



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LÍMITES EN LA CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y
PERSONALIDAD DE LA MADRE GESTANTE EN EL
PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

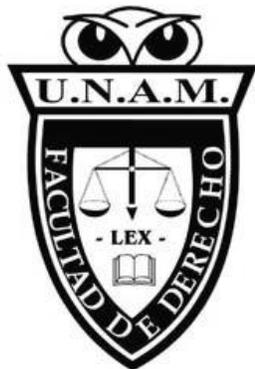
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

FABIOLA DÍAZ CORNEJO



ASESOR: DR. ANATOLIO GONZÁLEZ EMIGDIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D.F. 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV26/2012
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, **DÍAZ CORNEJO FABIOLA**, quien tiene el número de cuenta **30300191-9**, elaboró en este Seminario, bajo la asesoría y responsabilidad del **Dr. Anatolio González Emigdio**, la tesis denominada **“LÍMITES EN LA CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y PERSONALIDAD DE LA MADRE GESTANTE EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA”**, y que consta de **180** 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, autorizándose 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, lo cual, calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. a 7 de junio del 2012.

MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ
Encargada del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

México, Distrito Federal, a 29 de mayo de 2012.

**DRA. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PEREZ.
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO
CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

Por medio de esta misiva me dirijo a Usted para los fines siguientes:

Que en su oportunidad acepte dirigir la tesis de la alumna de nuestra H. Facultad de Derecho **FABIOLA DIAZ CORNEJO**, con numero de cuenta **303001919**, cuyo tema de tesis es **"LÍMITES EN LA CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y PERSONALIDAD DE LA MADRE GESTANTE EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA"** para obtener el grado de licenciada en derecho; por medio de la presente le comunico a Usted que dicha alumna ha concluido plenamente con su trabajo de investigación, mismo que a mi juicio contiene la metodología y las características que debe reunir una tesis profesional para obtener el grado de licenciatura en derecho, trabajo que someto a su digna consideración para efectos de que sea revisado y aprobado en su caso, para que la mencionada persona continúe con los tramites de la obtención del grado de licenciatura que se pretende.

Sin otro particular, reitero a Usted mi atenta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE


**DR. ANATOLIO GONZALEZ EMIGDIO.
PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.**

A la Universidad Nacional Autónoma de México:
Por abrirme sus puertas, permitir forjarme
como profesionalista y dejarme ser parte de su
comunidad.

A mis padres: Por enseñarme que el
rendirme no es una opción, por
amarme inmensamente, inculcarme los
valores que me definen como persona
y caminar conmigo durante cada nuevo
proyecto.

A Karla: Por ser el espejo en mi vida, por ser el
pilar que me sostiene cuando nada ni nadie
más lo puede hacer y sobre todo por
permitirme querer como propio al ser más
importante en su vida.

A Nayelli: Por cuidarme cada día y
seguir siendo un ser primordial en mi
vida.

A mis niños: Por demostrarme que si existe el
amor perfecto, cuando es incondicional,
desinteresado e infinito como el que cada uno
de ellos me brinda a su modo.

Al Lic. Anatolio González: Por sus
enseñanzas y guía durante el camino y
el tiempo que costó materializar esta
tesis, por su comprensión y paciencia,
por darme la libertad de plasmas mis
ideas, pero sobre todo por ser un ser
humano extraordinario.

A la familia Castañeda Martínez: Quienes han compartido conmigo cada momento importante en mi vida, a quienes agradezco su cariño, su apoyo, sus consejos.

A Gerardo y David: Por ser seres tan especiales en mi vida, por ser mis personitas favoritas y enseñarme que hay veces en que hay que reírse de la vida más que quejarse de ella.

A Evelyn, Paola, Paulina, Alejandra e Ilse: Gracias por aceptarme como soy, sin pretender cambiarme, por dejarme entrar en sus vidas y ser mis ángeles guardianes.

A Xitlali y Alberto: Un encuentro que ha culminado en una amistad incondicional, gracias por inyectarle risas a mis momentos buenos y malos, gracias por el viaje tan maravilloso que es nuestra amistad.

A Norma, Gina, Lucina, Thelma, Monse: No me cansaré de decirlo y repetirlo, ustedes entraron en mi vida como todas unas damas, en el momento justo, ni antes, ni después.

A Alejandra: Una mención especial, te agradezco infinitamente el que me hayas hecho comprender lo que para mi era incomprensible, agradezco el tiempo que dedicaste a esa labor, es para mi un honor estar entre las filas de tus amigos.

*“-¿Imposible? -el Enano lo miraba con la simpatía de doce mosquetones en un pelotón de fusilamiento-. Esa palabra no existe en el diccionario. Labraguette, que a pesar de ser general era un tipo leído, miraba al Ilustre, perplejo.
-Yo ju-juraría que sí, Sire. Imposible: algo que no es po-posible.
-Le digo que no existe -el Enano fulminaba a Labraguette con la mirada-. Y si esa palabra existe, cosa que dudo, va usted a la Academia y me la borra... ¿Se entera, Labraguette?”.*

La Sombra del Águila
Arturo Pérez Reverte

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN	I
 CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	
1. América.....	2
1.1 Estados Unidos de Norteamérica	2
1.2 Argentina	13
1.3 Colombia	17
1.4 Costa Rica	20
2. Europa	23
2.1. España	27
2.2. Alemania	30
2.3. Reino Unido	32
2.4. Italia	37
 CAPÍTULO II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	
1. Vida	41
1.1. Concepto	41
1.2. Comienzo de la vida	42
2. Salud	43
2.1. Salud en general	44
2.2. Salud reproductiva	44
2.2. Maternidad	45
3.1. Maternidad subrogada	45

3.2. Mujer gestante	47
3.3. Madre subrogada	47
3.4. Padre subrogado	50
4. Infertilidad	50
5. Esterilidad	52
5.1. Esterilidad conyugal	54
5.2. Esterilidad inexplicable	55
6. Reproducción humana asistida	56
6.1. Homóloga	56
6.2. Heteróloga	56
7. Técnicas de fecundación asistida	57
7.1. Fecundación asistida dentro del útero	58
7.1.1. La inseminación artificial	58
7.1.2. GIFT (“ <i>Gammet Intrafallopian Transfer</i> ”)	59
7.2. Fecundación asistida fuera del útero	60
7.2.1. Fecundación “in vitro” (FIV)	61
7.2.2. Fecundación “in vitro” con transferencia de embriones (FIVET)	62
7.2.2.1. Variante del FIVET	64
8. Embrión humano	65
8.1 Embriones supernumerarios	68
8.2. Criogenización de óvulos, espermatozoides y embriones humanos	69
8.2.1. Bancos de crioconservación	70
9. Donación de óvulos y espermatozoides	71

10. Adopción de embriones humanos	73
11. Responsabilidades derivadas de las técnicas de fecundación asistida ...	77
11.1. Responsabilidad por daños por manipulación de los embriones o por mala praxis asistida médica	79
11.2. Responsabilidad por alteraciones en el genotipo	81
11.3. Responsabilidad derivada de la utilización de gametos de un tercero donante	81
11.4. Responsabilidad derivada de la maternidad subrogada	83

CAPITULO III. MARCO JURÍDICO.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	88
2. Ley General de Salud	99
3. Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal	105
4. Código Civil para el Distrito Federal	110

CAPÍTULO IV. LÍMITES EN LA CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y PERSONALIDAD DE LA MADRE GESTANTE EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

1. La capacidad	118
1.1. Definición de capacidad	118
1.2. Aspectos de la capacidad	119
1.2.1. Capacidad de goce	119
1.2.2. Capacidad de ejercicio	119
1.3. Incapacidad	120
1.4. Capacidad de la madre gestante	122
2. Personalidad	124

2.1. Concepto en general	124
2.2. Concepto jurídico	124
2.3. Fin de la personalidad	130
2.4. Personalidad de la madre gestante	131
3. Legitimación	132
3.1. Concepto	132
4. Preservación de la salud por parte de la mujer gestante.....	135
4.1. Preservación del embrión por parte de la madre gestante.....	135
4.2. Imposibilidad a la interrupción del embarazo de forma unilateral.....	136
5. Término de atención médica y alimentos a la madre gestante posteriores al alumbramiento.....	139
6. Vida fértil de la mujer gestante	142
6.1. Parámetros físico y psicológicos.....	143
6.2. Certificado en la donación de gametos	145
7. Uso de la matriz.....	145
7.1. Instrumento de la maternidad subrogada	146
7.1.1. Convenio.....	147
7.1.2. Contrato.....	147
7.2. Naturaleza jurídica del Instrumento de la maternidad subrogada.....	153
8. Renuncia del vínculo filial.....	157
9. Sanciones para la madre gestante.....	164
10. Maternidad subrogada en el interior de la República Mexicana.....	167

CONCLUSIONES 169

BIBLIOGRAFÍA 175

INTRODUCCIÓN

¿Gestar a un hijo que jurídicamente no es propio?, esa es la pregunta medular en torno a la cual surge y se desarrolla no sólo la maternidad subrogada, sino también la problemática biológica, jurídica y ética que está detrás de ella.

La maternidad subrogada, o también denominado “alquiler de vientre”; en términos puramente coloquiales, debe entenderse como otra más de las técnicas de reproducción humana asistida, debe ser vista como un auxiliar para la procreación y formación de una familia, en la cual convergen tres partes: los padres subrogados, que serán aquellos que aporten los gametos respectivos para la implantación y la madre gestante, quien será aquella que aporte el vientre para la implantación del embrión.

Entre todas las técnicas posibles en materia de reproducción humana asistida, por las que una pareja puede optar, la maternidad subrogada es tal vez de la que más se ha hablado en los últimos años, aunque desde el año de 1984 se comenzó su práctica, y es que no es casualidad, ¿cuándo nos hubiéramos imaginado, como mujeres, tener la posibilidad de un hijo biológico sin haberlo gestado?; porque esa es la realidad, el niño que ha nacido es biológicamente nuestro porque posee nuestra carga genética, sin embargo, no hemos sido nosotras las que lo hemos llevado durante los meses de gestación dentro del útero y por el otro lado hay que tomar en cuenta y ser muy cuidadosos por lo que entendemos como madre, porque es en este punto que influyen razones sociales y no únicamente biológicas.

Comenzando con el **capítulo primero** se realizará un análisis a los antecedentes de la maternidad subrogada, así como de las técnicas de reproducción humana asistida, con la finalidad de revisar los parámetros y posturas que han seguido en países de primer mundo como lo son Estados Unidos de América, en el cual no existe una uniformidad respecto al tema, mientras en Nebraska o Nueva Jersey la han prohibido totalmente, otros como Pennsylvania y Carolina del Sur permiten esta práctica habiendo o no una

contraprestación económica; existiendo discusión en cuanto al grado de legalidad que deben tener las contraprestaciones así como los intermediarios; por otro lado, países como Reino Unido se vieron en la necesidad de regular más a fondo la maternidad subrogada, rechazando toda operación de agencias que fungieran como intermediarias.

Pero no son los únicos casos a analizarse, también encontraremos que Latinoamérica intenta sumarse al debate, por ejemplo, Argentina a pesar de que se pronuncia a favor de las técnicas de reproducción humana asistida, no lo hace respecto a la maternidad subrogada, argumento que se extiende a otros países latinoamericanos.

La importancia de llevar a cabo el estudio respecto a las legislaciones que contemplan tanto las técnicas de reproducción humana asistida, como de la maternidad subrogada, aceptándola o prohibiéndola según sea el caso, sirviendo de antecedente para establecer los parámetros mínimos que debe contener la legislación que el Distrito Federal pretende publicar, así como los pros y contras que podemos encontrar dentro del proceso de maternidad subrogada.

En el **capítulo segundo** se estudiarán conceptos fundamentales que apoyaran a un mejor entendimiento durante el desarrollo del trabajo, haremos una breve exposición sobre el momento en que se entiende que hay vida, concepto medulares como esterilidad e infertilidad, sus diferencias o similitudes si es que las hay; las técnicas de reproducción humana asistida, conoceremos qué son los embriones supernumerarios y qué pasa con ello, aunado al planteamiento de responsabilidades que deriven de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Así mismo la importancia de entender y conocer los conceptos en los cuales gira toda nuestra investigación: maternidad subrogada, mujer gestante, madre subrogada, padre subrogado.

En cuanto al **capítulo tercero** se analizará la legislación que sustenta a la figura de la maternidad subrogada, por supuesto en primer lugar tendremos la presencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente dentro de su artículo 4º constitucional en el cual dentro de su contexto encontraremos dos elementos trascendentales en nuestra investigación: la familia y la salud, haciendo el recuento respectivo en cuanto a su evolución.

Proseguiremos con la Ley General de Salud, incluyendo nuestro tema en cuestión dentro de la planificación familiar; también se estudiará el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, una breve explicación de su exposición de motivos, así como su estructura. No sin olvidar hacer la mención que si bien fue aprobada en el año 2010, hasta la fecha no ha sido publicada.

Finalizando este apartado con el Código Civil para el Distrito Federal, el cual carece de mención alguna de la maternidad subrogada en cuanto a temas como la filiación, las sucesiones, el reconocimiento de hijos e inclusive el encuadre o no del Instrumento de Subrogación Gestacional como contrato.

Ya en el **capítulo cuarto** entraremos de lleno al estudio de la capacidad, personalidad y legitimación de la madre gestante; plantearemos los requisitos mínimos que deberían ser tomados en cuenta para permitir que intervenga en el proceso de maternidad subrogada, la importancia que tiene la vida fértil de la mujer y la relación que guarda con el proceso y la madre gestante, conoceremos la naturaleza jurídica del Instrumento de Maternidad Subrogada, se hace un breve análisis sobre supuestos que no deberían estar contemplados en la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal y concluiremos con el tratamiento que da el Código Civil de Tabasco, respecto a la maternidad subrogada.

Adicionalmente se analizará si la maternidad subrogada es un contrato o un convenio, también si existe o no el supuesto de una doble maternidad; respuestas que se concluirán a través del desarrollo del presente trabajo de investigación, además daremos a conocer algunas de las obligaciones de la madre gestante.

México ha decidido sumarse a los Estados que se han pronunciado por la maternidad subrogada, más no en una jurisdicción a nivel federal; el ejemplo más claro lo tenemos en el Estado de Tabasco, quien contempla ya desde hace unos años a la maternidad subrogada dentro de su Código Civil, el Distrito Federal por su parte se sumó a este intento en el 2010 con la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.

Queda claro que la intención de nuestros legisladores es situar al Distrito Federal como punto de partida y pionero en estos procesos; una ley que este llena de ambigüedades abre la posibilidad de vacíos legales, se vuelve confusa y conflictiva, sobre todo si desde un principio los temas medulares no fueron tomados en consideración.

Los métodos que se utilizaron durante el desarrollo de la investigación fueron: deductivo, inductivo, analítico, histórico y jurídico.

En cuanto al método deductivo, consistente en que a través de conocimientos generales se llegan a formular afirmaciones particulares; lo vemos plasmado en el estudio de la capacidad, personalidad y legitimación cuando delimitamos el actuar de la madre gestante; de igual manera se refleja en el estudio para determinar si al hablar de maternidad subrogada estamos frente a un contrato o un convenio.

Otro de los métodos utilizados es el inductivo, en el cual por medio de un tema en particular se obtienen conclusiones generales; reflejado en apartados como la atención médica y alimentos a la madre gestante o la imposibilidad a la interrupción del embarazo en forma unilateral, toda vez que el Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, limita su tratamiento.

El método histórico también interviene toda vez que en el desarrollo de nuestro primer capítulo conocimos los antecedentes de varias legislaciones, ayudándonos a entender los acontecimientos y las razones por las cuales existen legislaciones que permiten o prohíben la maternidad subrogada.

Esperamos que la maternidad subrogada sea vista como la posibilidad de crear una familia, cuando otras posibilidades fueron agotadas o al menos esa es la idea por la cual nace, una idea “noble”, donde no interviene en beneficio económico; por tanto, merece en verdad una Ley que salvaguarde esa “nobleza”, que sancione a quien lo tenga que hacer y que refleje la protección al derecho de crear y proteger una familia, nuestro núcleo básico en la sociedad.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Partiendo del hecho que en nuestro país el tema de maternidad subrogada ha tomado auge en los últimos años, es importante manifestar que el concepto mencionado es relativamente nuevo para nosotros, socialmente estamos comenzando a familiarizarnos y comprendiendo figuras jurídicas que en países de primer mundo han surgido y llevado a la práctica como resultado mismo de su sociedad y las necesidades de irse adaptando a nuevas posibilidades.

Actualmente países como Ucrania, Sudáfrica, Estados Unidos de América permiten la subrogación gestacional, incluso mercantil, Australia, Gran Bretaña Dinamarca, Israel, Canadá, Países Bajos y algunos de los Estados de la Unión Americana, como Virginia y New Hampshire, asumen una subrogación gestacional no mercantil; Alemania, Noruega, Suecia, así como los Estados de Arizona, Michigan, Nueva Jersey pertenecientes a los Estados Unidos y Francia presentan prohibición en tanto a ésta figura. Sin embargo; hay que rescatar que si bien, no en todos los países esta regulada, esta práctica llega a realizarse aún sin un instrumento jurídico que la regule como es el caso de Bélgica, Grecia, Irlanda o Finlandia¹.

A continuación se exponen algunas de las diversas legislaciones extranjeras a efecto de proporcionar las bases y puntos claves que se han entendido fundamentales para la regulación tanto de técnicas de reproducción humana asistida así como de la maternidad subrogada.

¹ “Maternidad Subrogada en Rusia y en el mundo”, dirección de internet: http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php, fecha de consulta: 30 de mayo de 2011, hora: 14:40 p.m.

1. América.

Existen países, como Estados Unidos que han sido precursores dentro de nuestro continente en materia de maternidad subrogada, siendo ejemplo del como no sólo una necesidad social, sino también una realidad los impulsó a dar un paso adelante en la tarea del Estado de caminar en forma paralela con los intereses de su sociedad.

Parece evidente que el fin de estos países va más allá de tratar de alcanzar a países europeos que pueden regular o no estas prácticas, como veremos en su momento; su fin es proteger y garantizar el núcleo fundamental que integra a toda sociedad: la familia.

En el apartado siguiente se enlistan no sólo países que han alcanzado desarrollar legislaciones sobre la reproducción humana asistida o fecundación “*in vitro*”, sino también ejemplos como Argentina que si bien aún no está permitida la maternidad subrogada, sí se puede hablar de una donación de gametos y ser fecundados.

1.1. Estados Unidos de Norteamérica.

Comenzaremos este apartado recordando que Estados Unidos de Norteamérica es un país federal, compuesto por Estados independientes entre si y que existen tantas legislaciones como Estados que conforman esta área geográfica; es por ello que no se habla de un derecho de familia federal.

Estados Unidos de Norteamérica, como otros casos que veremos a lo largo del capítulo, no cuenta con una ley a nivel nacional que permita expresamente la práctica de maternidad subrogada, pero tampoco hay ley que la prohíba, cada

Estado ha regulado el tema unos permitiéndola, otros prohibiéndola, lo que si se ha encontrado es la existencia del *right to reproduce*.²

La jurisprudencia reconoce la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* como expresión derivada del *right to personal privacy*³, destacamos que la Suprema Corte del país en cuestión no ha pronunciado de manera expresa el contenido y alcance sobre este derecho.

La doctrina reconoce que se trata de un derecho el cual la titularidad recae sobre la pareja o persona estéril, incluso no siéndolo, que los faculta para la procreación ya sea de forma natural o por alguna de las técnicas de reproducción asistida.

Lo anterior ha dado paso a que se defienda la existencia de una nueva concepción sobre vínculos paternales cimentándolos en el afecto y el deseo de tener una descendencia, lo que vendría a explicar las atribuciones de la maternidad y/o paternidad a favor de quien recurre a una técnica de fecundación artificial.

Quienes argumentan que los contratos de maternidad subrogada están amparados por la constitución sustentan su argumento a partir de la mención anterior sobre el derecho de procrear como un derecho fundamental aludiendo que la interferencia del Estado con el arreglo de maternidad subrogada es inconstitucional. La doctrina prevé que el Estado no puede arbitrariamente dibujar distinciones entre personas que están similarmente situadas requiriendo razones sustanciales para cualquier distinción que pueda interferir con los derechos fundamentales de una persona.

² Derecho a la reproducción.

³ Derecho a la privacidad.

El Estado no verá como irrazonable distinguir entre un embarazo alcanzado naturalmente y un embarazo contratado, incluso entre diferenciar maternidad subrogada e inseminación artificial, en este último punto refiriéndose que se requiere más para ser madre sustituta que para ser un donador de esperma.

Al mismo tiempo se cita la cláusula del debido proceso, que protege de igual forma el derecho a procrear, recociéndole a este derecho suma importancia. Podría parecer preferible que se aceptara esta cláusula pues su argumento no depende de analogías sobre inseminación artificial o sobre parejas que han tenido a sus hijos de forma natural.

