanas"; EIPeriodicodeMexico.com; 2010-12-21;

<http://www.elperiodicodemexico.com/nota.php?sec=Salud&id=151942>

GARCÍA MARTÍNEZ, Anayeli, "Controversia por la Ley de Maternidad Subrogada en el DF". México, DF. 3 diciembre 10, Patricia Galeana,

[http://www.patriciagaleana.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=159:controversia-por-la-ley-de-maternidad-subrogada-en-el-df&catid=11:ultimas-noticias&Itemid=17](http://www.patriciagaleana.net/index.php?option=com_content&view=article&id=159:controversia-por-la-ley-de-maternidad-subrogada-en-el-df&catid=11:ultimas-noticias&Itemid=17)

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julian, "Derecho Familiar", 25 de julio de 2010.

OEM en línea. <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1720497.htm>

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julian, "Derecho Familiar", 1 de agosto de 2010.

OEM en línea. <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1729009.htm>

## 3 Legislación.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Familia Ruso.

Código Civil para el Estado de Coahuila.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.

Código Civil para el Estado de Tabasco.

Código Penal para el Distrito Federal.

Constitución Federal de la Confederación Helvética, Constitución Suiza, 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Gestational Surrogacy Act, (750 ILCS 47/), FAMILIES ILLINOIS, Illinois Compiled Statutes, Illinois General Assembly.

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59> (23 de junio de 2011).

Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 22 de abril de 2010.

Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla. 29 de julio de 2010. Presentada por la Diputada María del Rocío García Olmedo.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional y se Adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley General de Salud.

[http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com\\_docman&Itemid=8&limitstart=10](http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&Itemid=8&limitstart=10)

Iniciativa de Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal, 27 de abril de 2011, Diputado Octavio West Silva en <http://www.aldf.gob.mx/imprimir-7568> (29 mayo 2011 22:29).

Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Morelos, 12 de octubre 2010, Diputado Othón Sánchez Vela en [http://www.transparenciacongresomorelos.gob.mx/acceso/Gaceta/09/Gaceta\\_42.pdf](http://www.transparenciacongresomorelos.gob.mx/acceso/Gaceta/09/Gaceta_42.pdf). (1 de junio de 2011, 18:30).

Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, México, 2001.

Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”.

Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil”.

Ley General de Salud.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

4 Referencias de internet.

Center for Disease Control, Infertilidad Mundial, <http://www.cdc.gov/>, 11 de abril de 2011.

CARDENAS, Juan, “El Tiempo no perdona”, El siglo de Durango, Durango 15 de noviembre de 2010,

[www.elsiglodedurango.com.mx/noticia/239655.15x-de-parejas-sufre-infertilidad.html](http://www.elsiglodedurango.com.mx/noticia/239655.15x-de-parejas-sufre-infertilidad.html), 05 de junio de 2011, 10:50 hrs.

CASTILLO, Moraima, “El lado oscuro del alquiler de vientres”, Suite101, 27 de julio de 2010. <http://www.suite101.net/content/el-lado-oscuro-del-alquiler-de-vientres-a21741#ixzz15JdydYca>, 05 de junio de 2011, 11:00 hrs.

Clínica de Reproducción VitaNova. “Gestación Subrogada”, <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/> 08 de junio de 2011. 18:58 hrs.

[In the matter of Baby M, a pseudonym for an actual person](#) No. A39 Supreme Court of New Jersey 109 N.J. 396; 537 A.2d 1227; February 3, 1988 Surrogate childbearing contracts. <http://bioetica.org/umsa/jurisprudencia/juris.htm>, 02 de julio de 2011, 20:19 hrs.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Demografía y Población, “natalidad y Fecundidad” <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=17484>, 05 junio de 2011, 10:42 hrs.

Maternidad Subrogada en Ucrania, [http://www.surrogacy-ukraine.com/faq\\_es.php](http://www.surrogacy-ukraine.com/faq_es.php) 09 junio de 2011, 19:34 hrs.

PUENTE DE LA MORA, Ximena, “Aspectos jurídicos relacionados con la reproducción asistida humana y la experimentación de embriones en México” *Iustitia*, pp. 223-244. [http://www.tae.edu.mx/equipo7\\_clonacion/reproduccion\\_asist\\_y\\_uso\\_de\\_embriones.pdf](http://www.tae.edu.mx/equipo7_clonacion/reproduccion_asist_y_uso_de_embriones.pdf) 22 de abril de 2011, 21:41

SANCHEZ ARISTI Rafael, “La Gestación por Sustitución: Dilemas éticos y jurídicos”, HUMANITAS, Humanidades Médicas, Tema del mes on-line, No, 49, Abril 2010. Barcelona, España. [http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/papel.pdf](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf), 04 de mayo 2011.

Wikipedia, la enciclopedia libre, “*Mater semper certa est*”. [http://es.wikipedia.org/wiki/Mater\\_semper\\_certa\\_est](http://es.wikipedia.org/wiki/Mater_semper_certa_est). 6 de enero de 2011. 15:10 hrs.

Wikipedia, la enciclopedia libre, “Familia”. <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>, martes 15 de marzo, 11:49 pm.

851 P.2d 776 (1993). Supreme Court of California, In Bank. Anna JOHNSON, Plaintiff and Appellant, v. Mark CALVERT et al., Defendants and Respondents, <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>, 29 de junio de 2011, 22:31 hrs.