La principal traba será demostrar que las razones para prohibir la maternidad subrogada por parte del Estado son insustanciales comparándolo con la importancia de los derechos de la pareja infértil, en consecuencia:

1. Si las cortes deciden que el debido proceso protege el derecho del padre o de la pareja a participar en este tipo de contrato, la visión de la Corte deberá prevalecer aún si la legislatura estatal promulga estatuto en sentido contrario.
2. El balance entre daños y beneficios deberá ser mucho más claro para sostener el fallo si se basara en la Constitución.

Estamos de acuerdo en que los intereses del niño están por encima del de las partes en el contrato siendo coherentes y comprobables, quienes tienen una visión prohibitiva toman una posición en que es dañino para el niño nacer a través de acuerdos de maternidad subrogada, la realidad es que no hay suficiente evidencia de lo anterior; no se puede determinar el grado del daño que pudiera presentarse por éste o por otros esquemas de procreación.

Los intereses que entran en juego no sólo son el del niño, también el de las partes y los sociales, aunque hay que tener en cuenta que no existen razones afirmativas para el Estado de promover estos acuerdos más que el llenar los deseos de individuos deseosos de hacer uso de ellos.

A pesar de que se ha sustentado que si bien lo que se busca es un niño, la adopción podría entrar dentro de las posibilidades para la creación de una familia, sin embargo las mismas parejas argumentan la tardanza de los trámites y las negativas a entregar a los menores por parte de los servicios correspondientes.

La prohibición a la maternidad subrogada no determinaría la obligación hacia la pareja estéril o no de adoptar, aunque podría aumentar las posibilidades, si el Estado pretende una prohibición debe iniciar con sustentar eficientemente que el embarazo contratado es diferente a otros embarazos y que no puede ser tratado de igual forma; además se debe demostrar la existencia de un mal real, más allá de los juicios de valor, estando en el entendido que cualquier derecho a emplear una madre sustituta extendería su aplicación a otras tecnologías reproductivas.

La legalización y regularización podría frenar abusos y la clandestinidad de los procesos cuando la legislación local la prohíbe y una legislación como tal difícilmente puede disminuir las dificultades de un sistema no regulado, aunque por otro lado la regulación antes mencionada si bien puede promover también puede obstruir la maternidad subrogada⁴.

Los proyectos de ley presentados varían unos de otros, por mencionar que pocos son los que establecen límites sobre aquellos que se interesan en el procedimiento, permitiendo que ideas propias y prejuicios sean los que determinen dichas restricciones; las compensaciones y la confidencialidad en el proceso son otros problemas a regular, optando la mayoría por el anonimato, las pruebas

⁴ FIELD, Martha A. Subrogate Motherhood. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. England 1998. Pág. 61.

requeridas para las madres sustitutas están contempladas prácticamente en todos los proyectos y el tema del aborto por parte de la madre gestante entra a discusiones incluso constitucionales.

Proyectos de ley presentan toda una gama de perspectivas que van desde prohibir la maternidad subrogada, permitirla e incluso forzar al cumplimiento de los acuerdos, prohibiendo el aborto⁵, requerir que la madre siga un estilo de vida y dando al padre control médico sobre el embarazo.

Únicamente tres de muchos proyectos de ley han podido hacer la transición de ley dentro de su legislatura estatal, estos son los Estados de Lousiana en julio de 1987, Nebraska en febrero de 1988 y Michigan en junio del mismo año, todas en el mismo sentido, el contrato de subrogación es nulo e inaplicable⁶. En el caso de Michigan la celebración de dichos contratos es ilegal e incluso fija penalidades que van desde multa hasta prisión; considera que se explota tanto a la mujer como al niño; el caso de Arkansas donde el proyecto fue aprobado siendo los contratos de subrogación ejecutables, el gobernador en turno vetó dicho proyecto.

Muchos proyectos siguen siendo considerados y discutidos dentro de los diversos Estados de esta nación, existiendo toda una gama de posiciones, algunos tendientes a la prohibición total de la subrogación donde encontramos a Nebraska, Nueva Jersey, Iowa, Kentucky y Maryland; también encontramos proyectos donde hay una contraprestación y el contrato es ejecutable.

Existen proyectos como el de Nueva York (A 2403) que señala que el contrato será inaplicable si la madre objeta dentro de los 20 días después del alumbramiento, entendiendo que se refiere a la madre sustituta. Connecticut se debate aún entre hacer inaplicable o ilegal esta práctica en razón de que el proyecto señala que cualquier niño nacido como resultado de una inseminación artificial pertenece a la madre y al esposo, incluso si la madre esta dispuesta a

⁵ Cuando se tiene contemplado.

⁶ FIELD, Martha A. Ob. Cit. Pág. 155.

entregar el niño a los padres contratantes después del nacimiento no lo podrá hacer de forma directa.

Otros proyectos no toman una posición en si, simplemente recomienda la creación de comisiones de estudio como el caso de Rhode Island y Delaware.

California es uno de los Estados que ha legislado y donde se ha aceptado la maternidad subrogada, ya sea por medio de un contrato o acuerdo particular pueden ejecutarse de forma coercitiva y gozan de valor legal; el punto a destacar es que se manifiesta que los padres genéticos o biológicos son considerados como los verdaderos padres del niño que nace mediante esta práctica, basándose en que los padres contratantes son lo que decidieron tener descendencia y al no poder hacerlo por métodos naturales toman la iniciativa de llevar a cabo la maternidad subrogada.

Hay que mencionar que en los Estados de Illinois, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Oregon, Pennsylvania y Carolina del Sur existen proyectos de leyes donde se admite la maternidad subrogada ya sea existiendo o no una contraprestación económica.

Un caso importante respecto del supuesto que estamos tratando es el de *Baby M.* en el cual la Corte Suprema de Nueva Jersey hizo un fallo que marcaría este precedente y ha tomado importancia a lo largo del territorio estadounidense; las partes en conflicto eran Mary Beth Whitehead y el matrimonio Stern, quienes habían celebrado un contrato de arrendamiento de vientre pactando un precio de 10,000 dólares⁷, el caso versó sobre la subrogación, pues coincidía la figura de la maternidad, en la madre biológica con la portadora, sin embargo la señora Whitehead renunciaría a los derechos de filiación y el niño llevaría el apellido Stern.

⁷ Haciendo notar que el aspecto altruista si bien sigue estando presente, hay una remuneración económica directamente para la madre gestante.

La señora Whitehead fue evaluado psicológicamente, pues el matrimonio consideraba importante la evaluación únicamente en cuanto a si ella cambiaría de opinión, el Infertility Center concluyó que no había peligro en cuanto a la renuncia, se le informó a la señora Whitehead que había pasado su examen sin embargo se advirtió que esta última demostraba ciertos rasgos que podían hacer difícil la renuncia al niño; pero este último detalle no fue notificada a ninguna de las partes.

Una vez nacida la niña, la madre sustituta la entrega al tercer día, cual se había pactado, más se arrepiente y la reclama, consiguiendo que se la entreguen y no teniendo la intención de devolverla es cuando comienza el proceso. El Tribunal de Instancia de Nueva Jersey reconoce la existencia del contrato agregando que la madre sustituta bien pudo arrepentirse hasta el momento de la concepción, pero una vez ocurrido lo convenido era exigible el contrato.

En el año de 1987 la Corte Suprema de Nueva Jersey, revocó la sentencia del Tribunal de Instancia y declaró la nulidad del contrato de maternidad subrogada calificándolo de ilegal, pero la niña fue devuelta al matrimonio Stern por causas diversas al conflicto primordial, se consideró que el matrimonio estaba en mejores condiciones para solventar una mejor calidad de vida a la niña.

Los motivos por los cuales da inválido e inexigible el contrato de subrogación materna fueron:

- La paga de los servicios personales de la señora Whitehead es ilegal y tal vez criminal.
- La existencia de una coerción en el contrato, la madre portadora debe renunciar de forma irrevocable al niño antes de la concepción y del nacimiento, estos acuerdos son totalmente inexigibles.
- Las cláusulas de renuncia a sus derechos como madre entran en conflicto con los estatutos de Nueva Jersey y por la política que establece este Estado, donde apunta que los niños deberían quedarse y ser educados por

sus padres naturales además de que la afirmación en el contrato donde se decide una custodia antes del nacimiento sin tener en cuenta el interés del menor viola las normas.

Agregando que el contrato de subrogación entra en conflicto con diversas leyes y éstas fueron tomadas por la Corte para resolver el caso mencionado, quedando:

- ❖ Las leyes que prohíben el uso del dinero en relación con las adopciones. En el caso *Baby M.* el contrato se estructuró:
 - La señora Stern no era parte del contrato.
 - El dinero pagado a la madre sustituta fue la contraprestación por el servicio que prestó, más no por la adopción.
 - El pago de los 10,000 dólares se hizo efectivo contra la renuncia de la madre sustituta de los derechos sobre el niño.
- ❖ Las leyes para la supresión de derechos de los padres sobre los hijos. En el caso *Baby M.*:
 - La renuncia a los derechos sobre el hijo se establece en un contrato que era violatorio.
- ❖ Leyes que versan sobre la renuncia de la custodia y prevén que la renuncia sea revocable. En el caso *Baby M.* :
 - Por contrato se renuncia a la custodia de forma irrevocable cuando las leyes exigen que sea revocable en la mayoría de las veces y la misma legislatura establece las circunstancias en que no lo será.

A nivel federal sólo tres proyectos han sido introducidos en el Congreso, el 14 de mayo de 1987 el demócrata Tom Luken de Ohio introdujo un proyecto el cual prohíbe realizar o negociar un acuerdo de subrogación que tenga una base comercial, en la cual una persona pretende recibir o reciba de forma directa o indirecta algún pago. Además de prohibir publicidad con fines de llevar a cabo la subrogación. Por un lado se busca la prohibición a nivel federal de que los

contratos puedan ser ejecutables y por otro lado, que se usen fondos federales para pagar este tipo de contrataciones.

La realidad es que no hay regla específica concerniente a la subrogación, aunque aun se están considerando y debatiendo las normas que han de adoptarse respecto al tema, a pesar de los esfuerzos a nivel nacional para llegar a un consenso estos han sido insuficientes, incluso la Ethics Committee of the American Fertility Society ha tenido sus reservas sobre la subrogación, sin embargo no ha concluido firmemente sobre el tema, pero uno de sus integrantes menciona que “la subrogación tendría que llegar a ser ilegal de forma inmediata”.

Incluso la presencia de agencias para llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada se ha manifestado, percatándonos que hay casos en que lo extienden a nivel internacional, existiendo criterios que toman en cuenta para la selección de madres subrogadas como lo son:

- a. Encontrarse en perfecto estado de salud.
- b. Estar libres de cualquier enfermedad de transmisión sexual.
- c. Residir en alguno de los Estados dentro de Estados Unidos donde las leyes sean favorables para llevar a cabo esta práctica.
- d. Haber concebido al menos un hijo.
- e. No haber tenido complicación en el embarazo previo.
- f. Tener una relación sentimental estable.
- g. Que el compañero sentimental apruebe y apoye el alquiler del vientre.
- h. Un interés en comprometerse con los futuros padres.
- i. Ajustarse al proceso de selección y protocolo de consejería.
- j. Tener estabilidad económica.
- k. Tener un pasado judicial limpio.
- l. No ser fumadora.
- m. Poseer su propio medio de transporte.

- n. Ser ciudadana de los Estados Unidos o ser residente permanente.
- o. Cumplir con requerimientos de índice de masa corporal.

Lo que nos hace preguntarnos ¿estos acuerdos violan las prohibiciones de la venta de bebés? ¿Debería prohibirse todo contrato de maternidad subrogada? Como se ha mencionado, algunos Estados involucran un pago para la madre sustituta, a parte de gastos médicos y gastos por el embarazo, pudiendo ser considerado como violatorio por la venta de menores.

La *Baby Broker acts* limitan o prohíben compensación a intermediarios relacionados con la transferencia de un niño⁸, así que los centros mencionados o los abogados que arreglen una maternidad subrogada podrían entrar dentro del supuesto; hay defensores de este contrato que manifiestan que el pago que se da es por los servicios en la concepción y por llevar al niño a término más no por la entrega de niño, otros manifiestan que el arreglo recae sobre una renta y no en una venta del producto.

La realidad es que se pueden hacer argumentos en cualquier sentido, la Corte Suprema de Nueva Jersey dijo que el dinero que se pagaba era para obtener una adopción privada por dinero y no por los servicios personales de la madre sustituta, en cambio la Corte Suprema de Kentucky, al contrario de la anterior, sostuvo que los contratos de maternidad subrogada pagada no constituyen venta de bebés porque el niño no fue concebido en el momento de la creación del acuerdo.

No podemos perder de vista que siempre habrá una gran influencia en cuanto a nuestra propia visión a si se debería prohibir o permitir estos contratos y esto podemos verlo reflejado en las declaraciones hechas por diferentes cortes de un mismo país.

⁸ Por cuestiones de seguridad y para no entrar en tipologías penales como trata de personas.

Por otra parte los contratos que se han acordado que no tengan una remuneración también merecen una reflexión, pues agencias intermediarias se han valido de esto para el reclutamiento de las madres sustitutas, en primer lugar es entendible que estos contratos levanten ciertas sospechas y que los mismos contratantes hagan parecer este contrato más legal de lo que realmente es.

Algunos arreglos de maternidad subrogada sin un pago pueden involucrar a una hermana o amigo, incluso quien se ofrezca al procedimiento puede estar compensando experiencias pasadas: culpa por un aborto, gratitud por ser adoptadas, recrear sus propio abandono o factores psicológicos más profundos; aunque también pudiera ser un acto puramente generoso y sin lucro, de acuerdo a los psicólogos quien aplica para ser madre sustituta son gente con un alto grado de empatía por otros y es aquí donde entran las agencias para usar esa empatía y reclutarlas adulando a las potenciales madres para que estén de acuerdo a realizar el proceso.

Hay que reconocer que en lo expuesto anteriormente con relación al pago si es parte importante en la toma de la decisión, la agencia puede escudarse en un pago de gastos que en realidad es un incentivo monetario.

Diversas opiniones han recalcado que una jurisdicción que pretenda remover todo incentivo financiero dentro de la maternidad subrogada únicamente debería permitir el pago de gastos médicos erradicando aspectos comerciales y reduciendo las posibilidades de explotación combinándolo con una prohibición a pago de intermediarios, aunque los promotores que buscan que las cuotas sean legales también tienen parte de razón, sin un pago la maternidad subrogada estaría muy limitada.

Debemos evitar perdernos en la creencia de que este país pareciera ser el paraíso para poder realizar estas prácticas, pues como bien hemos observado la regulación no es uniforme e incluso entre ellos hay contradicciones y opiniones

opuestas, enfrentándose al igual que muchos otros países a sus propios valores. Existen límites tanto para los padres como para aquellas mujeres que impulsadas, ya sea por un sentimiento de ayuda o lucro, se someten a una maternidad; generando toda una serie de acontecimientos legales, como bien podemos darnos cuenta a pesar de que desde la década de los ochentas esta práctica dio sus primeras muestras aún 20 años más tarde sigue generando conflictos.

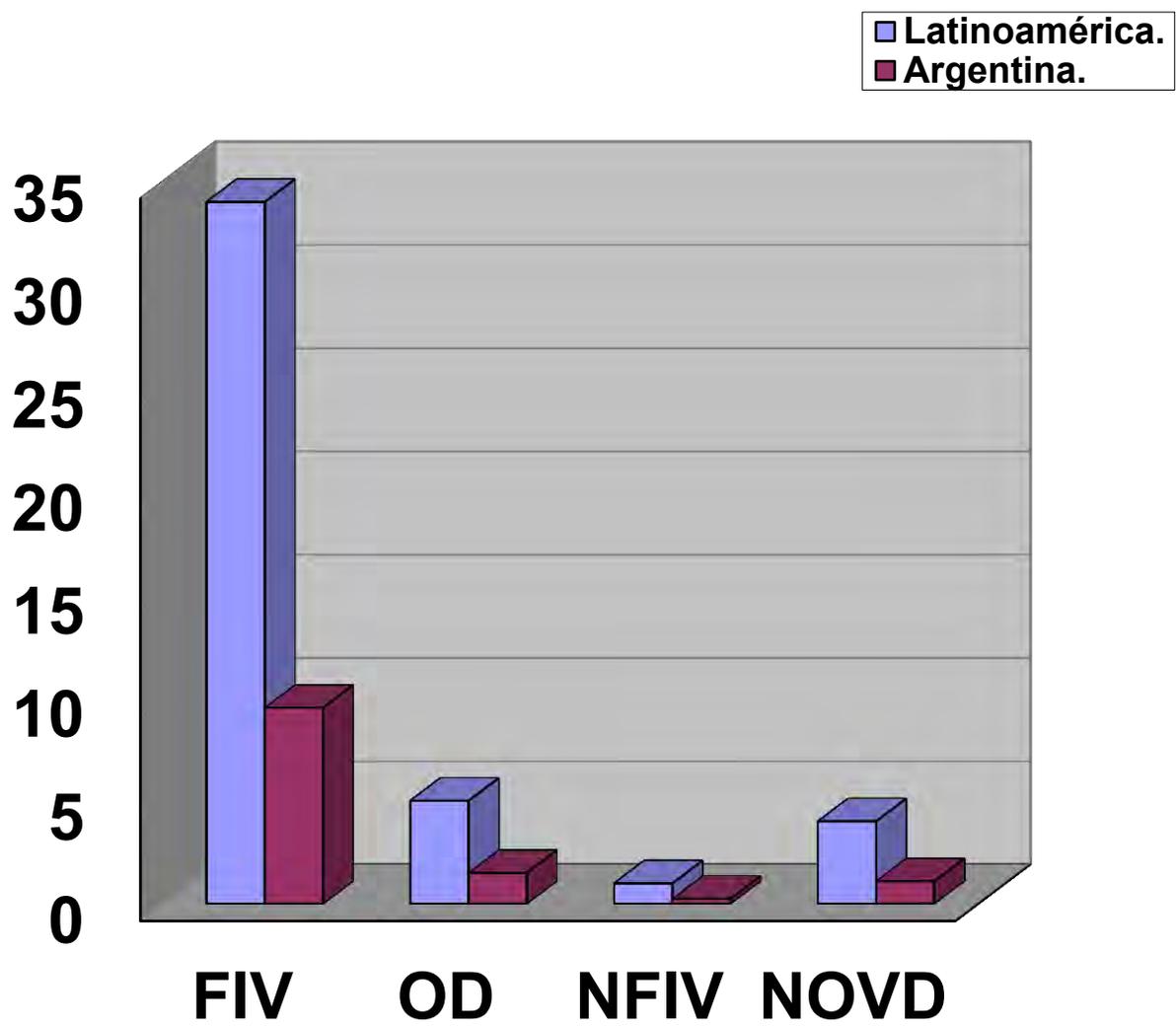
1.2. Argentina.

Si bien es cierto que Argentina no tiene una legislación concreta sobre maternidad subrogada y que el surgimiento de sus proyectos de reproducción humana asistida no difiere mucho del año en que nosotros comenzamos a hacer los propios no se puede ignorar el hecho de que es uno de los países latinoamericanos que ha intentado en repetidas ocasiones introducir estas técnicas y consecuentemente se ha interesado por regularlas; quien propusiera en primer término sería la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (por sus siglas S.A.M.E.R.) quien desde el año 2008 ya buscaba que el cuerpo legislativo tomara en cuenta que estas prácticas se hacían cada vez más populares como una opción para remediar el problema de infertilidad, incluso propuso una iniciativa de ley tomando como punto de partida que tanto la fertilización *in vitro* así como la ovodonación han arrojado cifras significativas como lo publicó la misma S.A.M.E.R. en el año 2007⁹:

- Número de Tratamientos de FIV (fertilización *in vitro*) en Argentina y Latinoamérica.
 - 43,000 Tratamientos en Latinoamérica.
 - 9,500 Tratamientos en Argentina.
- Número de Tratamientos de OD (ovodonación) en Argentina y Latinoamérica.

⁹ "Sociedad Reproductiva de Medicina Reproductiva", dirección en internet: http://www.samer.org.ar/docs/fertilización_asistida_2006.polt, fecha de consulta: 01 de junio de 2011, hora: 16:11 p.m.

- 5,000 Tratamientos en Latinoamérica.
- 1,500 Tratamientos en Argentina.
- Número de niños nacidos por FIV (fertilización *in vitro*) en Argentina y Latinoamérica.
 - 1,000 Niños nacidos en Latinoamérica.
 - 250 Niños nacidos en Argentina.
- Número de niños nacidos por OD (ovodonación) en Argentina y Latinoamérica.
 - 4,000 Niños nacidos en Latinoamérica.
 - 1,100 Niños nacidos en Argentina.



Las cifras anteriores fueron tomada en cuenta por la H. Cámara de Diputados del país referido en el fundamento del proyecto de ley que presentó con el título de “Accesibilidad y Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida”. Entre los puntos a destacar podemos encontrar que las técnicas de reproducción asistida las dividen de acuerdo a su complejidad: en bajas y altas; equiparando estos términos a lo que nosotros conocemos como fecundación asistida dentro o fuera del útero, aunque a primera vista la maternidad subrogada entraría dentro de la división de complejidad alta por el hecho mismo de que el proceso ocurre fuera del seno materno su prohibición no afecta el hecho de poder donar gametos de terceros.

Hay que subrayar que dentro de sus prohibiciones se enlistan el comercio de preembriones o embriones, clonación, manipulación genética con fines no terapéuticos o la creación de individuos en laboratorio, más no contempla explícitamente el impedimento de la maternidad subrogada.

En contraparte el proyecto de ley presentado en el año 2008 por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva sí expresa en su articulado que el contrato que se realice para llevar a cabo la maternidad subrogada es nulo, salvo la autorización de la autoridad que establezca la ley, en ninguno de los dos casos se puede considerar que dicha técnica encuadre dentro de las prohibiciones que cada una pone a consideración dando lugar a lagunas de tipo legal, lo que nos hace pensar que dicha prohibición va más a un carácter ético y/o moral que a un carácter meramente jurídico.

Esta ley no sólo permite y regula figuras como el carácter gratuito del uso de gametos provenientes de terceros o el carácter secreto de la identidad del donante, pasando por la posibilidad de la crioconservación por un plazo no mayor a los 5 años; tiene como beneficiario toda persona mayor de edad y capaz que haya sido informado sobre éstas, lo que destaca es el hecho de que busca que esta técnica no sea costeadá únicamente por el particular, sino por el Estado

contemplando modificaciones de su normativa laboral a modo que parejas que decidan someterse a tratamientos afines obtengan licencia por gravidez para dicho fin; propone un cambio dentro de su seguridad social.

Es importante señalar que diversos legisladores argentinos han presentado proyectos de ley tendientes a regular los métodos de reproducción asistida quienes entre otros tópicos han incluido sus posturas respecto al contrato de maternidad subrogada o locación de vientre; se muestra a continuación los pronunciamientos respecto al tema:

Legislador	Contrato de locación de vientre
Natale	Nulo de pleno derecho
Brito y otros	Sanciona la utilización de material genético ajeno a la pareja
Mendoza y Troyano	Lo prohíbe
Romero	No hace pronunciamiento alguno
Caamaño	Prohibido y nulo
Laferriere-Storani	Nulo
Caamaño-Corchuelo	Prohibido y nulo

1.3. Colombia.

Es verdad que actualmente Colombia, como en el apartado anterior, no cuenta con una legislación que permita la maternidad subrogada, sin embargo tampoco se ha generado legislación que la prohíba, misma que nos motiva a hacer un análisis. En el año del 2003 el congreso de Colombia emitió el Proyecto de Ley 46 donde pretendía regular el contrato de las técnicas de reproducción asistida y en su contenido exponía la disposición en relación a la nulidad del alquiler del útero.

La misma ley contiene un artículo en el que establece los requisitos para el contrato de técnicas de reproducción humana asistida debiéndose cumplir cada una de las prescripciones establecidas señalando en su primer inciso la necesidad de que la pareja, inclusive resaltando un *hombre y una mujer* estén dispuestos a celebrar dicho contrato, siendo que más adelante da a conocer la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga una gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Para mayor entendimiento debemos tomar en cuenta que en el escenario contractual correspondiente se toma en cuenta tres aspectos:

- Libertad de decisión: refiriéndose al intercambio preliminar de ideas entre las partes con el fin de determinar las condiciones y el alcance de cada obligación que surge a partir del contrato a celebrar. La importancia de esta primer etapa es que desde este punto las partes ya deben guardarse buena fe, prudencia, respeto, incluso pudiendo ser indemnizados los perjuicios causados.
- Libertad de conclusión: es la expresión del consentimiento para llevar a cabo el contrato, pudiendo ser este consentimiento en sentido positivo o negativo.
- Libertad de configuración: en esta etapa se configura el contrato, procurando siempre una certeza y seguridad jurídica.

Ahora bien, siguiendo el mismo orden de ideas existen actos jurídicos atípicos, siendo aquellos que no han sido objeto de regulación normativa, lo cual no impide que tenga efectos jurídicos y vinculantes siempre que no atente contra el orden público; la problemática aquí viene siendo que convierte a las partes en creadores de relaciones jurídicas dando lugar a que cada uno interprete sus necesidades particulares en estos esquemas.

El caso anterior viene a colación en cuanto al contrato de arrendamiento de vientre en Colombia, como podemos percatarnos el que carezca de una estructura contractual no es razón para etiquetar de ilegal este acto jurídico, pues como anteriormente se ha mencionado un contrato atípico goza de plena validez.

Existen planteamientos jurídicos, que si bien no han sido suficientes ni terminológicas ni conceptualmente para autorizar la celebración de contratos de maternidad subrogada, vía el arrendamiento de vientre, permiten concluir su permisión. Hay perspectivas que afirman que el contrato de arrendamiento de vientre esta provisto de plena legalidad desde que se reconoce que hay un sin fin de posibilidades jurídicas y que no se puede regular cada una de ellas y que este tipo de contrato al carecer de una regulación específica sería considerado como contrato atípico.

La constitución nacional colombiana no impide la celebración del contrato en cuestión, en su artículo 42 reconoce y expresa que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...” incluso podemos percatarnos que en el año de 1998 por medio del Decreto número 1546 se autoriza la creación de “Unidades de Biomedicina Reproductiva” Pudiendo concluir que ya hay una aceptación de los procedimientos médicos en materia reproductiva.

En contraparte existente argumentos que sostienen el por que no se le debe dar validez jurídica al contrato de arrendamiento de vientre, enumerándolos de la siguiente forma:

1. Produce explotación de la mujer pobre por la rica.
2. Introducir una tercera en el proceso de procreación constituye un ataque a valores fundamentales.
3. La capacidad de gestar es intransferible, no puede ser objeto de transacciones.

4. La maternidad subrogada es un atentado a la dignidad de la persona, el cuerpo femenino queda sometido a comercio.
5. Plantea conflictos de derechos y obligaciones de las posibles madres.
6. Ni la mujer es una incubadora humana, ni el niño una mercancía.
7. Hay deformación de la relación madre-hijo.
8. La subrogación es degradante para el niño intercambiado por dinero.
9. Se instaura la extraña figura de la adopción pre-natal.
10. El anonimato en materia de fecundación artificial es nulo.
11. Hay impacto ético-familiar y social.

1.4. Costa Rica.

Es interesante darnos cuenta como un caso llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el motor que provocó cambios de opinión y perspectiva en Costa Rica, desde su publicación, el 3 de marzo de 1995, existía en el país en cuestión el Decreto presidencial número 24029-S que reglaba la práctica de la fecundación *in vitro* y establecía concretamente que éste era un procedimiento legal que “solamente” se aplicaba a matrimonios, prohibía la inseminación de más de seis óvulos y disponía que todos los embriones deberían ser depositados en el útero materno, estando negado el congelamiento, preservación o descarte de embriones.

En el año 2000 la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica consideró inconstitucional la práctica de fecundación *in vitro*, pues exponía que atentaba claramente contra la vida y dignidad del ser humano, al considerarse al embrión humano persona desde el momento de la concepción y por tanto negándose a que fuera tratado como objeto y no siendo legítimo constitucionalmente que fuera expuesto a un riesgo de muerte, la sentencia anterior suspendió la práctica *in vitro*.

Por su parte la Asamblea Legislativa del país en cuestión emitió en el año 2003 el Proyecto de Ley número 15.26 el cual reforma al Código Civil y de Familia para introducir disposiciones sobre la protección de la vida humana sustentándose en la sentencia anterior, aportando que más que los valores por los que la Sala Constitucional toma en cuenta su sentencia y refieren que son vida contra derecho a la descendencia los que están en “juego”, tendrían que estar más enfocados a una discusión sobre la viabilidad actual y efectiva de un ser humano, analizando que en general la Sala decidió apostar a la vida y evitar pérdida de cigotos a proporcionar viabilidad para alguno de ellos.

En el año 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un informe de admisibilidad tratando el caso de Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs Costa Rica (caso 12.361) donde responsabilizaba al Estado costarricense por la suspensión del derecho a fecundación *in vitro*¹⁰.

Se alegó que la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica violaba los artículos 1,2,4,5,8,11,17,24,25,26,32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 3,10,15 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales y finalmente los artículos 1 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; adicionalmente se sostenía que la regulación existente en Costa Rica en relación a la técnica de fecundación *in vitro* no representaba un atentado contra la vida basándose en que no toda evolución del embrión llega al nacimiento o incluso que los porcentajes de éxito en la gestación natural y de la fecundación “*in vitro*” se asemejan una a la otra; aún se encuentra pendiente la decisión final.

¹⁰ “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, dirección en internet: <http://www.cidh.org/women/CostaRica.12361sp.htm>, fecha de consulta: 01 de junio 2011, hora: 18:16 p.m.

En cuanto a la maternidad subrogada en el Proyecto de Ley número 15.236 especifica claramente la nulidad de contratos que tengan por destino utilizar el cuerpo humano con fines reproductivos o de gestación reafirmando más adelante al indicar que los procedimientos de fecundación asistida que requieran de la transferencia de gametos o la concepción fuera del seno materno exclusivamente serán implantados en la mujer integrante de la pareja.

Nos topamos una vez más con un caso de nulidad en cuanto a esta técnica, sin embargo en el mismo orden de ideas se nos da la posibilidad de manifestar que la razón por la que la maternidad subrogada es nula es por la idea de que el embrión no debe o puede ser tratado como objeto.

Es importante integrar a Costa Rica a este estudio por el hecho de que ya desde el año de 1995 existía un ordenamiento jurídico que permitía los procedimientos de fecundación *in vitro*, abriendo paso a que se gestaran nuevas posibilidades para: contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana, como la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica dio a conocer.

Destacamos que si bien la maternidad subrogada no está regulada de forma independiente en todos los países latinoamericanos, si resaltamos el hecho de que ya cuentan con una legislación que se encarga de los procesos de reproducción humana asistida, comprobando que a pesar de no estar a la altura de Estados Unidos en cuanto al tema referente, hemos sentado ya las bases que ayuden a adaptar y mejorar las leyes correspondientes, Latinoamérica es joven en cuanto a estas técnicas y su aceptación o negación van encaminadas por cuestiones de cultura que aún en temas como éstos pesan e impiden su tratamiento y por consecuencia su evolución.

2. Europa.

Estamos conscientes que Europa es innovador en cuanto al tema que tratamos, pudiéramos incluso creer que la razón principal radica que en general el continente presenta un bajo índice de natalidad como lo refleja el comparativo que hace CIA World Factbook¹¹ sobre la tasa bruta de natalidad en Europa hasta enero del 2009, presentando el número promedio anual de nacimientos durante un año por cada 1000 habitantes, arrojando los siguientes resultados:

País	Valor
Turquía	19
Albania	15
Irlanda	14
Islandia	13
Francia	13
Macedonia	12
Luxemburgo	12
Montenegro	11
Moldavia	11
Noruega	11
Reino Unido	11
Eslovaquia	11
Dinamarca	11
Rumania	11
Países Bajos	10
Finlandia	10
Estonia	10

¹¹ "Index Mundi", dirección de internet: <http://www.indexmundi.com/map/?t=0&v=25&r=eu&l=es>, fecha de consulta: 01 de junio de 2011, hora: 21:42 p.m.

Malta	10
Andorra	10
Portugal	10
Bélgica	10
Suecia	10
Polonia	10
Letonia	10
Liechtenstein	10
España	10
Bielorrusia	10
Croacia	10
San Marino	10
Ucrania	10
Suiza	10
Hungría	10
Bulgaria	10
Grecia	9
Lituania	9
Mónaco	9
Eslovenia	9
Bosnia y Hercegovina	9
República Checa	9
Austria	9
Italia	8
Alemania	8

No hay que perder de vista que en general toda tasa de natalidad proyecta el crecimiento de una población y ejemplos como Italia y Alemania presentan los valores más bajos en rangos que no van más allá de un valor 15, siendo Turquía la excepción con 19; a contraposición de Latinoamérica el cual sus valores oscilan

entre los 14 y los 28; ahora bien si tomamos en cuenta una tasa de fertilidad europea refleja el número promedio de hijos que nacerían por mujer si todas las mujeres vivieran hasta el final de sus años fértiles y dieran a luz de acuerdo a la tasa de fecundidad promedio para cada edad, dando como resultado:

País	Valor
Turquía	2
Albania	2
Francia	2
Islandia	2
Irlanda	2
Luxemburgo	2
Noruega	2
Mónaco	2
Dinamarca	2
Finlandia	2
Suecia	2
Reino Unido	2
Países Bajos	2
Bélgica	2
Macedonia	2
Liechtenstein	2
Malta	2
Portugal	1
Suiza	1
Croacia	1
Estonia	1
Bulgaria	1
Alemania	1

Austria	1
Rumania	1
Grecia	1
San Marino	1
Hungría	1
Eslovaquia	1
Andorra	1
Italia	1
España	1
Letonia	1
Eslovenia	1
Polonia	1
Moldavia	1
Ucrania	1
Bosnia y Hercegovina	1
Bielorrusia	1
República Checa	1
Lituania	1

Una vez más nos enfrentamos a hechos irrefutables mientras los rangos anteriores son de 1 y 2, en el caso de Latinoamérica, van de 2 a 4 los promedios por debajo de dos hijos por mujer indican una disminución del tamaño de la población y una edad media cada vez más elevada, punto y aparte es lo que estos valores tratan de señalar puntualmente, una disminución aún mayor de la población en las próximas décadas en Europa, tomando en cuenta los datos estadísticos anexados en el cuadro anterior¹².

¹² Ídem.

2.1. España.

La Ley 35/1988, promulgada el 22 de noviembre de 1988, reguló por primera ocasión en el país ibérico la aplicación de técnicas de reproducción asistida, conteniendo la prohibición de obtener embriones humanos con cualquier fin ajeno a la procreación, prohibía la clonación humana, la investigación con embriones, únicamente era posible cuando estos estaban muertos o no eran viables además de existir la restricción en el uso del diagnóstico genético preimplantatorio a la selección de embriones en función de la viabilidad con la finalidad de descartar una transferencia en caso de enfermedad grave, decreta la nulidad del contrato de alquiler de vientre.¹³

Tendrían que pasar 16 años para que la ley anterior se reformara, la Ley 45/2003 buscó darle solución a la acumulación de embriones humanos congelados estando en una situación de abandono; expresando que los embriones congelados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley en mención podían ser destinados a la investigación, siendo tratados de acuerdo a lo establecido en la ley sobre donación de órganos y tejidos; los embriones generados posteriores a la reforma únicamente tendrían un fin reproductivo, ya fuera para la pareja generadora o por donación a otras mujeres.

Se limitó a tres los óvulos que podían ser implantados, pero siguió regulando casos en dónde se podían implantar un número mayor a tres óvulos, la pareja se comprometía a asumir una transferencia futura de los embriones y en caso de que se imposibilitara lo anterior serían donados a otras parejas con fines meramente reproductivos; esta ley pretendía que se tuviera más control sobre el ajuste al equipo médico para evitar el mayor número de embriones congelados y sin transferencia.¹⁴

¹³ "Comunidad de Ayala", dirección de internet: <http://www.comayala.es/catequesis/repasistida.htm>, fecha de consulta 28 de junio de 2011, hora 14: 29 p.m.

¹⁴ Idem.

El 17 de mayo del 2006 aparece la Ley 14/2006, derogando las leyes anteriores, que regula la aplicación de las técnicas de reproducción humana, es de destacar que busca la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, los supuestos y requisitos para utilizar gametos y pre-embiones humanos congelados, se prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.¹⁵

Autoriza un máximo de tres pre-embiones por ciclo reproductivo, permite decidir a la pareja o mujer el destino de los embiones sobrantes, siendo las opciones:

- I. Utilización por la propia mujer y su cónyuge.
- II. Donación con fines reproductivos.
- III. Donación con fines de investigación.
- IV. Cese de su conservación sin utilización.

Regula la donación de gametos, mediante contrato gratuito, formal y confidencial y nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La gestación por sustitución es nula, existiendo o no un precio, además de que la filiación de los hijos nacidos bajo la gestación por sustitución se determina por el parto quedando a salvo acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico.

La legislación española ha decretado la nulidad del contrato del alquiler de vientre por el que se convenga la gestación, ya sea onerosa o gratuita. Durante el coloquio celebrado en Francia, “Genética, Procreación y Derecho” en 1985 se pudo notar que no se estaba seguro el sentido en el que se tenía que legislar, algunos pretendieron una Ley que prohibiera el recurso de la madre portadora, otros sostuvieron la validez del compromiso suscrito y se pidió que se legalizara.

¹⁵ Ídem

Las discusiones siguieron presentándose y la opinión general acerca del contrato fue contraria sólo cuando su forma era onerosa, imponiendo la gratuidad como característica pero con el derecho por parte de la madre de alquiler a una indemnización cuando así se determinara.

Dentro de la Comisión Especial de Estudios de Fecundación “in vitro” y la Inseminación Artificial Humana¹⁶ del año 1986, la mayoría de los asistentes estuvo a favor de la prohibición alegando una manipulación del cuerpo de la mujer y conllevar a la manipulación de la vida humana.¹⁷

En la doctrina española apenas es discutible la nulidad de los contratos de gestación de sustitución, manifestando que la nulidad se encuentra en el objeto desde el momento en que la procreación es intransferible y personalísima, además de constituir un servicio que atenta contra otras leyes, la moral y buenas costumbres

Otros lo encuentran inexistentes porque su objeto está fuera del comercio, suponen un fraude respecto al proceso de adopción y una transacción no permitida. Como consecuencia de la nulidad del contrato también serán nulos pactos accesorios y es aquí donde entra la disyuntiva ¿una vez entregado el niño la madre sustituta puede reclamarlo? Incluso podemos pensar que ni siquiera está obligada a entregar el niño o a que se pida una indemnización por la omisión, algo definitivamente que nos hace reflexionar.

¹⁶ Conocido igualmente como Informe Palacios.

¹⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. La Maternidad Portadora. Subrogada o de encargo en el Derecho Español. Ed. Dikinson, Madrid. 1994. Pág. 96

2.2. Alemania.

Podemos decir que el inicio de la discusión del tema que estamos tratando, maternidad subrogada, se dio en el año de 1984 cuando el Ministro Federal de Justicia, Hans Engelhard, y el Ministerio Federal de Investigación y Tecnología, el Dr. Heinz Riesenhuber, formaron una comisión de estudio en torno a la problemática de los, para ese entonces, nuevos métodos de fertilización *in vitro*, un año más tarde, en 1985 la Subcomisión de Representantes Jurídico elaboró lo que sería el primer informe dando connotaciones de madre de alquiler, de préstamo, nodriza ,sucedánea, según la costumbre de designación de tal fenómeno, produciéndose en casos donde se observara:

1. Una mujer se sometiera a una inseminación heteróloga con el espermatozoides de un hombre que desea adoptar, posteriormente en conjunto con su esposa, al niño.
2. Una mujer da a luz a su propio hijo genético, creado *in vitro* con espermatozoides de un hombre que, como en el caso anterior, desea adoptarlo en conjunto con su esposa.
3. Una “madre sustituta” se muestra conforme con llevar para los padres genéticos un embrión genético.

Con los puntos anteriores dentro del informe, el cual se limitó a la maternidad subrogada en relación con la fecundación extracorpórea, se aconsejó la prohibición de instalaciones médicas donde se tuviera por objeto estas prácticas, el entonces Ministro de Justicia, Hans A. Engelhard, expresó que las madres portadoras constituían una “inusual forma de comercio humano ilegal” y apuntó que todos los acuerdos de maternidad subrogada tienden al resultado de una adopción del niño.¹⁸

¹⁸ Ibídem. Pág. 61.

Ante este hecho y el que el gobierno alemán ya preparaba lo que sería un proyecto de ley donde expresamente se prohibía la maternidad subrogada, como consecuencia de lo anterior la primer Agencia de Madres de Alquiler de la República Federal Alemana, United Families Internacional, teniendo sede en Francfort recibió una orden judicial de suspensión inmediata de sus actividades por parte de un Alto Tribunal Administrativo del Estado de Hesse.

El Congreso médico Alemán acordó que la maternidad subrogada debe rechazarse por los inconvenientes que presenta en cuanto a la equiparación de una comercialización de la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, sin restar importancia al peligro que existe en cuanto a la madre portadora, sus motivos económicos, a que no se pueda adaptar a una forma de vida, la negación a entregar al niño o en caso de que el menor presente alguna discapacidad ninguna de las partes dentro del acuerdo se quisiera hacer cargo de él.

Para el año de 1990 Alemania ya expedía la Ley alemana de protección al embrión (nº 745/90), siendo más exactos el 13 de diciembre del año antes mencionado y entró en vigor el 1º de enero de 1991, la ley anterior no es más que un listado de sanciones divididas en los siguientes supuestos:

- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.
- Utilización abusiva de embriones humanos.
- Interdicción en la selección del sexo.
- Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem.
- Modificación artificial de células sexuales.
- Clonación.
- Creación de quimeras e híbridos.¹⁹

¹⁹ Cada uno de los puntos anteriores representan los primeros siete artículos, respectivamente, de la Ley Alemana de Protección del Embrión número 745/90.

Desde un punto más práctico a esta ley le resulta más fácil enunciar todo aquello que no será permitido dentro de sus prácticas para la reproducción asistida en vez de plasmar decenas de artículos que pudiesen incluso provocar vacíos legales, prefiere dejar claro la parte de las prohibiciones y sus sanciones incluso permitiendo una interpretación a *contrario sensu*, no más de 13 artículos son los que conforman la ley alemana de protección al embrión.

La maternidad subrogada la podemos encontrar encuadrada dentro de la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, sancionando con pena privativa de la libertad o multa a quien practique una fecundación artificial o transfiera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego del nacimiento.

La razón de que sea nula la práctica de la maternidad subrogada es que se considera que el niño es tratado como mercancía.

2.3. Reino Unido.

De gran repercusión mundial fue el caso de la señora Kim Cotton, que dio a luz una niña para una pareja estéril el 4 de noviembre de 1984, mediante inseminación artificial. La niña nació en el Victoria Maternity Hospital, existiendo como mediador la agencia Surrogate Parenting Association; los tribunales ingleses determinaron la retención legal de la niña ante la denuncia de los funcionarios de servicios sociales del gobierno.²⁰

La decisión judicial versó en que permanecería bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de Menores decidiera su futuro además de permitir los trámites de adopción, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña sería entregada a la pareja contratante mientras se preparaban los trámites anteriores.²¹

²⁰ *Ibidem*. Pág. 35

²¹ *Idem*.

La pareja contratante abonó alrededor de 8,000 libras por concepto de derechos de la agencia intermediaria, como la retribución a la señora Cotton, quien ya había manifestado que la razón por la cual necesitaba el dinero era para realizar diversas mejoras en su casa.

La situación en cuanto a los contratos de subrogación son más claros en Reino Unido que en Estados Unidos, refiriéndonos a que de forma temprana se dio el caso que permitió rechazar la maternidad subrogada al atentar contra el orden público. El reporte ofrecido en el año de 1984 por el Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology se sugirió hacer ilegal la creación u operación dentro del territorio de agencias cuyo propósito fuera el reclutar mujeres para llevar a cabo una maternidad subrogada, o hacer acuerdos para particulares o parejas los cuales utilizaran los servicios de una madre “portadora”, la legislación debía ser lo suficientemente clara²².

En el año de 1985 el acuerdo comercial de subrogación fue prohibido, pero esta prohibición no se extendió a acuerdos privados y sólo las agencias y los intermediarios serán penalmente responsables, no así los que utilizan los servicios, situación que no es mencionada en otra de las legislaciones analizadas en el capítulo.

En consecuencia el 16 de julio de 1985 entra en vigor la Surrogacy Arrangements Act adquirió fuerza de ley, donde define a la madre sustituta como “aquella mujer que da a luz a un niño en cumplimiento de un contrato con el propósito de entregar a la criatura a otra u otras personas”.²³

En marzo de 1987 se presentaron ante Tribunales los dos primeros casos de maternidad subrogada tras la aprobación del Acta de 1985, el primer caso contempló un supuesto de contrato de maternidad subrogada por 10 mil libras

²² FIELD, Martha A. Ob. Cit. Pág. 158.

²³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. Ob. Cit. Pág. 52.

habiéndose puesto la ausencia de interés económico por parte de la portadora, pues la cantidad estipulada se utilizaría para el pago de daños o gastos, la primer cantidad abonada fue de mil libras, cuatro mil durante el embarazo y las cinco mil restantes fueron rechazadas pues la madre subrogada había obtenido ganancias gracias a la publicación de un libro publicado bajo seudónimo: el juez estimó que había una ausencia de acuerdo comercial y negó la existencia de pagos por concepto de la maternidad en cuestión, la sentencia se dictó a favor de los adoptantes.

En el segundo caso la custodia fue otorgada a favor de la portadora, esta había acordado con un matrimonio un contrato de subrogación y se acordó el pago de una suma global a la entrega del niño; la portadora a dos meses antes del parto tuvo dudas acerca de la entrega de los gemelos pues se habían despertado sentimientos maternales, al alumbramiento en el año de 1986 se rehusó a entregar a los niños, el 12 de marzo de 1987 el juez acordó la custodia a la madre sustituta porque consideró que el vínculo establecido entre portadora y los niños durante la gestación era satisfactorio.

Las recomendaciones emitidas por la Comisión Warnock contenidas en el “Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana” se estructuran con 64 recomendaciones divididas en cinco incisos, los cuales a continuación se mencionan en puntos a destacar:

a) Organismos para la concesión de licencias y funciones del mismo.

Dentro de este primer inciso destaca el establecimiento de una ley que regule las concesiones tanto para la investigación como para servicios destinados al tratamiento de infertilidad, todos los servicios deberán realizarse bajo licencia incluido el suministro de gametos y bancos para almacenarlos.²⁴

²⁴ Idea primaria enablada dentro de las primeras tres recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana. Julio 1984. Londres.

La prestación de algún servicio de inseminación artificial con donante será bajo licencia, de carecer la anterior se entenderá como delito, permite la donación de gametos así como de embriones, manifiesta los lineamientos básicos para el uso clínico de embriones congelados.

Manifiesta que la compraventa de embriones o gametos debe ser permitida sólo existiendo de por medio una autorización por el organismo seleccionado como concesionario de las licencias correspondientes y estará sujeta a las condiciones que éste determine.²⁵

b) Principios que deben regular la prestación.

El anonimato del donante así como de la pareja receptora deberá observarse en todo momento, es decir, antes, durante y después del tratamiento, el consentimiento previo para iniciar el proceso de inseminación artificial con donantes será por escrito.

Una vez cumplidos los 18 años el hijo podrá acceder a la información sobre el origen y salud genética del donante, lo que nos hace pensar que será el mismo servicio de salud, pues será aquí donde se prevé el resguardo de listas centrales de donantes, quien le proporcione dicha información suponiendo que no se proporcionará la identidad de éste último: caso contrario podríamos advertir una contradicción entre recomendaciones.

El instrumental que tenga como fin la selección de sexo estará bajo el control de la ley de medicina²⁶ con el fin de garantizar la seguridad, eficiencia y niveles aceptables del instrumental.

²⁵ Recomendación número 17 del Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana. Julio 1984. Londres.

²⁶“Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido)”, dirección de internet: http://www2.uah.es/bioetica_alcala/INFORME%20WARNOK.pdf, fecha de consulta: 20 de mayo de 2011, hora: 12: 27 a.m. Tomado como traducción literal, sin embargo también podríamos especificarla como Ley de Salud.

Cada 5 años se realizará revisión de depósitos de gametos humanos y el periodo máximo de almacenamiento de embriones será de 10 años, una vez cumplido este último periodo el derecho a decidir el uso y disposición de un embrión pasará a las autoridades responsables de la conservación.

c) Prestaciones del servicio.

Se vislumbra la creación de un grupo de trabajo a nivel nacional el cual se integrará por departamentos centrales de salud, autoridades sanitarias y personas especializadas en el campo de infertilidad; expresando que la fecundación *in vitro* seguirá siendo una prestación de la cual se encargue el servicio nacional de salud.

d) Límites legales a la investigación.

En este inciso redetermina que será entendido como delito, estipulándose los siguientes supuestos:

- Cualquier uso de autorizado de un embrión *in vitro*.
- Tratar o utilizar como objeto de investigación cualquier embrión humano derivado de la fecundación *in vitro* más allá del límite de 14 días después de la fecundación.
- Trasladar al cuerpo de la mujer algún embrión utilizado como objeto de investigación.
- Fecundación inter-especies utilizando gametos humanos.
- Compraventa de gametos o embriones sin la autorización correspondiente del organismo concesionario de licencias.

e) Modificaciones legales.

En esta última parte de la Comisión Warnock establece lo que son disposiciones concernientes a la filiación, determinando que el donante carece de

derechos deberes respecto al hijo, siendo los padres la pareja receptora, aplacándose esta medida tanto en niños nacidos por fecundación *in vitro* como por donación de embriones.

Como se hace mención con anterioridad, la maternidad subrogada queda estrictamente prohibida existiendo de por medio un pago, así como la creación de agencias o intermediarios para llevar a cabo embarazos subrogados.

En este punto el entonces Secretario de Servicios Sociales, Norman Fowler, explicó al respecto, que lo que se buscaba era la prohibición de la maternidad subrogada de carácter lucrativo, contemplando la explotación comercial de la mujer y del niño así como la intervención de agencias.

Finalizando con el supuesto en que si a la muerte del padre existiese un embrión y éste no estuviera en el útero de la madre en la fecha de la muerte no podrá ser tomado en cuenta para sucederle o heredarle, así como que la progenitura será tomada en cuenta a partir de la fecha y hora del nacimiento y no de la fecha de fecundación.

Hay que tener presente que la maternidad subrogada, gratuita o sin precio no se reputa ilegal en el Reino Unido, pero una vez que se ha efectuado un pago el acto puede encajar en las infracciones contenidas en el acta ya analizada.

2.4. Italia.

El suceso que pondría a Italia a discutir sobre la maternidad subrogada se dio en el año de 1988 cuando una mujer de 48 años, madre de tres hijos y separada de su marido, mantenía desde varios años una relación con un joven 13 años menor que ella; deseando la pareja tener un hijo se encontraron con la dificultad de que la mujer no podía tener más hijos por motivos de salud, el

ginecólogo Severino Antinori implantó un óvulo fecundado artificialmente a la hija, quien tras una gestación sin complicaciones dio a luz a su propio hermano.

Tras ataques de otros médicos sobre la inadmisibilidad del procedimiento realizado, Antinori señaló que dicho procedimiento era una contestación a las mujeres que iban a París a alquilar un útero pagando hasta 10 mil dólares, que en este caso era como una donación de algún órgano, haciendo alarde de que la hija no había cobrado nada.

El suceso anterior desató una polémica médica, jurídica, teológica y de opinión pública en el país, se llegó a poner en duda la veracidad de la historia y el Parlamento discutió acerca de quién debía ser considerada la verdadera madre.

La mayoría de los proyectos de ley en materia de fecundación artificial no hacían referencia a la maternidad subrogada, el partido liberal proporcionó un proyecto donde prohibía la práctica médica que originara una subrogación en la maternidad. El 28 de marzo de 1985 se presentaba una regulación donde se prohibía el acuerdo por el que una mujer asume un compromiso de forma gratuita al proporcionar su ovocito para realizar un embarazo hasta el nacimiento y ceder la criatura a otra pareja, se prohíbe el acuerdo en el cual la mujer se limita a la gestación y al parto de un embrión fecundado con gametos de otra pareja, obligándose a entregar al nacido; pese a prohibiciones y sanciones si se llegase a realizar esta práctica y la portadora entregase al niño esto se equiparará a un abandono, pudiendo el tribunal competente estimar adoptable al niño y dar su custodia a la pareja idónea.

Es clara la prohibición sobre la maternidad subrogada desde los primeros bocetos de ley referentes a la fecundación artificial, de igual modo ya se prevén penas de reclusión hasta por dos años y multas para los contratantes.

En 1990 un Tribunal de Monza declaró la nulidad de un contrato de alquiler de útero, tras la reclamación de la pareja contratante a la madre portadora para el cumplimiento del acuerdo, debido a que después del nacimiento del niño la portadora se negó a la entrega del recién nacido exigiendo un pago mayor al pactado. La nulidad del contrato se declaró en razón de que atentaba contra los principios de la Constitución y de sus códigos tanto civil como penal, donde se reconoce y protege el derecho que tiene el menor a crecer en una familia formada por sus padres y la posibilidad de integrarse a una familia sustituta sólo en caso de falta o incapacidad de la propia, añadiéndose que la calidad de madre corresponde sólo a la que ha dado a luz al menor.

En febrero del 2004 se aprobó por parte del Senado italiano la Ley 40/2004 de Reproducción Asistida, sin embargo esta ley está llena de restricciones en cuanto al acceso a las técnicas de reproducción asistida adicionando una serie de prohibiciones que imposibilitan aún más el acceso a éstas, entre las que se encuentran:

- ❖ Uso de gametos de donantes (tanto óvulos como espermatozoides).
- ❖ La crioconservación de embriones.
- ❖ La maternidad subrogada.
- ❖ Investigación clínica sobre embriones.

Las restricciones en esta ley las podemos encontrar en:

- El acceso a los métodos de reproducción asistida sólo será para parejas heterosexuales estables.
- Se admite la crioconservación siempre y cuando la salud de la mujer se vea comprometida al momento de la implantación, posibilitando intentos subsecuentes.

Se presentó a consideración del Congreso un proyecto de procreación artificial homóloga en la que se admitía la maternidad subrogada sólo en casos de infertilidad, sin embargo este proyecto fue rechazado.

Pese al comparativo antes expuesto sobre las tasas de natalidad y fertilidad europea y los resultados arrojados en donde claramente podemos notar que los valores tienden a ser abismales en comparación con los latinoamericanos, la maternidad subrogada no entra como una opción para aumentar la natalidad de la población europea a partir de técnicas de reproducción.

A diferencia de las leyes expuestas en el apartado anterior, Europa pareciera tener una justificación que va más allá de cuestiones culturales, morales, éticas o incluso de más de una a la vez, siendo la resolución emitida el 16 de marzo de 1989 sobre fecundación *in vitro* el Parlamento Europeo expresa que toda forma de maternidad por sustitución debe ser rechazada²⁷.

Teniendo estos antecedentes ¿por qué México pretende a partir del proyecto correspondiente permitir esta práctica?, la respuesta inmediata sería que una de sus influencias más directas, Estados Unidos de Norteamérica que, a pesar de sus dificultades ha podido seguir realizando esta práctica, sin embargo hay que tomar en cuenta que de nada nos valdría copiar esquemas si nuestras realidades sociales son otras además de que la maternidad subrogada no viene sola, forma parte de un eslabón donde en primer lugar se deben regular adecuadamente las prácticas de reproducción humana asistida, sin esto una regulación tendiente a la maternidad subrogada carecerá de sustento y estará llena de contradicciones y lagunas legales.

²⁷ “Bioética, cuerpo y mercado”, dirección de internet: http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Revista3/Articulo_Bergel.pdf, fecha de consulta: 20 de junio de 2011, hora 16:59 p.m.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

La necesidad personal o de pareja de tener una familia, desde la perspectiva individual de lo que cada uno de nosotros entienda como tal y de procreación han tenido como resultado el desarrollo de diversos métodos que tienen como tarea auxiliar a que este propósito se cumpla, si bien no son procedimientos fáciles en la actualidad representan una nueva alternativa para el nacimiento de un niño.

Las técnicas de fecundación asistida se utilizan y perfeccionan día a día y por ello la importancia de tener un panorama general que nos haga comprender en qué consisten y la función que ha desempeñado en el aspecto médico que le ha valido la importancia para que un gran número de países hayan decidido regularla o estén en aras de hacerlo.

Podemos entender que tenemos conocimientos primarios sobre los conceptos que se expondrán pero es importante tener claro las diferencias entre cada uno de ellos y sus aportaciones a efecto de proporcionar datos suficientes que permitan una discusión lo más claramente posible del tema que estamos tratando, la maternidad subrogada y sus límites, siendo preciso dar las bases sobre los temas expuestos y como se han ido involucrando poco a poco en el ámbito del derecho.

1. Vida.

1.1. Concepto.

No cabe duda de que la persona es el ente jurídico protegido por el derecho y que los avances científicos han cambiado drásticamente la importancia en la

valoración de los derechos fundamentales que protegen al ser humano, como son el derecho a la libertad y el derecho a la vida; exponiendo una interrelación entre los mencionados, cuando hablamos en casos de materia genética, de la libertad sobre nuestro propio cuerpo.

Entendido como un derecho fundamental, su característica primordial, del ser humano y por tanto substancialmente básico, el cual se protege y respeta por su condición única y esencial y por el hecho mismo de que el ser humano es el titular por la simple razón de ser subjectum iuris.²⁸

La vida incluso se ha conceptualizado no sólo como un derecho, sino como un valor suprahistórico en el momento en que atribuimos valores tanto positivos como negativos, concretamente la misma vida y la muerte; provocando un carácter sacro y el que nadie pueda disponer de ella a capricho.

1.2. Comienzo de la vida.

El derecho ha tenido la misión de definir a partir de qué momento la vida goza de su protección y reconocimiento; las legislaciones civiles en el mundo han limitado sus respectivos articulados a un reconocimiento “desde la concepción”, sin embargo mucha de esta normatividad fue plasmada anterior al desarrollo tecno-biológico–científico que hoy existe y que han desprendido vocablos tales como gametos, cigoto, embrión y pre-embrión.

Por otro lado, la diferencia que entiende el derecho penal y el derecho civil respecto al concepto de vida, la distinción penal va más enfocada a la comisión de un homicidio o incluso de lesiones.

No se ha determinado, en forma tajante, desde que momento comienza la vida humana, si cuando se unen los dos gametos, si al encontrarse el embrión en

²⁸ Sujeto del Derecho.

el vientre de la madre, si cuando el embrión ha implantado en el útero o cuando se forma el sistema nervioso.

Se ha señalado con frecuencia que “desde la fecundación hay vida específicamente humana, vida que en su programación genética posee en todo momento el potencial completo de un ser humano”²⁹

Las preguntas por excelencia son ¿el embrión es un ser humano? y consecuentemente ¿es lo mismo ser humano que ser persona?, respuestas que serán sumamente importantes para el derecho y su ámbito de aplicación y que abordaremos con más amplitud en el tema correspondiente.

Personalmente comparto la idea de que una persona es un sujeto de derechos y obligaciones y el embrión humano no cumple con estas características, toda vez que si bien es cierto que se le han brindado derechos, no así obligaciones; sin perder de vista que los derechos que se han reconocido son *derechos humanos*, siendo el derecho a la vida en torno al cual gira la discusión; por lo anterior el embrión, a opinión propia es un ser humano.

2. Salud.

El derecho social es un conjunto de normas jurídicas el cual tiene el objeto de proteger a núcleos de individuos más débiles, para lograr un efecto de equilibrio dentro de la sociedad; dentro del rubro hemos de encontrar el derecho a la protección de la salud.³⁰

²⁹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación in vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993. Pág.73

³⁰ SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. Perspectivas ético-jurídicas de la clonación terapéutica. Ed. Porrúa. México. 2008. Pág. 227.

La principal característica del derecho social es que privilegia los intereses colectivos por encima del interés individual, todo ello encaminado a generar condiciones más justas de vida. Pero estos derechos llevan aparejadas obligaciones de hacer para el Estado, el cual debe generar condiciones necesarias para que estos derechos puedan ejercerse y por tanto proteger la salud mediante el funcionamiento de medios necesarios para acceder a ella.

La salud es un valor fundamental al individuo así como a la colectividad, pues carecer de una comunidad sana es difícil programar un desarrollo social por lo que la necesidad de protección a la salud, tanto individual como colectiva, viene a plantearse de suma importancia.

2.1. Salud en general.

El preámbulo de la constitución de la OMS (Organización Mundial de la Salud) establece que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente de ausencia de afecciones o enfermedades.

Entendiendo entonces que la salud, en su forma integral, comprende aspectos corporales, fisiológicos e incluso emocionales, teniendo una correlación entre ellos para el desarrollo de la persona humana.

2.2. Salud reproductiva.

“Es un estado general de bienestar físico, mental y social, en todo aspecto relacionado con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos; incluyendo la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida”.³¹

³¹ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.

3. Maternidad.

Científicamente la maternidad ha sido entendida como la relación que se establece con la procedencia del óvulo a partir de la madre. Planiol y Ripert señalan “el hecho material del parto es la primera prueba que debe aportarse de la maternidad”³². Entendiéndose entonces que la maternidad no puede determinarse por una presunción como en el caso de la paternidad.

3.1. Maternidad subrogada.

Cuando una infertilidad, llámese femenina, masculina o de ambos no puede ser resuelta por tratamientos farmacológicos o por vía quirúrgica surge la posibilidad de subrogar en otra mujer la posibilidad de gestar; lo que llamamos maternidad subrogada.

El diccionario de la Real Academia Española define subrogar como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, y precisamente de eso se trata la maternidad subrogada, o también denominado “alquiler de vientre”; en términos puramente coloquiales, no es más que la sustitución del vientre en un proceso de gestación, vientre que será aportado por otra mujer hasta el momento del alumbramiento y en el cual convergen tres partes: los padres subrogados, que serán aquellos que aporten los gametos respectivos para la implantación y la madre gestante, quien será aquella que aporte el vientre para la implantación del embrión.

Existiendo dentro del proceso de maternidad subrogada modalidades a las cuales se les ha reconocido como tal:

- 1) La madre gestante únicamente aporta el vientre, mientras que los gametos son aportados por la pareja requirente.

³² Cit. por. ZAVALA PÉREZ, Diego H. Derecho Familiar. Segunda ed. Editorial Porrúa. México, 2008. Pág. 252

- 2) La madre gestante aporta el vientre y el óvulo que será fecundado, mientras que el varón aporta el espermatozoide para la fecundación.
- 3) La madre gestante aporta el vientre, mientras que los gametos son aportados por donadores ajenos a la pareja requirente.

En opinión personal, el ideal del proceso tendría que ser la primera modalidad, la madre gestante **únicamente aporta el vientre**, los gametos deben ser proporcionados por la pareja; incluso la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada lo da por entendido al presentar sus conceptos, aunado al hecho de que si tomamos en cuenta que los supuestos posteriores, el que la madre gestante aporte el óvulo o que los gametos sean aportados por terceros, implican toda una serie de consecuencias jurídicas más complejas.

La maternidad subrogada es entendida por Zannoni como “el caso en que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja”³³

En Estados Unidos de América han definido a la maternidad subrogada como “una aplicación novel de la técnica de inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil”.³⁴

La práctica médica consistente en la aplicación de mórulas humanas en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundada por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con el nacimiento; es lo que nuestros legisladores han propuesto para determinarla.

³³ Cit. por. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. “La fecundación Artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 316

³⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. Ob. Cit. Pág. 20.

3.2. Mujer gestante.

La maternidad gestacional se refiere a la persona que lleva a cabo la gestación, entendiéndose como la mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete a llevar a cabo la gestión del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento.

Por otro lado, también podemos encontrarla como “la mujer que presta su útero de manera gratuita, para el desarrollo del embrión hasta el desarrollo del producto”.³⁵

Por el momento será todo lo que aportaremos al respecto en este apartado, la razón es que más adelante nos damos cuenta que esta figura llega a dilucidarse doctrinalmente con la de madre subrogada,

3.3. Madre subrogada.

La madre subrogada desde el punto de vista de la terminología internacional da espacio a diferentes expresiones³⁶:

- ⇒ Los anglosajones la refieren como *surrogate mother*.
- ⇒ Francia por su parte lo expresa como *mère de substitution*, *mère porteuse*, *mère de remplacement* y *Pret d' uterus*.
- ⇒ Italia emplea el término *affitto di utero* o *locazione di utero*
- ⇒ Alemania la puntualiza como *Leihmutter*

³⁵ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida. LX Legislatura del Congreso de la Unión. Presentada el 28 de julio de 2010, definido en su Artículo 8, fracción XVII.

³⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. Ob. Cit. Pág. 22.

⇒ En el caso de España y México empleamos los términos maternidad de alquiler, madre suplente, madre portadora y madre gestante.

Muchos son los conceptos que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre esta figura, es importante resaltar la importancia de tener en claro el quién y/o qué encuadra dentro de la madre subrogada, pues para fines de esta tesis este termino será utilizado en repetidas ocasiones a partir de este punto.

Comenzaremos por explicar lo que se entiende por subrogar:

⇒ Sustituír

⇒ Poner una persona o cosa en lugar de otra

En el ámbito de la medicina, subrogar es una práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra. El Proyecto de Decreto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal no sólo da la definición anterior, también dentro de su artículo 3º fracción X considera madre subrogada “mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestión en su útero y que aporta su material genético para la fecundación”.

Ahora bien, procederemos a resaltar denominaciones como la que en su momento pronunció la CAHGE (Committe of Expert on Genetic Engineering)³⁷ que no es más que “una mujer lleve en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja”.

Jaime Vidal Martínez llama sustituta o madre subrogada a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena.

³⁷ En la Recomendación 934, sobre ingeniería genética, aprobada en 1982 en el Consejo de Europa.

Por su parte, como en su momento vimos, el Informe Warnock la entiende como “la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregarlo una vez haya nacido”.

Podemos entender entonces que una madre subrogada es una mujer fértil que decide, de forma voluntaria, gestar un niño en beneficio de una pareja o mujer estéril hasta su nacimiento y producido el alumbramiento entrega al niño renunciando a un vínculo filial.

La Iglesia Católica³⁸ ha dado a conocer las hipótesis en el rubro de madre subrogada:

1. La mujer que lleva la gestión de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.
2. La mujer que lleva la gestión de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar al hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Los puntos clave que identifican a la madre subrogada son:

- Mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente.
- Lleva a cabo el embarazo y da a luz en beneficio de una pareja a título gratuito.
- Renuncia a derechos maternos sobre el hijo.

³⁸ En la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.

Concluiremos entonces resaltando que mientras nuestro proyecto de ley diferencia a la madre subrogada como aquella que está imposibilitada para gestar por si misma, la legislación extranjera y la doctrina la equipara a la mujer gestante, toman estos dos conceptos como sinónimos, pudiendo generarnos confusión en cuanto a las figuras que intervienen en el proceso de la subrogación.

3.4. Padre subrogado.

Entenderemos al padre subrogado como el “hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación”³⁹. Bajo los términos anteriores bien puede ser un hombre miembro de una pareja o bien de un donante, no se menciona en ningún momento que tenga que ser el primer caso, por tanto abre la posibilidad de una donación de gametos.

4. Infertilidad.

Para hablar de una infertilidad y comprenderla debemos partir del entendimiento de qué se entiende por fertilidad, definida como “la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse”⁴⁰, una conceptualización más reciente la inclina a la capacidad fisiológica de una mujer, de un hombre o de una pareja para producir un hijo vivo⁴¹, a partir de ello podemos entender a contrario sensu que la infertilidad es esa incapacidad de reproducirse. En cuanto a la infertilidad Arturo Arrighi nos dice que es “la imposibilidad de llevar a término al producto concebido que en un momento dado puede ser corregido.”⁴²

³⁹ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010, artículo 3º fracción XII.

⁴⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. “La fecundación Artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 3

⁴¹ “Green Facts”, dirección de internet: <http://www.greenfacts.org/es/glosario/def/fertilidad.htm>, fecha de consulta 15 de mayo de 2012, hora 15: 42 p.m.

⁴² “Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM”, dirección de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2011, hora de consulta: 17:29 p.m.

La terminología española distingue entre la esterilidad e infertilidad, entendiendo la primera como la “incapacidad para concebir”⁴³, mientras que la infertilidad es “la incapacidad de una mujer para conseguir, después de quedar embarazada, que la gestación concluya en nacimiento de hijos viables”⁴⁴.

Otro punto de vista doctrinal en cuanto a la diferenciación entre esterilidad e infertilidad es que la primera es la “imposibilidad de efectuarse la fecundación siendo esta alteración irreversible”⁴⁵ por su parte en cuanto a la infertilidad es conceptualizada como “la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y el desarrollo del embrión o feto”⁴⁶. Por su parte en la terminología inglesa se consideran mucha veces estos términos como sinónimos.

La Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal al igual que la iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Reproducción Humana Asistida definen a la infertilidad y citando a la Organización Mundial de la Salud como “un padecimiento asintomático diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año. La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad con derecho a ser tratada”, sosteniendo que el 90% de los casos presentados existe solución a través de tratamiento médico. Sin embargo, lo anterior no nos dice mucho, si bien es una enfermedad existen muchas más que pueden ser tratadas médicamente, no plantea realmente un concepto que pueda diferenciarla con la esterilidad, por lo cual el legislador no fue claro y por tanto su definición es insuficiente para nuestro estudio.

⁴³ MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Ediciones Marino Barbere Santos .Madrid. 1989 Pág. 64

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos. “Una propuesta de Regulación”. Tomo II. Editorial Porrúa. México. 2007. Pág. 27

⁴⁶ Ídem

Para efectos del presente estudio he considerado hacer la diferencia de los mismos, pues si bien la consecuencia de estas afecciones es la incapacidad de procrear, también es cierto que la diferencia entre ellos ayuda a marcar pautas y a diferenciar el porqué de la incapacidad ya referida.

La infertilidad es un obstáculo teniendo causas que pueden incidir en dos áreas: la biológica y la psicológica. Las causas orgánicas pueden ser:

- * Endocrinas: defectos en el sistema neurohormonal, diabetes, hipertiroidismo, perturbaciones en glándulas suprarrenales.
- * Procesos toxicoinfecciosas: alcoholismo, drogadicción, toxoplasmosis, listeriosis, hemoglobinopatía.
- * Uterinas: malformaciones, tumores, hipoplasia uterina, sinequias.
- * Inmunológicas: el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación.

5. Esterilidad.

Recordando el apartado anterior podemos recalcar que la esterilidad es la incapacidad para concebir siendo una alteración irreversible. La esterilidad fue entendida como una enfermedad o consecuencia de una enfermedad con componentes físicos, psicológicos e incluso sociales. Consiste en la incapacidad para concebir.⁴⁷

El concepto de esterilidad, de acuerdo al especialista Efraín Pérez Peña, es la incapacidad de una pareja para lograr la concepción.⁴⁸

⁴⁷ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación in vitro y la filiación. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993. Pág. 31.

⁴⁸ "Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM", dirección de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>, fecha de consulta: 20 de mayo de 2012, hora de consulta: 17:49 p.m.

La exposición de motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley Maternidad Subrogada del Distrito Federal, previamente citada nos habla al respecto de que debemos entender por esterilidad, “la incapacidad de tener hijos por anomalías físicas...es la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis”. Caso contrario al referirse sobre el termino infertilidad, este texto nos da un panoramas menos general y mucho más claro de lo que debemos entender por esterilidad.

Existen diferentes factores que pueden provocar una esterilidad ya sea por parte de la mujer, del varón o incluso en conjunto.

- ◆ Enfermedad tubárica incurable: Se incluye en este apartado la ausencia bilateral de las trompas de Falopio, aunque este supuesto es una eventualidad rara sí es posible pensar en ella cuando ambas trompas son extraídas quirúrgicamente, por ejemplo como resultado de embarazos ectópicos.

Se incluyen los casos en que previamente se efectuó una esterilización tubárica por cauterizaciones múltiples o fimbriectomías con malas posibilidades de reconstrucción quirúrgica.

- ◆ Endometriosis: crecimiento de tejido fuera del útero, pudiendo ser en ovarios, detrás del útero, en ligamentos uterinos, en la vejiga urinaria e incluso en los intestinos.
- ◆ Factor masculino: siendo las razones médicas por las cuales el hombre no es capaz de procrear.
 - Oligospermia: referido al bajo número de espermatozoides.
 - Aspermia: Ausencia de espermatozoides en el eyaculado.
 - Astenospermia: Es la lentitud en el movimiento de los espermatozoides impidiendo la fecundación.

- Teratospermia⁴⁹: alteraciones morfológicas en los espermatozoides
- ◆ Factores cervicales: Referido a la incapacidad del semen para penetrar el moco cervical, ya sea por factores locales o inmunológicos. En este caso debe haber una comprobación, una persistencia de año y medio de esterilidad involuntaria tras tratamientos oportunos.
- ◆ Esterilidad sin causa aparente⁵⁰

5.1. Esterilidad conyugal.

Iniciaremos indicando que el tener un hijo no es ya un fin del matrimonio, por lo que ya va más allá de ello, representa una plenitud y madurez por parte, en este caso, de los cónyuges; aporta a la vida de éstos una nueva forma de ver la vida volviéndola satisfactoria, sin embargo tanto en un ámbito biológico, social y psicológico la imposibilidad de procrear o la ausencia de hijos representa una herida profunda.

Pero ¿por qué la importancia de la procreación?, porque no es vista sólo como un simple acto de reproducción, sino que representa una trascendencia, que somos capaces de crear vida y de alguna forma prolongar la propia.

La esterilidad conyugal viene a ser un obstáculo al deseo de dos personas de crear juntos a un ser humano y que afecta a ambos miembros de la pareja, independientemente que sea sólo uno de ellos quien sea estéril o ambos.

Cuando es el hombre quien sufre esta afección lo ve desde un punto de impotencia, “necesita de un hijo para demostrar a los demás y así mismo la vigencia biológica de su virilidad”⁵¹, a consecuencia puede presentar cuadros de ansiedad, depresión, impotencia a nivel laboral, bloqueo afectivo, una carencia de status social, entre otros.

⁴⁹ También conocida como teratozoospermia.

⁵⁰ MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 68.

⁵¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 8.

En el caso de la mujer relaciona su autoestima con la capacidad de procrear, su esterilidad toma una connotación de no realizarse como persona, en consecuencia presenta problemas de depresión, sobre todo en el aspecto sexual.

Aunque la adopción sea una opción al deseo que tiene la pareja de ser padres, haciendo la aclaración de que no es la finalidad de la adopción, toda vez que se entiende que es brindar una familia a quien carece de ella y dar descendencia a quien por cuestiones naturales no la tiene; es verdad que la tendencia a la vinculación genética con otro ser humano siempre será deseable e incluso se puede convertir en una obsesión tendiente a una inestabilidad psíquica en la vida de la pareja que puede verse reflejada en la autoestima.

Son diversas las razones que han contribuido al incremento de matrimonios y/o parejas estériles tales como:

- a) El stress, sobre todo presentados en aquellos individuos con condiciones de vida dentro de países industrializados.
- b) El aumento de enfermedades de transmisión sexual.
- c) Efectos secundarios de medios anticonceptivos.
- d) Complicaciones generadas por prácticas de abortos provocados.
- e) La tendencia a retrasar la llegada del primer embarazo.⁵²

5.2. Esterilidad inexplicable.

Las esterilidades sin causa aparentes también reciben el nombre de idiopáticas o inexplicables, soliendo referirnos a aquellos casos en que los cónyuges son, desde un punto de vista médico y reproductor, normales, es decir sin anomalía alguna que cause la esterilidad.

⁵² GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Ob. Cit. Pág. 24.

6. Reproducción humana asistida.

La medicina da el término de “reproducción” no a la persona humana como un ser caracterizado por su unicidad, sino al hombre como producto reproducible, como un hecho repetible a voluntad y según demanda.⁵³

Se habla de “fecundación asistida”, “inseminación artificial”, procreación asistida”, y se le da esta denominación toda vez que en la fecundación interviene un artificio instrumental⁵⁴, lo anterior lleva a una manipulación de los gametos, óvulo y espermatozoide, para poder llevar a cabo una fecundación asistida.

6.1. Homóloga.

Hablamos de reproducción humana asistida de forma homóloga cuando los componentes genéticos que intervienen en las diversas técnicas son del marido y la mujer, es decir, de la propia pareja.

Esta categoría es la más usada, puesto que no representa gran conflicto legal con respecto a la maternidad y paternidad biológica, además del rubro correspondiente a la filiación.

6.2. Heteróloga.

Cuando hablamos de la reproducción humana asistida heteróloga nos referimos a los siguientes supuestos:

- El óvulo como el semen son de un donador o de un tercero.

⁵³ MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 50.

⁵⁴ ZAVALA PÉREZ, Diego H. Derecho Familiar. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 2008. Pág. 281.

- El óvulo corresponde a la madre biológica, pero el semen es de un tercero o donador.
- El óvulo endonado, mientras que el semen corresponde al del padre biológico.⁵⁵

Este método plantea no sólo problemas legales respecto de la paternidad o maternidad biológicas, sino de igual forma sobre la filiación; puesto que al menos uno de los gametos utilizados, si no es que los dos, fueron donados por persona ajena a la pareja.

7. Técnicas de fecundación asistida.

Ya venimos hablando de que la esterilidad; de la mujer, del hombre o de ambos, no sólo se ve reflejada en una incapacidad física, sino que socialmente también repercute en cómo nos vemos frente a esta.

El crear una familia no sólo es una cuestión cultural, es un anhelo que cientos de parejas tienen y que día a día se ve truncado por diversos motivos médicos, lo que ha generado que aumente considerablemente el uso de técnicas que tienen por propósito ayudar en cuestiones que la naturaleza no pudo. Actualmente la diversas técnicas de fecundación asistida, mismas que se expondrán, han ido en aumento respecto a su uso.

Hay que dejar muy en claro, que cualquier técnica que decidamos emplear no tiene que ser vista como una solución, sino como una posibilidad, toda vez que como tales también tienen márgenes de errores; no hay que engañarnos con la falsa creencia que si bien no podemos tener hijos, alguna de estas técnicas entrará a solucionar nuestros problemas; no, debemos estar muy consientes de ello y no etiquetarlas como “la solución perfecta”.

⁵⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos. Ob. Cit. Pág. 63.

7.1. Fecundación asistida dentro del útero.

Las técnicas de fecundación asistida, buscan facilitar la concepción para aquellas parejas que están imposibilitadas de hacerlo por otros medios que no sean esos. Entre la variedad de técnicas que han de tener como posibilidades para llevar a cabo la fecundación y para fines de estudio se clasifican en:

- ✓ Fecundación asistida dentro del útero.
- ✓ Fecundación asistida fuera del útero.

Comenzaremos nuestro estudio con el primer supuesto, en el cual podemos encontrar:

7.1.1. La inseminación artificial.

Se lleva a cabo mediante una inyección intravaginal del líquido seminal; trata de un proceso que consiste en depositar semen en el fondo de la vagina de una mujer que se encuentra en su periodo fértil, pudiendo ser homóloga o heteróloga.⁵⁶

Esta técnica en forma homóloga es utilizada en diversas formas de infertilidad como son:

- ◆ En el caso de infertilidad o esterilidad femenina :
 - a. Vaginismo.
 - b. Malformaciones de la vagina y útero.
 - c. Patologías inflamatorias de la vagina y el útero.

- ◆ En el caso de infertilidad o esterilidad masculina:

⁵⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos. Ob. Cit. Pág. 29.

- a. Impotencia oligospérmica.⁵⁷
- b. Eyaculación retrógrada.⁵⁸

◆ En el caso de que sea infertilidad o esterilidad de la pareja:

- Producción de anticuerpos, por parte de la mujer contra el semen del hombre.

Por otro lado, la fecundación artificial heteróloga está encaminada a resolver problemas de infertilidad o esterilidad masculina como es el caso de:

- Aspermia.
- Astenospermia.
- Oligospermia.
- El hombre es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual.
- El hombre puede ser transmisor de malformaciones genéticas.⁵⁹

Pero también esta forma de inseminación abre la puerta a que mujeres solteras puedan realizar este proceso lo cual ha generado una discusión en torno a ¿Por qué es considerada inaceptable e incluso inmoral?

7.1.2. GIFT (“*Gamet Intrafallopian Transfer*”).

Es una técnica de fecundación intracorpórea que implica la transferencia del espermatozoide y del óvulo al interior de la trompa de Falopio. La técnica es utilizada en casos de infertilidad o esterilidad femenina como masculina, casos como endometriosis pélvica u oligospermia respectivamente, cuando la inseminación artificial no da resultado.

⁵⁷ Disfunción eréctil aunada a la poca producción de esperma.

⁵⁸ El semen no se expulsa, se queda dentro de los conductos.

⁵⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos. Ob. Cit. Pág. 29.

Las fases en que se lleva a cabo la GIFT son:

1. Inducción de ovulación y obtención de óvulos.
2. Obtención y preparación del esperma.
3. Transferencia del esperma y del óvulo, en forma separada, al interior de la trompa de Falopio.⁶⁰

La GIFT se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer teniendo como ventaja que el sitio natural de la fecundación y desarrollo temprano del embrión es precisamente en las trompas de Falopio.

7.2. Fecundación asistida fuera del útero.

La fecundación asistida fuera del útero se realiza en un laboratorio y una vez que se obtiene el embrión es transferido a la mujer para que su desarrollo siga en el útero hasta el momento del nacimiento.

Sin embargo esta técnica lleva implícito temas que han preocupado a diversos países y que se ve plasmado en sus legislaciones correspondientes, como son la manipulación de embriones humanos, embriones supernumerarios que son utilizados para investigación o la crioconservación de embriones humanos, embarazos múltiples; sumando el hecho de la baja eficiencia que tiene esta técnica.

Y no sólo estos problemas sino el hecho que en la fecundación fuera de útero hay un incremento en la posibilidad de partos múltiples, estos partos suponen una carga para la madre y/o padre, que incluso algunos han llegado a llamar extrema, tanto física como mentalmente sometidos a un stress psíquico superior a sus fuerzas.

⁶⁰ Ibídem. Pág. 30

Por otro lado, investigaciones en áreas de psiquiatría infantil han arrojado como resultado que niños nacidos de partos múltiples tienen mayores dificultades para encontrar su identidad, por lo que se le ha considerado a esta modalidad de fecundación como “un daño potencialmente premeditado que se infiere tanto al hijo como a los padres”⁶¹

En el año de 1937 en el *New England Journal of Medicine* contenía un artículo titulado “Conception in a watch glass”, los trabajos científicos con las técnicas de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones comenzaron en 1949 con Hammond, quien consigue cultivar embriones de ratón, alrededor de 1959 Whitten simplifica la técnica, pero la transferencia de embriones se remonta a 1890 en donde Heapes publicó la transferencia de embriones de conejo de un útero a otro.⁶²

El trabajo con gametos humanos iniciaron con Edwards en la segunda mitad de la década de los sesentas con el cultivo *in vitro* de ovocitos humanos, para finales de ésta década y durante los setentas, en colaboración con Steptoe – un ginecólogo laparoscopista- publican resultados sobre recogida de ovocitos humanos y su fecundación posterior. En el año de 1970 realizaron la primera transferencia de embriones dando como resultado una gestación ectópica. El 25 de julio de 1978 se publica en *Lancet* el nacimiento mediante cesárea de una niña absolutamente sana.

7.2.1. Fecundación *in vitro* (FIV).

A continuación se muestra un cuadro⁶³ que encuadra las posibilidades de fecundación *in vitro*:

⁶¹ MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 51.

⁶² *Ibidem*. Pág. 83

⁶³ *Ibidem*. Pág. 84

Tipos de Infertilidad	Espermios	Óvulos	Útero
Madre estéril con capacidad de concebir	Padre	Madre	Madre
Padre infértil, madre con capacidad de concebir	Donante	Madre	Madre
Madre infértil capaz de portar el feto	Padre	Donante	Madre
Pareja infértil, madre capaz de portar el feto	Donante	Donante	Madre
Madre infértil e incapaz de portar el feto	Padre	Donante	Alquilado
Pareja infértil y madre incapaz de portar el feto	Donante	Donante	Alquilado
Pareja fértil y madre incapaz de portar el feto	Padre	Madre	Alquilado
Madre fértil incapaz de portar el feto. Padre infértil.	Donante	Madre	Alquilado

Desde el punto de vista jurídico, la fecundación *in vitro* produce situaciones problemáticas en cuestiones de donantes, información a usuarios, requisitos de centros hospitalarios, contratos, filiación, sucesiones, actuación en contra de la voluntad de la mujer, comercialización de gametos y/o embriones, anonimato, entre otros.

7.2.2. Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVET).

La manipulación de los embriones humanos implica, primeramente, su obtención mediante la técnica de fecundación *in vitro* (FIV) con el fin de ser transferidos con posterioridad a un útero (FIVET).

En principio esta técnica de fecundación *in vitro* (FIV) con transferencia de embriones hasta el interior de la cavidad uterina (ET), intentaba solucionar los casos en que se presentaba una esterilidad femenina por causa tubárica, aquellos casos en que la fecundación era imposible por causa de alguna enfermedad focalizada en las trompas de Falopio.

Ahora el desarrollo de ésta técnica no sólo se limita a esta afectación, sino que se ha ido ampliando para tratar de resolver otras esterilidades conyugales tales como:

- Enfermedad tubárica incurable
- Endometriosis
- Factores masculinos
- Factores cervicales
- Esterilidad sin causa aparente.⁶⁴

La fecundación *in vitro* (FIVET) consiste “en la fecundación externa de los gametos masculino y femenino, en un medio de cultivo, para posteriormente hacer la transferencia del embrión al útero de la mujer”⁶⁵, pudiendo ser de forma homóloga o heteróloga.

La gran diferencia que tiene la inseminación artificial con esta técnica es que la primera lo único que podríamos considerar artificial es la obtención e introducción del semen puesto que el proceso de fecundación se realiza de forma natural; caso contrario se presenta en la FIVET donde la fecundación no únicamente es controlada sino también llevada a cabo por un cultivo (*in vitro*) y por vía artificial.

Las fases de la FIVET son:

- ❖ Obtención de óvulos mediante inducción.
- ❖ Obtención del esperma.
- ❖ Fecundación *in vitro* en el medio de cultivo.
- ❖ Fecundado el óvulo se transforma en cigoto y posteriormente experimenta divisiones meióticas, dando lugar a la mórula (estado considerado idóneo para hacer la transferencia).⁶⁶

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 68

⁶⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos Ob. Cit. Pág. 31

⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 32

Los embriones suelen transferirse en la fase de mórula precoz, la transferencia se realiza vía transcervical mediante un catéter flexible soliendo tener una marca para controlar la profundidad de la inserción, existiendo unos con apertura única en el extremo distal, de tal forma que al empujar el émbolo empuja los embriones hacia el fondo del útero; y en otros casos con aperturas laterales próximas al extremo distal provocando que la salida de los embriones sea hacia los lados del útero.

El embrión o embriones se cargan en el catéter colocándolos en la extremidad distal, cuando se transfieren varios embriones entre cada uno de ellos se intercala una burbuja de aire, una vez realizada la transferencia la mujer debe permanecer en cama aproximadamente de cuatro a seis horas.⁶⁷

7.2.2.1 Variantes de FIVET.

En primer lugar tenemos la ISCI (Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides) la cual consiste en inyectar los espermatozoides en los óvulos, siendo incubados entre 16 y 18 horas, son examinados para detectar posibles daños y buscar evidencia de fecundación. Los embriones que resulten pueden ser transferidos al útero de la mujer utilizando la FIVET, cabe la posibilidad de ser congelados para transferencias posteriores.

Otra variante que podemos encontrar es la ZIFT (Transferencia Intratubérica de Cigotos), en este caso los cigotos se transfieren a las trompas de Falopio en vez de ser al útero, con el objeto de tener un mayor porcentaje de éxito, haciendo la comparación con la FIVET. Los cigotos se colocan en los tubos intrafalopianos, con las debidas precauciones y procesos médicos.

⁶⁷MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 97

8. Embrión humano.

El problema que nos topamos y que hemos mencionado y nos hemos preguntado con anterioridad es ¿el embrión es un ser humano? ¿es lo mismo ser humano que ser persona?, es importante precisar lo más claro posible cada uno de estos entendidos pues aunque de forma coloquial se han usado incluso como sinónimos, la verdad es que dentro del mundo jurídico cada uno tiene su concepción y por tanto sus ámbitos de aplicación y alcances.

Para una valoración ética de la manipulación del embrión humano es de suma importancia el planteamiento del *status* del embrión implantado, antes de los catorce días a partir del momento de la fecundación. El problema desde el punto de vista genético surge al considerar que la individualización del nuevo ser requiere el cumplimiento de las propiedades de:

- ⇒ **Unicidad:** ser único e irreplicable
- ⇒ **Unidad:** ser uno solo.

Sin embargo las propiedades mencionadas no quedan definidas en el desarrollo embrionario hasta la aparición del primordio⁶⁸ del sistema nervioso que ocurre hacia el día decimocuarto a partir de la fecundación coincidiendo con la terminación de la implantación del blastocisto en las paredes del útero.

Desde un punto de vista ético la nueva vida humana comienza en el mismo momento de la fecundación, cuando de dos realidades distintas -que son los gametos respectivos- surge una tercera realidad, el *cigoto*, cuyo programa genético contenido es los dos pronúcleos es un programa humano.

Desde la Edad Media, renovando interés durante el Racionalismo, se han hecho intentos por definir a la persona como “el ser humano dotado de

⁶⁸ Cresta neural.

individualidad, racionalidad y conciencia de sí”, lo anterior mostrando un criterio subjetivista del “ser persona” enriquecido a través de Kant quien entiende como persona “todo ser racional moral, quien puede dar cuenta de sus actos ante sí y ante terceros”⁶⁹

Bajo las perspectivas anteriores no se podría decir que el embrión es persona, carece de racionalidad y conciencia, no da cuentas para sí o para terceros. Sin embargo el vocablo persona en su acepción común denota “al ser humano, tiene igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo”.⁷⁰

La Iglesia defiende el principio de proteger la vida humana desde el momento que existe el cigoto humano, provisto de una singular combinación de genes, prohíbe la instrumentación del cigoto, del blastocisto, del embrión y del feto, como de todo ser humano, que no puede ser instrumento para un fin.

El Comité Consultivo Nacional de Ética, creado en Francia en 1983, considera al embrión humano como “persona humana potencial”, queriendo con ello significar una realidad no sólo biológica, sino también antropológica y cultural. El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener. Opinando que debería ser considerado éticamente como un sujeto en potencia, como alteridad de lo que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros.

El Comité ético de la American Fertility Society considera que los estados del desarrollo humano, desde la fecundación hasta el final de la implantación, implican cambios en la magnitud cualitativa y cuantitativa, suponiendo un cambio de status. La AFS afirma que el estado del pre-embrión⁷¹ es diferente del embrión

⁶⁹ Cit. Por. ALBARELLOS, Laura A. Bioética con Trazos Jurídicos. Editorial Porrúa. ,México. 2007. Pag 86.

⁷⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil.”Primer curso, parte general, personas, familia”. Vígésima tercera ed. Editorial Porrúa. México. 2004.Pag 301.

⁷¹ Término que designa el periodo de desarrollo desde la fecundación hasta el final de la implantación (catorce días).

implantado y del feto; considera que este pre-embrión no es una persona pero debe ser tratado con respeto especial, por ser una entidad humana viviente genéticamente única que puede devenir una persona⁷², justificándose por la importancia del bien que se espera conseguir

La Recomendación 1/046 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁷³ considera que el embrión y el feto humano deben beneficiarse en todas las circunstancias del respeto a la dignidad humana y que la utilización de sus productos y tejidos debe ser limitada de manera estricta y reglamentada sólo para fines científicos y no pudiendo ser alcanzados por otros medios⁷⁴.

Por su parte el Informe Palacios consideró excesivo el extender al embrión una protección como la que merecería la persona humana en sentido propio, sobre todo en los primeros 14 días a partir de la fecundación; menciona que el embrión, al menos durante ese periodo, no es persona ni se tiene como tal, pero tampoco se puede considerar como una cosa: El embrión no puede ser susceptible de apropiación ni de circulación y deber ser protegida su vida, potencialmente humana, como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en base a su desarrollo.

Incluso se ha sostenido que ni jurídica ni biológicamente existen argumentos que permitan afirmar que el embrión es un ser humano y sujeto de derecho. Sin embargo son más los que concluyen que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, pero esta vida pertenece a un individuo concreto en el momento en que el embrión se fija definitivamente en el útero de la madre, por tanto no puede ser considerado como persona pero tampoco como cosa, es más viable considerarlo como un "*nasciturus*".

⁷² MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 201.

⁷³ Aprobada el 24 de Septiembre de 1986.

⁷⁴ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Ob. Cit. Pág. 75.

8.1. Embriones supernumerarios.

Comenzaremos haciendo la mención de que en la técnica de FIVET se tiene por costumbre fecundar un número elevado de óvulos, como medio de garantía del éxito de la técnica, se hace la fecundación de varios óvulos porque el porcentaje de nidación y embarazo resulta sumamente bajos por lo que se hace una provisión de varios embriones para disponer de ellos en caso de que el intento previo fracase.

Es de importancia subrayar que no se cuenta con una especificación uniforme por parte de médicos especialistas en cuanto al número de embriones que han de ser implantados; aunque se ha dicho que se implante el número máximo tolerable para un embarazo con éxito, no hay un acuerdo en cuanto al número de embriones implantados percatándonos que la tendencia oscila entre dos y tres embriones ha implantarse.

Los embriones que no fueron implantados se convierten en lo que se conoce como embriones sobrantes o supernumerarios. Generalmente estos embriones llegan a tener dos destinos:

- Ser implantados posteriormente a la madre o en otra mujer.
- Son destruidos o donados para experimentación.

Las medidas tomadas por parte del cuerpo médico y de la pareja respectiva para que el fenómeno de los embriones supernumerarios no siga en aumento son:

- * Limitar el número de embriones.
- * Informe respecto al número de embriones implantados y de aquellos crioconservados.

- * Decisión por parte de la pareja respecto al destino de los embriones, siendo lo anterior por escrito.⁷⁵

8.2. Criogenización de óvulos, espermatozoides y embriones humanos.

La criogenización consiste en congelar lentamente embriones con el fin de almacenarlos para un uso posterior; se requiere de un congelador de nitrógeno líquido y el uso de anticongelantes celulares.⁷⁶

En el caso de los óvulos su crioconservación es más difícil, por ser muy lábil, posiblemente porque en la fase en que se obtienen sus cromosomas no están protegidos por la membrana nuclear, provocando que esta conservación no esté completamente asegurada.

Los primeros estudios sobre la crioconservación de embriones humanos fueron realizados por el grupo australiano de Trounson en el año de 1981, dos años más tarde el grupo mencionado publica el primer embarazo conseguido con esta técnica, llegando hasta las veintiséis semanas y muriendo como consecuencia de rotura prematura de membrana, actualmente la crioconservación de embriones humanos es recurrente y ha aumentado el nacimiento de niños mediante ésta.⁷⁷

La crioconservación permite almacenar los embriones, que en otro momento hubieran expuesto a la madre a un embarazo múltiple permitiendo incluso la adopción de embriones, tema al que haremos referencia más adelante. Sin embargo este recurso no viene a solucionar en su totalidad la problemática de lo embriones supernumerarios, pues conlleva una serie de implicaciones, no sólo éticas, como es que no es del todo inofensiva para los embriones, cerca de un

⁷⁵ GARCÍA FERNANDEZ, Dora. La adopción de Embriones Humanos, Ob. Cit. Pág. 36

⁷⁶ Ibidem. Pág. 38.

⁷⁷ MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. Ob. Cit. Pág. 98

50% mueren al ser descongelados, aunque también es una realidad que aún no se sepa con certeza los daños que se sufren al ser congelados.

Pero qué pasa cuando estos embriones ya no serán implantados en un corto plazo, sucede que el caso anterior le da pauta a la creación de los “Bancos de Embriones”.

8.2.1. Bancos de crioconservación.

Como ya se ha mencionado, la creación de los Bancos de crioconservación devienen de aquellos embriones que han sido congelados y que ya no serán implantados posteriormente. Mientras hay legislaciones como son el caso de la española, británica y la francesa que permite la crioconservación por un periodo de 5 a 10 años; otras simplemente prohíben el congelamiento y médicamente se está en la obligación de implantar todos los embriones que han sido fecundados, como son el caso de las legislaciones austriacas y alemana.

La utilización de estos bancos se realiza mediante un contrato de depósito, donde los receptores dejan en custodia al Banco en cuestión óvulos y espermatozoides, dejándose en guarda y custodia en los laboratorios dedicados a la fecundación asistida. El Banco quedará como responsable de todo material genético depositado.⁷⁸

Esta medida, entre otras como son la adopción o incluso la donación de embriones, se ha tomado para que cese la destrucción y experimentación de los embriones supernumerarios considerando al congelamiento como una forma para salvar a los embriones, sin embargo aun no hay una garantía de que todos sean viables.

⁷⁸ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida. LX Legislatura del Congreso de la Unión. Presentada el 28 de julio de 2010.

9. Donación de óvulos y espermatozoides

Cuando la infertilidad se une a la esterilidad, entendiendo que en nuestro estudio lo hemos diferenciado y no lo hemos tomado como sinónimo, cabe recurrir a la donación de gametos y no sólo a la prestación del vientre para concebir y gestar a través de otra.⁷⁹

Se entiende por donante aquella persona, ya sea hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo la fecundación, dicho material genético son los gametos, espermatozoide y óvulo, que son vistos desde un punto de vista biológicos como células reproductoras o germinales producidas en los testículos y ovarios, respectivamente.

La Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida en su artículo 8, fracción IX, define a los donadores como la mujer o el hombre mayores de 18 años de edad que autorizan la utilización de sus óvulos o espermatozoides.

Se ha llegado a señalar que tanto el semen como los óvulos una vez extraídos son jurídicamente cosas, sin embargo el Informe Palacios consideró que no deben ser tratados como cosas, sino como elementos utilizables para propósitos positivos y que deben estar sometidos a las reglas de apropiación y libre circulación en base a ciertos principios entre los que se sugieren que su tráfico sea sólo con fines terapéuticos o reproductores y que se haga de forma gratuita⁸⁰.

Es importante señalar, haciendo un paréntesis en el tema, que el Informe Palacios es una denominación que se le dio a la Comisión Especial de Estudios sobre Fertilización Extracorpórea, que quedó constituida formalmente el 29 de mayo de 1985, proponiéndose el cambio de denominación de la Comisión,

⁷⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel .Ob. Cit. Pág. 316.

⁸⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Ob. Cit. Pág. 68.

pasando a denominarse Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, siendo su presidente Don Marcelo Palacios Alonso; siendo esta la razón por la que se le denominó con el nombre de Informe Palacios.⁸¹

La comisión anterior estuvo integrada por expertos en biología genética, ginecología, derecho civil, derecho penal y procesal, teología moral, ética, bioética y estética. Los temas de los cuales se recabaron informes y fueron analizados fueron:

- ✓ Embarazo.
- ✓ Inseminación Artificial.
- ✓ Fecundación *in vitro*.
- ✓ Transferencia de embriones y otras técnicas.
- ✓ Proceso biológico humano.
- ✓ Familia.
- ✓ Esterilidad.
- ✓ Descripción de las técnicas de reproducción humana asistida.
- ✓ Posibilidades de actuación con estas técnicas.⁸²

El contrato de donación está definido como un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. En este caso más que bienes, pues recordando el apartado correspondiente donde se concluyó que el embrión no es una cosa, hablamos de material genético.

Pudiendo adaptar el concepto anterior de la siguiente manera, contrato por el que se transfiere de forma gratuita material genético, llámese gametos, a una mujer, con la finalidad de llevar a cabo un proceso de fecundación.

⁸¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. Ob. Cit. Pág. 87.

⁸² *Ibidem*. Pág. 94

Las características que deberá llevar la donación a la que nos estamos refiriendo serán:

- ⇒ La donación de gametos nunca tendrá un carácter lucrativo o comercial.
- ⇒ El donante deberá ser informado de los fines y consecuencias del acto.
- ⇒ El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado.
- ⇒ La donación debe ser anónima, custodiando los datos personales del donante.
- ⇒ Podrá ser revocable la donación antes de que se haga efectiva la utilización de los gametos donados⁸³.

En la donación de gametos el hecho de su legitimidad no se cuestiona, el problema viene a plantearse en el anonimato del donante y receptores al existir un derecho del niño a conocer su origen genético, que se reconoce y la identidad del donante, que sólo excepcionalmente podrá revelarse.

10. Adopción de embriones humanos

La palabra adopción deriva del latín “adoptio”, de “ad” y “optare”, desear, preferir, escoger.⁸⁴

Ignacio Galindo Garfias dispone que estamos frente a la adopción cuando “una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado”⁸⁵

Bernardo Pérez Fernández del Catillo la define como “un acto jurídico consistente en incorporara la familia a una persona extraña, con la finalidad de

⁸³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Ob. Cit. Pág. 86.

⁸⁴ ZAVALA PÉREZ, Diego H. Ob. Cit. Pág. 289.

⁸⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág.471

establecer parentesco civil de paternidad y filiación, equivalente al que tiene lugar en la filiación legítima. Convirtiéndose en un parentesco afectivo, no así biológico”⁸⁶

El Dr. Diego H. Zavala Pérez hace una clasificación respecto de la adopción⁸⁷ como continuación ser muestra:

- ❖ Adopción remuneratoria: Establecida en el Código Civil Francés como una excepción cuando el adoptado hubiera salvado la vida del adoptante.
- ❖ Adopción testamentaria: Aceptada por el Derecho Romano y el Código Civil Francés; la finalidad consistió en que el adoptado tuviera derecho a heredar.
- ❖ Adopción pública: No es propiamente una adopción, los adoptados quedaron sujetos a la patria potestad o tutela de sus parientes en los términos del derecho común.
- ❖ Adopción simple: Crea un vínculo jurídico, llamado filiación civil, entre adoptante y adoptado, exclusivamente.
- ❖ Adopción plena: El status jurídico del adoptado es igual al de un hijo, tiende a integrar en forma total al adoptado dentro de la familia del adoptante.
- ❖ Adopción integrante: Es la adopción del hijo del cónyuge,

En el caso del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 inicialmente sólo incluyó dentro de sus disposiciones la adopción simple, posteriormente aceptaría la adopción plena; sin embargo en las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, con iniciativa de vigencia el 1º de junio del año en mención, sólo reguló la adopción plena en el Código Civil para el Distrito Federal.

Las razones podrían ser que la adopción simple establecía una doble situación; el adoptado permanecía adscrito a la familia de origen y al mismo tiempo se

⁸⁶ Cit por. GARCÍA FERNANDEZ, Dora. La adopción de embriones humanos. Ob. Cit. Pág. 59

⁸⁷ ZAVALA PÉREZ, Diego H. Ob. Cit. Pág. 296.

generaban nuevas relaciones paterno filiales; por otro, lado la patria potestad era transferida al adoptante salvo que éste fuera cónyuge de alguno de los progenitores, entonces era ejercida en conjunto.

Respecto a la sucesión, existía el derecho entre adoptado y adoptante, más no entre el adoptado y los familiares del adoptante. Además la adopción simple podía ser revocada:

- a) Cuando las partes lo convenían, siempre que el adoptado fuera mayor de edad.
- b) Por ingratitud del adoptado.
- c) Cuando existía causa grave que ponía en peligro al adoptado.

Aunque también podía convertirse en plena cuando uno de los progenitores o el adoptante otorgaran su consentimiento para esos fines.

Los efectos de la adopción son:

1. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo.
2. El adoptado tiene, frente a los adoptantes y su familia, los mismos derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo.
3. Se extingue la filiación entre el adoptado y sus progenitores, con excepción del impedimento para contraer matrimonio.
4. La adopción es irrevocable.
5. El acta levantada por el Juez del Registro Civil será de nacimiento.

La finalidad de la adopción, como ya lo habíamos mencionado es brindar una familia a quien carece de ella y paralelamente, dar descendencia a quien por cuestiones naturales no la tiene, no omito mencionar que no quedan excluidos de la posibilidad de adoptar a las parejas que tiene hijos de forma natural y que desean ampliar su núcleo familiar.

Justamente es aquí donde entra la posibilidad de la adopción de embriones humanos.

Se puede definir la adopción de embriones como un procedimiento mediante el cual un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer con el fin de ser criado por ella y su cónyuge; sin que ello implique la contratación del vientre de una tercera mujer para que se lleva a cabo la gestación.⁸⁸

Estos casos se presentan no sólo como alternativa a tener una descendencia cuando existe esterilidad o infertilidad por parte de la pareja o de alguno de sus miembros, sino también a la disminución de embriones destruidos. En casos como:

- a. Los padres biológicos ya no pretenden tener más hijos y por consecuencia ya no habrá una transferencia posterior.
- b. Cuando el tiempo establecido para mantenerlos congelados en los bancos respectivos haya expirado.

Aunque se hable de que para estos procedimientos debe existir una agilidad judicial y una sencillez para evitar complejidades, así como una sentencia judicial para crear el vínculo filial que evite impugnaciones futuras respecto a una maternidad y/o paternidad, con total respeto al derecho de que el niño conozca a sus progenitores biológicos cuando alcance la mayoría de edad.

No negamos en ningún momento que cumpliéndose el objeto de la adopción y ofreciendo un destino legítimo, e incluso altruista si se quiere llamar, a embriones supernumerarios para poder criarse dentro de un núcleo familiar y ofrecer a las parejas la posibilidad de ver realizado el deseo de un embarazo, sí hay que resaltar que la realidad supera por mucho la doctrina y que esta

⁸⁸ GARCÍA FERNANDEZ, Dora. La adopción de embriones humanos. Ob. Cit. Pág. 76.

posibilidad viene a arreglar momentáneamente el problema de una sobreproducción de embriones y su destino.

Reconocemos la figura de la adopción, sin embargo no debería aplicarse la adopción de embriones humanos, porque no es la solución definitiva, ni debería serlo.

11. Responsabilidades derivadas de las técnicas de fecundación asistida.

Estamos en el entendido que desde el momento en que se produce la fecundación del óvulo por el espermatozoide, llámense propios o de donantes, el embrión es considerado como un ser humano, que por ser tal, tiene una dignidad y debe ser respetada, dando por hecho que tiene lo necesario para desarrollarse hasta culminar con el nacimiento, lo anterior hace que goce de una serie de derechos que deben ser resguardados, bajo pena de tener que responder por daños que pudieren ocasionarse.

Cuando hay una violación de sus derechos se produce un daño, ya sea al embrión o a sus padres, generando una responsabilidad, sin embargo hay que tomar en cuenta que en el tema que estamos tratando deberá tener la aplicación no sólo de las normas generales en materia de responsabilidad, en este caso el Código Civil para el Distrito Federal, sino también el de una norma específica en materia de reproducción asistida.

La responsabilidad proviene del vocablo latino responderé, que significa estar obligado, tener una deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro a consecuencia de un delito, culpa u otra causa legal.⁸⁹

La responsabilidad no tiene un carácter reparatorio sino un acusado aspecto de compensación que en su cuantificación pecuniaria debe ser libremente

⁸⁹GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. Temas de derecho biomédico. "Colección de derecho y bioética". Tomo III. Ed. Porrúa. México. 2010. Pág. 89.

apreciado por el juez, teniendo en cuenta la naturaleza del daño causado, las circunstancias y la posición económica y social.⁹⁰

Es importante hacer la mención de que el motivo de este apartado son las múltiples prácticas médicas en materia de reproducción asistida, llevando a situaciones como:

1. Destrucción de embriones no implantados.
2. Investigaciones y/o experimentación sobre embriones con finalidades eugenésicas.

Hay que tomar en cuenta que dentro de las prácticas de reproducción asistida hay un nacimiento de diversas relaciones aparte de aquella producida entre la pareja que desea procrear un hijo y el médico tratante, sino también entre:

- La pareja y los hijos.
- La pareja y los donantes de gametos.
- Los donantes de gametos y los bancos de material genético.
- Los donantes de gametos y los hijos nacidos de éstos.

Ahora bien, es recomendable que tengamos presente que en la responsabilidad no sólo se requiere el actuar de la persona, sino también dos elementos que configurarán el que podamos o no hablar de ésta: el daño y la culpa.

El daño es el elemento esencial para que surja la responsabilidad, la doctrina lo ha definido como el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, tanto es sus bienes materiales inmatrimoniales.⁹¹

⁹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 336.

⁹¹ Cit. Por. FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía. Responsabilidad Civil derivada de las prácticas genéticas. Ed. Porrúa. México. 2011. Pág. 122.

La culpa se identifica con falta de diligencia en el actuar que provoca el daño, sin intención de hacerlo.⁹²

Y que a su vez la responsabilidad se va a dividir en:

- * Contractual: Surgiendo por el acuerdo de voluntades que transfieren y producen derechos y obligaciones.
- * Extracontractual: Surge cuando sin existir un vínculo previo entre las partes se generan daños y consecuentemente aparece el deber de reparar⁹³.

Los apartados siguientes vienen a enlistar una serie de actos u omisiones que van a generar una responsabilidad, sin embargo hay que tener presente que estas responsabilidades debemos tomarlas como consecuencia de la celebración de un contrato previo.

11.1. Responsabilidad por daños por manipulación de los embriones o por mala praxis médica.

Daremos inicio a este apartado definiendo la responsabilidad médica, la cual es la obligación que tiene el profesional de la medicina de reparar las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, en el ejercicio de su profesión.⁹⁴

Uno de los supuestos que podrían encuadrar es el que el hijo hubiera sufrido daños en supuestos en que la técnica utilizada se hubiese llevado a cabo sin posibilidades razonables de éxito o cuando los daños se hubieran producido por no haber realizado los controles médicos necesarios⁹⁵.

⁹² Ibídem. Pág. 117.

⁹³ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. Temas de derecho biomédico. Ob. Cit. Págs. 90-91

⁹⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. Temas de derecho biomédico. Ob. Cit. Pág. 29.

⁹⁵ SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. Ed. Fondo editorial de derecho y economía. Buenos Aires. 2001. Pág. 12

La transferencia a la mujer de un número muy elevado de embriones es otro punto que se encuadra dentro del tema que estamos tratando, la razón de ello es que se pone en peligro la vida no sólo de la madre o del hijo o hijos, haciendo el recordatorio de los embarazos múltiples; incluso de ambos, siendo el médico el responsable por aquellos daños que pueden licitarse, tanto en un carácter material como moral.

A pesar de que no hay una unanimidad en cuanto al número de embriones implantados en diversas legislaciones extranjeras, en el caso de nuestro país el Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida establecen que el número a implantarse será de tres embriones; lo anterior a consecuencia de lo ya expuesto.

La Ley Alemana sobre Protección del Embrión establece pena de hasta tres años de privación de la libertad o una sanción pecuniaria⁹⁶, en el caso del Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida, establece una multa equivalente de seis mil hasta doce mil veces el salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate⁹⁷.

También pudiera darse el caso de una fecundación de mayor número de embriones que los que se iban a implantar originalmente a la mujer sin haber previo convenio con la pareja, manifestándose como contrario a la voluntad de éstos, teniendo los efectos de responsabilidad anteriores.

La incorrecta manipulación de los embriones puede generar nacimientos con malformaciones, lo anterior acontece cuando hay una deficiente atención médica teniendo muy en claro que se haya producida con motivo del tratamiento

⁹⁶ Artículo 1, primer párrafo, inciso 3 de la Ley Alemana de protección al embrión número 745/90, del 13 de diciembre de 1990. Alemania.

⁹⁷ Multa establecida en el artículo 85 del capítulo II, del Título Cuarto del Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida, que a la letra dice "Se sancionará con multa equivalente de seis mil hasta doce mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación a lo dispuesto en los artículos 27 al 32 de esta Ley". Estableciéndose en el artículo 32 el número de embriones que deberán ser implantados.

correspondiente, por tanto los médicos tratantes serán quienes respondan por los daños; pudiendo incluso incluir la crioconservación deficiente de los embriones.

También existirá responsabilidad de los médicos en el supuesto en que se destruyeran embriones supernumerarios sin autorización o conocimiento de los padres, como recordamos los bancos de crioconservación están básicamente diseñados para el resguardo de los embriones supernumerarios que pudieran ser implantados con posterioridad, es por ello que la destrucción de éstos sin una autorización trae aparejada una responsabilidad por parte del cuerpo médico, la razón primordial es que jurídicamente ya existe una vida y por tanto cuenta con una protección y un respeto.

11.2. Responsabilidad por alteraciones en el genotipo

Eduardo A. Sambrizzi incluye este tema dentro de las responsabilidades que estamos tratando pues considera que dichas alteraciones son aceptables siempre que tengan una finalidad exclusivamente terapéutica, únicamente para cura de enfermedades genéticas o hereditarias, cuidando en todo momento la vida del embrión; pero si la manipulación consiste en una alteración del proceso biológico natural, como son atentar contra la identidad genética del embrión, muchas de estas alteraciones conllevan a la destrucción del embrión, ¿de verdad se esta dispuesto a permitir alteraciones en el genotipo para fines terapéuticos?

Al final la idea es manipular al embrión y se contradice a la idea del legislador de protegerlo evitando prácticas que degeneren en su modificación o su destrucción.

11.3. Responsabilidad derivada de la utilización de gametos de un tercero donante.

Encontramos varios supuestos:

a) Donante afectado de una enfermedad grave

Ocurrida generalmente en técnicas de reproducción asistida heterólogas en donde el donante puede tener una enfermedad de carácter grave, transmitida genéticamente y que en su momento no haya sido detectada por impericia del cuerpo médico; en este caso la responsabilidad en primer momento recaerá sobre el cuerpo médico, aunque el donante no está exento; pues si conocía su padecimiento y aun así lo silenció esta causando un perjuicio.⁹⁸

Pero hay que tomar en cuenta que la pareja difícilmente reclamará como primera opción una responsabilidad directamente al donante, recordemos que en su carácter de anónimo la pareja no conoce la identidad y es responsabilidad del médico realizar los estudios pertinentes con el objetivo de cerciorarse que el sujeto se conduce con veracidad y tomar todas las precauciones necesarias.

b) Error relacionado con el material genético o usado de forma distinta al convenido

Este supuesto se da en el entender de que el óvulo extraído no es el de la mujer o el gameto masculino es distinto al del marido cuando en ninguno de los dos casos se ha convenido un donante; los responsables serán los médicos.

c) Desplazamiento del hijo de la filiación paterna

Este apartado se entiende cuando el hijo inicia un proceso jurisdiccional alegando daños por el hecho de quedar desplazado de una filiación paterna, entendiéndose que la acción sería contra la madre. Este tipo de responsabilidad no tiene razón de ser pues lo que en realidad se pretende reclamar es el hecho de que una madre soltera se haya sometido a un tratamiento de reproducción asistida.

⁹⁸ SAMBRIZZI, Eduardo. A. Ob. Cit. Pág. 16.

Ahora bien, otro supuesto es el consistente en que una vez que la pareja haya acordado usar la donación de un gameto masculino y por falta de un registro del consentimiento el marido decida impugnar en razón de ello su paternidad.⁹⁹

d) Violación del secreto sobre la identidad del donante

Tal situación detonaría en la intromisión ilegítima en la vida privada del donante, en su intimidad y en la de su familia, trayendo como consecuencia un daño moral y por tanto pudiendo reclamar una responsabilidad hacia quien resulte responsable. Lo mismo ha de ocurrir si es violado el secreto respecto de la pareja beneficiaria de la donación¹⁰⁰.

Es de resaltar que en los apartados que anteceden se ha hablado de diversas responsabilidades en que se puede incurrir, más específico, que puede cometer el cuerpo médico que estará a cargo de dichos procedimientos de reproducción asistida, percatándonos en más de un supuesto que son éstos sobre los que recaerá la responsabilidad, la pregunta ahora es ¿Qué pasa en la maternidad subrogada?, pregunta que viene a colación pues es el tema que estamos tratando en el presente texto y que no podemos pasar por alto.

11.4. Responsabilidad derivada de la maternidad subrogada.

Como hemos visto a lo largo del capítulo, para poder determinar una responsabilidad, sobre todo en el tema que estamos tratando, es necesario que dicha práctica que la genere esté reconocida y sea válida en el ámbito jurídico.

El gran problema que encontramos al determinar a las partes que están en interacción con esta figura es quién es considerada como madre del niño y por tanto tiene el derecho de tenerlo; otro punto a referir es quién ha otorgado el óvulo, entre otros.

⁹⁹ *Ibidem.* Pág. 18

¹⁰⁰ *Ibidem.* Pág. 19

Para iniciar daremos una clasificación referente a las responsabilidades derivadas de la maternidad subrogada, que Eduardo A. Sambrizzi ha plasmado¹⁰¹, para continuar analizando lo que la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal dice al respecto.

a) Responsabilidad de la madre gestante por enfermedades no declaradas o por incumplir durante el embarazo con las conductas convenidas.

Integrada básicamente por las omisiones que haga la madre gestante, ya sea en forma intencionada o por negligencia, de determinada información sobre su estado de salud y/o enfermedades que, de haberse tenido conocimiento, hubieran llevado a descartarla como parte del procedimiento.

Otra forma de incurrir en este tipo de responsabilidad es cuando no se cumple con la obligación de estar bajo un seguimiento médico, consultar periódicamente al médico y la abstención de ciertas actividades o prácticas que pondrían en riesgo la vida del producto.

La responsabilidad recae directamente sobre la madre gestante, pero hay que recordar que los daños no sólo son por acciones sino también por omisiones, por negligencia o impericia.

b) Responsabilidad de la madre gestante por el aborto que ella provoca.

Se refiere primordialmente cuando la madre gestante aporta únicamente su vientre para el desarrollo del producto y la pareja requirente aportaron, respectivamente, los gametos que luego fueron implantados en el cuerpo de la primera. No sólo se contemplaría una indemnización por los gastos hechos por la pareja requirente, sino también un daño moral.

¹⁰¹ Ídem.

Señalaremos que por el momento con el fin de un primer acercamiento el párrafo anterior será todo lo que se mencione del tema, pues más adelante se abordará a detalle

c) Oposición a entregar al niño por parte de la madre gestante.

La pareja requirente tiene en un primer momento la preferencia por la gestante, sobre todo cuando se trata de una maternidad subrogada como tal, en donde la pareja aportó los gametos y la madre gestante sólo consintió en gestarlo; pues desde un principio la pareja es considerada como los padres biológicos del niño.

El debate viene cuando la misma madre gestante también aportó el óvulo, es entonces cuando dos figuras recaen sobre ella, la de madre gestante y la biológica, pues en realidad no estaría obligada a entregar al niño ni pagar indemnización alguna por la omisión de la entrega, aunque sí de los gastos ejercidos por la pareja requirente. Todo dependerá, una vez más de la forma en que esté regida jurídicamente la figura de la maternidad subrogada.¹⁰²

d) Responsabilidad de los intermediarios y del equipo médico.

En caso de que la maternidad subrogada se encontrase prohibida, ya sea expresamente o de forma implícita, su realización detonará en una eventual responsabilidad, tanto para los médicos que estén involucrados así como para los intermediarios.

De no existir la prohibición antes mencionada la única responsabilidad que se pudiera generar en este rubro sería la generada por una mala praxis por parte del equipo médico involucrado.

¹⁰² *Ibidem*. Pág. 22.

Para nuestra sorpresa el Proyecto con el que deberíamos contrastar la doctrina es muy pobre, por no decir nulo, en cuanto a este tipo de responsabilidades dado que el capítulo correspondiente a las Sanciones de la Maternidad Subrogada cuenta únicamente con escasos dos artículos dónde nuestros legisladores sólo consideraron como graves la implantación de embriones sin un consentimiento previo y la posibilidad de que la madre gestante desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada ¿Dónde han quedado las responsabilidades de la madre gestante? ¿Dónde quedaron las sanciones? Me queda claro que nuestros legisladores creen ciegamente en la buena fe de la madre gestante.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO.

A principios de la década de los ochentas, los poderes públicos comienzan a vislumbrar el problema no sólo moral, sino también jurídico, que representan las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de las personas, del derecho de familia, así como de las sucesiones.

A la par que durante esta década los Estados comienzan a sancionar aquellas leyes que tendían al encuadre de una forma legal la aplicación de las técnicas reproductivas y biomédicas, consecuentemente se fueron incorporando reformas a los códigos civiles.¹⁰³

Pero en muchos otros países el marco legal es carente y el debate, así como la polémica, sigue presente respecto a las posturas que se deben adoptar en relación a la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada. Tal debate tiende sobre todo a los problemas morales que recaen sobre los siguientes puntos:

- El límite respecto a la dignidad de la persona.
- Los derechos fundamentales.
- Derecho a la vida.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a la integridad física.
- Genética.¹⁰⁴

Hay que mencionar que dos corrientes dan la interpretación de distinta manera respecto a la función que compete al derecho frente al problema ético que plantea la biomedicina.

¹⁰³ SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. Perspectivas ético-jurídicas de la clonación terapéutica. Ed. Porrúa. México. 2008. Pág. 224.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 225.

En primer lugar tenemos aquellas leyes que admiten con amplitud la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en todas sus variantes, privilegiando el derecho absoluto que se reconoce a los adultos y/o pareja de tener descendencia por cualquier medio y en cualquier circunstancia; desde esta perspectiva la legislación entiende que el derecho no debe constituir un obstáculo de progreso biotecnológico, sino que debe adecuarse a la constante evolución científica, porque el avance de la ciencia beneficia a la sociedad y contribuye a mejorar la calidad y expectativa de vida del individuo.¹⁰⁵

En segundo terreno encontramos el grupo de leyes que parten de considerar que el derecho frente al progreso científico no debe abdicar de su función de establecer el mínimo respecto a las conductas éticas y de conductas que deben presentar las normas.¹⁰⁶

Aunque se ha reconocido la legitimidad de la investigación científica, ésta tiene sus límites encontrándose en el ser humano y sus derechos fundamentales. Ha de encontrar sus límites donde un procedimiento médico o científico dé lugar a infracciones previstas en una ley focalizada o en el derecho civil y/o penal, todo ello como resultado del choque con la protección de un bien garantizado constitucionalmente o por otra norma jurídica.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Por lo que respecta al estudio de nuestra constitución política en referencia al tema que estamos tratando, el artículo 4º constitucional representa la base de nuestro estudio, el contexto que nos atiende va encaminado principalmente a dos de sus elementos: la familia y la salud, comenzaremos el estudio respectivo dando a conocer lo que establece nuestro artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

¹⁰⁵ Ídem

¹⁰⁶ Ídem

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

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

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

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

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.

Si bien es cierto que a primera vista el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos maneja varios supuestos, los cuales no nos detenemos a analizar, concluiríamos que uno pareciera no tener conexión con el otro, sin embargo hemos de decir que esta idea es errada, el artículo que estamos comentando comienza con la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, así como la protección por parte del Estado a sano desarrollo del núcleo familiar, prosiguiendo con el derecho a la elección del número de hijos y su espaciamiento,

el derecho a una alimentación de calidad y de la protección a la salud, prosiguiendo con un medio ambiente sano, disposición y saneamiento de agua, la oportunidad de que cada familia tenga una vivienda decorosa; la función del Estado de velar por interés superior de la niñez, finalizando con los derechos de la niñez, los derechos culturales y de la cultura física y la práctica del deporte.

De lo anteriormente señalado ¿dónde está el punto de encuentro?, en que el artículo 4° constitucional si bien cierto habla de manera individual de diferentes derechos, en su conjunto nos refiere al derecho a un *sano desarrollo físico e intelectual*; no se limita únicamente a una salud meramente corpórea, sino también a la parte reproductiva, intelectual y a un medio ideal que coadyuve a la realización de este fin, del cual nadie debe ser excluido, de ahí la razón de que el primer establecimiento sea la *igualdad entre hombres y mujeres ante la ley*.

De acuerdo a la reforma de 1947¹⁰⁷, el artículo 4° constitucional constó primeramente de dos párrafos:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Teniendo como antecedente, respecto de la protección y el desarrollo de la familia, la resolución número XVII de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, de 1968; considerando la importancia de la familia, así como haciendo recomendaciones como crear en el mundo entero una sociedad justa en la que las familias puedan realizarse plenamente; más no fue la única resolución de importancia al respecto, consideró como un derecho humano fundamental el que los padres pudieran decidir de manera libre e informada sobre el número y el momento de tener hijos. Por su parte el Plan Mundial de Población,

¹⁰⁷ Suscrita por el Presidente Luis Echeverría Álvarez, el 18 de septiembre de 1974. El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados por 176 votos en pro y 17 en contra; aprobado por la Cámara de Senadores por unanimidad de 47 votos.

de Bucarest de 1974 declara que “la familia es la *unidad* básica de la sociedad y debe ser protegida mediante leyes y políticas apropiadas”.¹⁰⁸

Hay que aclarar que en el contexto de la Conferencia en mención el derecho se refería a los cónyuges, no a toda persona; situación que actualmente se sigue manifestando en el hecho de que si bien hay permisividad en cuanto a una planificación familiar y al acceso de técnicas de reproducción asistida, cuando es el caso, se hace mención primaria sobre el estatus que se debe guardar: los cónyuges. No decir de la maternidad subrogada, que entre las tantas cuestiones en torno a ella la de ¿para cónyuges? ¿Concubinos? ¿Solteros?, aún son muy discutibles.

Sin embargo, la Conferencia Mundial de Población de Bucarest, recomendó posibilitar que las parejas e **individuos** pudieran realizar el derecho humano básico de decidir, con total responsabilidad, sobre el número y momento de tener hijos.

Si bien es cierto que el artículo 4º constitucional contiene una gama de derechos aparentemente sin conexión alguna, la mayoría de las disposiciones plasmadas dentro de este artículo son derechos humanos de tercera generación o también llamados de solidaridad.

La función que encontramos dentro del segundo párrafo es la protección legal que le otorga a la célula social, la familia, en segundo término plantea la base de la planificación familiar, el cual estatuye:

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

¹⁰⁸ BARTLETT DÍAZ, Manuel. La Reformas a la Constitución de 1917. “Fuentes para su estudio”. Tomo II. Ed. Porrúa. México. 2004. Pág. 1272.

Miguel Mora Bravo plantea dos vertientes respecto al párrafo en cita, la primera es el crear un derecho individual a favor de las personas al reconocerles el derecho a planear sus familias y la segunda el poder estar protegidos de cualquier acción por parte del Estado que pretenda poner un control coactivo de la natalidad; sin olvidar la creación de un derecho social que se le impone al poder público, así como el nacimiento de una obligación de otorgar prestaciones positivas de información, educación y servicios; dándole una especial importancia al tratarse a la vez tanto de un derecho individual, como de un derecho social.¹⁰⁹

El segundo párrafo del artículo que estamos tratando entiende el derecho a la procreación como una garantía personal de firmeza solidaria, implicando libertad, responsabilidad e información; aparejando un derecho a la procreación y un compromiso de solidaridad.

En el libro de Manuel Bartlett Díaz se plasma “Es condición humana incorporar valores culturales a las más simples funciones vitales; con mayor razón la actividad reproductiva merece un revestimiento cultural y un tratamiento responsable...”¹¹⁰, agregando, dentro de la respectiva iniciativa, que el bienestar de la población como centro rector de los programas de desarrollo acentúan los aspectos cualitativos de la política demográfica y promueve la planificación familiar como un moderno derecho humano para decidir de forma libre, responsable e informada la estructura de la célula básica social, respondiendo a la protección legal de la organización y desarrollo de la familia y a la decisión de forma libre responsable e informada sobre el número de hijos y el momento para tenerlos.

Haciendo una breve remembranza sobre la evolución de la familia podemos darnos cuenta que ha ido disminuyendo el número de sus integrantes, la familia tradicional, compuesta con una parentela vasta, va cambiando como

¹⁰⁹ BRAVO MORA, Miguel. El derecho a la planeación familiar. “Marco Jurídico”. Segunda ed. Ed. CONAPO. México. 1986.

¹¹⁰ BARTLETT DÍAZ, Manuel. Ob. Cit. Pág. 1250.

consecuencia de los cambios demográficos, las tasas de mortalidad y natalidad surgiendo así la familia nuclear.

Siendo la integridad de la familia la decisión intocable de solidificar las posibilidades de relación natural y primaria, es base indispensable de una vida social a la altura y a la medida de la persona, obligando a todos los miembros de la sociedad y al gobierno crear condiciones socioeconómicas que faciliten estas relaciones.

Su importancia no sólo radica en lo ya expuesto, sino también señala el sentido y la finalidad de la política en materia de población, vinculándose este segundo párrafo del artículo 4º constitucional con la Ley General de Población y su respectivo Reglamento y es en este último donde encontramos en su artículo 13 la siguiente declaración:

“La planeación familiar es ejercicio del derecho de toda persona a decidir, de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos y a obtener la observación especializada y los servicios idóneos”.

En la Sección II, del Capítulo Segundo, del Reglamento de la Ley General de Población se refiere a la planeación familiar, comprendiendo los artículos del 13 al 23, siendo los siguientes puntos los más destacados:

- Concepto del derecho a la planeación familiar.
- Los programas de planeación familiar tienen un carácter indicativo.
- La libre decisión de las personas respecto al método de su preferencia en la regulación de la fecundidad.
- Se prohíbe que se obligue a las personas a utilizar determinados métodos anticonceptivos.
- La información sobre los procedimientos para la regulación de la fecundidad deben ser claros y sencillos.

- Informar sobre las causas de esterilidad natural y posprocedimientos para eliminarla.
- Concientizar sobre la problemática demográfica para posibilitar el ejercicio de la libertad de procrear.
- Los servicios de planeación familiar deberán estar integrados y coordinados con los de salud, educación, seguridad social e información pública; así como a mejorar las condiciones de vida individual y familiar.

¿Qué relación tiene con la reproducción asistida y la maternidad subrogada?, si bien nuestro estudio no plantea adentrarnos en materia de política de población, si lo hace en materia de procreación, este artículo da la pauta a la creación y sustento de los proyectos respecto tanto de reproducción humana asistida y en consecuencia, de la maternidad subrogada.

Pero no sólo la familia se ve inmiscuida dentro del citado artículo constitucional sino también consagra el derecho a la protección de la salud.

El 3 de febrero de 1983¹¹¹ se incorpora a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la protección de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre y el incremento de la productividad; con lo anterior se reconoce, entre otros, que la salud es uno de los mayores retos al que se enfrenta el Estado.

“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.”

¹¹¹ Iniciativa suscrita por el Presidente De la Madrid Hurtaado el 20 de diciembre de 1982. El proyecto de adición al Artículo 4º Constitucional fue aprobado en lo general y en lo particular por la Cámara de Diputados resultando 325 votos en pro, uno en contra y una abstención, por su parte la Cámara de Senadores la aprueban por 60 votos.

La citada reforma, planteaba fundamentalmente dos cuestiones íntimamente relacionadas:

- ❖ Plasmar en la Constitución como derecho social el relativo a la protección de la salud.
- ❖ El establecimiento de un sistema nacional de salud.

Sin embargo y a pesar del reconocimiento antes citado hasta 1999 la mayor parte de nuestra doctrina concebía al derecho a la protección de la salud como una disposición limitada al establecer **directivas** de acción para el Estado, siendo consideradas como “normas programáticas”, que en si sólo representaban una guía de acción, pero sin un carácter vinculatorio.¹¹²

La explicación “derecho a la salud” implica un esfuerzo deliberado, orientado y planeado para desarrollar acciones congruentes con las políticas y los objetivos que favorezcan la implementación de programas específicos en que la protección de la salud significa un conjunto de acciones realizables con los recursos humanos, físicos y financieros disponibles.

El derecho a la salud es un derecho sustantivo o material, es un derecho humano que se refiere a la posibilidad o condición que posee un grupo humano o comunidad de exigir una prestación por parte del Estado; aunado a que es un conjunto de normas que regulan y organizan la prestación exigida por el titular del derecho mencionado, constituido por la sociedad nacional o internacional.

En un sentido formal es la disciplina académica que se integra dentro del derecho del desarrollo.

La fundamentación del derecho a la salud viene de la redacción del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, estableciendo la primera idea respecto al régimen jurídico – internacional de la

¹¹² SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. Ob. Cit. Pág. 229.

salud, citando “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar... la asistencia médica y los servicios sociales necesarios... La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Sumado al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, contiene la definición de salud¹¹³ y reconoce como función del Estado la promoción de la salud física y mental de los pueblos. Se reconoce que la salud es un proceso global, que la salud física y mental da cuenta de la salud individual, a su vez que el bienestar social se relaciona con la salud general de la población, con la salud pública.

El concepto de salud ha ido teniendo diferentes interpretaciones de acuerdo a las necesidades y a los problemas en general de la sociedad. Se concebía inicialmente como una cuestión religiosa o de caridad; posteriormente con base en el movimiento de Reforma, el Estado mexicano se asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto individualista; finalmente la Revolución de 1910 y las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron la concepción otorgando al derecho a la salud su carácter social.¹¹⁴

¹¹³ La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

¹¹⁴ SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. Ob. Cit. Pág.228

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹¹⁵ incluye que los Estados partes están obligados a reconocer a toda persona, sin discriminación por motivo de raza, color, nacionalidad u origen étnico, el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

Hay que estar parados en la realidad en cuanto a que la custodia, restauración y el mejoramiento de la salud, no es tarea que pueda atender eficazmente el Estado, si no concurren los propios interesados y el pretender el nivel más alto de salud que sea posible constituye un derecho fundamental y el por qué de la reforma, implicando que el Estado y la sociedad decidan caminar a la par en el tema respectivo.

2. Ley General de Salud

La Ley General de Salud hace la clasificación de los servicios de salud en tres tipos:

- De atención médica.
- De asistencia social.
- De salud pública.

La Ley que estamos tratando no nos da una definición como tal de salud pública, lo que es necesaria una interpretación a contrario sensu, a partir de la cual podemos entenderla como “toda aquella acción realizada en beneficio de la sociedad, dirigida a proteger, promover y restaurar la salud de la colectividad”.

¹¹⁵ La cual entró en vigor el 4 de enero de 1969.

Dentro de la salud pública quedan comprendidas las siguientes materias:

- Planificación familiar.
- Educación (promoción para la salud).
- Orientación y mejoramiento de la nutrición.
- Prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre.
- Salud ocupacional y saneamiento básico.
- Prevención y control de enfermedades transmisibles, no transmisibles y accidentes.
- Programa contra el alcoholismo.
- Programa contra el tabaquismo.
- Programa contra la farmacodependencia.
- Control sanitario de productos y servicios, los establecimientos dedicados a la producción de los mismos y de su publicidad.
- Control sanitario de las disposiciones de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.
- Sanidad internacional.
- Información de las condiciones, recursos y servicios de salud en el país.
- Disponibilidad de insumos esenciales y estratégicos para la salud.

El derecho a la protección de la salud, viéndolo desde la perspectiva de esta ley es el bienestar físico y mental del hombre, el mejoramiento de la calidad de vida, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social, adicionalmente para efecto de la protección a la salud se consideran servicios básicos de salud: la educación para la salud, prevención y control de enfermedades, atención materno-infantil, la planificación familiar, mejoramiento de la nutrición, asistencia social a grupos vulnerables.

Ahora bien, la planificación familiar dentro de la Ley General de Salud tiene un carácter prioritario, incluyendo información y orientación educativa para disminuir el riesgo reproductivo, informando a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa. De acuerdo al artículo 68 los servicios de planificación familiar comprenden:

- ⇒ La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual.
- ⇒ La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar.
- ⇒ La asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en su ejecución.
- ⇒ El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.
- ⇒ La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar.
- ⇒ La recopilación, sistematización y actualización de la información necesaria para el adecuado seguimiento de las actividades desarrolladas.

Dos reformas recientes en la Ley General de Salud crearon el Sistema de Protección Social en Salud, siendo la base para la integración de un Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud a la comunidad; la otra incorpora a la ley la figura de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

El Sistema de Protección Social en Salud (SPSS) se creó en el año 2004, para hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud para la población sin acceso a la seguridad social. El principal objetivo del SPSS, es que todo afiliado reciba servicios de salud, sin que esto le signifique pagar una cuota o insumo alguno en el momento de recibir la atención y su meta principal reside en garantizar en forma eficaz, equitativa, uniforme y con calidad cada una de las intervenciones descritas en el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES) utilizando la red de prestadores de servicios de salud acreditados.¹¹⁶ En el año 2012 se incrementó el número de intervenciones médicas que presta el Seguro Popular de Salud a 284, estando dividido de la siguiente manera:

- ❖ **27** Intervenciones dirigidas a los servicios de detección y prevención de enfermedades durante la línea de vida.
- ❖ **110** Intervenciones que permiten la realización del diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades infecciosas y crónicas.
- ❖ **7** Intervenciones de salud indispensables para mantener una óptima salud bucal eficiente como son la prevención y eliminación de caries y enfermedad periodontal, la eliminación de focos de infección y abscesos, así como extracción de piezas dentarias.
- ❖ **25** Intervenciones que por la forma de presentación requieren la atención inmediata ya que pueden poner en peligro la vida, persigue la estabilización, el diagnóstico y manejo terapéutico en la sala de urgencias, o su ingreso a servicios de hospitalización o cirugía.
- ❖ **49** Intervenciones que concentra las patologías que requieren de estancia hospitalaria, del manejo multidisciplinario de especialistas

¹¹⁶ “Comisión Nacional de Protección Social en Salud, dirección de internet: <http://www.seguro-popular.gob.mx/images/contenidos/CAUSES/CAUSES2012.pdf>, fecha de consulta: 19 de mayo 2012, hora: 22:19 p.m.

médicos y de enfermería, así como de los insumos médicos indispensables para su control y estabilización, como consecuencia de la atención médica o quirúrgica del problema, incluye la necesidad de servicios de terapia intensiva.

- ❖ **66** Intervenciones que atienden tanto problemas agudos como crónicos, incluyendo los diagnósticos de mayor frecuencia quirúrgica de patologías digestivas, ginecológicas, obstétricas, genitourinarias, oftalmológicas, dermatológicas y ortopédicas, lo que permite manejar hospitalizaciones programadas, con estancia hospitalaria larga o corta, y que por su naturaleza requieren de intervención quirúrgica; incluyendo previamente la confirmación del diagnóstico o bien la programación de los estudios o cirugía que correspondan.¹¹⁷

Consiste en ofrecer por primera vez a todas aquellas familias que no cuentan con seguridad social y por tanto, no aparecen aseguradas el acceso a un aseguramiento subsidiado a través del *Seguro Popular de Salud*, se trata de una opción de aseguramiento público en materia de salud para familias y ciudadanos que por su condición laboral o socioeconómica no son derechohabientes de las instituciones de seguridad social, se encuentra financiado por tres fuentes: el gobierno federal, los gobiernos estatales y las familias.¹¹⁸

Es importante señalar, que si bien es cierto que el Seguro Popular de Salud tiene como objetivo acercar una seguridad social a sectores de la población que no se encuentran asegurados, también representa una labor para disminuir el empobrecimiento por gastos no contemplados y/o inesperados en materia de salud.

¹¹⁷ Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES).

¹¹⁸ Fundación Mexicana para la Salud A.C., dirección de internet: <http://www.funsalud.org.mx/CASEsalud/caleidoscopio/20%20ElSistemaDeProteccion.pdf>, fecha de consulta: 15 de mayo 2012, hora: 11:45 a.m.

Por otro lado, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) es un órgano desconcentrado con autonomía administrativa, técnica y operativa, la cual tiene como funciones:

- El control y vigilancia de los establecimientos de salud.
- La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre.
- La salud ocupacional y el saneamiento básico.
- El control sanitario de productos, servicios y de su importación y exportación y de los establecimientos dedicados al proceso de los productos.
- El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos, y de los establecimientos dedicados al proceso de los productos.
- El control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios.
- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células de seres humanos.
- La sanidad internacional.
- *El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos células de seres humanos*.¹¹⁹

Debemos mencionar que en el Seguro Popular de Salud no se incluye en el catálogo respectivo a la atención médica en caso de infertilidad o esterilidad, ni servicio alguno relacionada con las técnicas de reproducción humana asistida; por otro lado, en lo que respecta a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios no hacen mención alguna sobre el control sanitario de las técnicas de reproducción humana asistida, lo más cercano a

¹¹⁹ “Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios”, dirección de internet: <http://www.cofepris.gob.mx/cofepris/Paginas/AtribucionesFuncionesYCaracteristicas.aspx>, fecha de consulta 19 de mayo de 2012, hora 19:13 p.m.

ello, o por lo menos lo que podemos deducir, es el numeral relativo al control sanitario de donaciones y trasplantes de órganos, tejidos células de seres humanos .

3. Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.

Desde 2008 y hasta el momento se han presentado a nivel federal al menos seis iniciativas de reformas para regular la reproducción asistida y/o la maternidad subrogada. Tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores han tocado el tema y hecho referencia al rezago mexicano respecto a países como Suecia, primera nación en elaborar una ley en la materia en 1985.

Dentro de la exposición de motivos del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, se hace el recordatorio que dentro de los últimos 30 años se han implementado técnicas de reproducción asistida en instituciones tanto de carácter público como privado de nuestro País, sin contar con una regulación precisa y adecuada que permita que haya certeza en los alcances reproductivos y los límites que dicha actividad conlleva en la práctica médica; aunado a los avances de la biología de la reproducción humana para resolver problemas de infertilidad y esterilidad, mismas que son definidas como un padecimiento asintomático y la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis¹²⁰, respectivamente; haciendo posible la procreación, la cual para algunas personas, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida.

Según cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México existen un millón y medio de parejas que padecen infertilidad o esterilidad.

¹²⁰ Proceso de la fecundación.

La reproducción humana asistida ha sido materia de regulación en países como Inglaterra, Francia, Italia, Costa Rica y España, teniendo como pretensión garantizar el derecho de las personas de procrear, regulando practicas con prerrogativas y límites que establecen sus Estados.

En el ámbito internacional, los derechos sexuales reproductivos se consagran en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (Conferencia del Cairo), en el Capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso a) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva.

Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y los medios para ello, así como el derecho de adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 4° el derecho a planificar libre y responsablemente el número y esparcimiento de los hijos. Correspondiéndole al Estado el garantiza su derecho a decidir libremente el número y esparcimiento de hijos.

La Iniciativa que estamos tratando, busca que se brinde certeza jurídica al derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los derechos reproductivos, entendiendo estos como parte de los Derechos Reproductivos. Los principios adoptados para la creación del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal son: autonomía, dignidad, universalidad e información, planteándose a través del respeto al gameto, mórula, embrión y feto humano y a las personas que se vinculan al Instrumento de Maternidad Subrogada.

Planteada en una estructura de cuatro títulos, siete capítulos y diversos transitorios, pretendiéndose legislar por relaciones más justas y más humanas, regulando relaciones que existen de hecho, al margen de la Ley; comentando en la parte final de la exposición de motivos de la siguiente manera:

“Ser madre para muchas mujeres constituye un hecho de la naturaleza, concedido sin pedirlo, simplemente atendiendo a nuestra naturaleza biológica; sin embargo para otras mujeres estas condiciones biológicas no fueron favorables, trabajemos por hacer factible la posibilidad de ser madres y cumplir como legisladores con las mujeres a las que representamos.”¹²¹

Actualmente, el Centro Nacional de Transplantes (CENATRA) y la Comisión Federal de Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) son los organismos que de alguna forma regulan los procedimientos de reproducción asistida en México, puesto que los gametos son considerados en la lista de órganos, tejidos y células susceptibles de donación y que requieren de un manejo particular. Sin embargo, la función de estas dos instancias es de monitoreo, pues las células sexuales son consideradas como cualquiera otra (las de la médula ósea, por ejemplo), mientras que en el Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, referente al tema, no se menciona nada sobre el manejo de los cigotos o embriones que pudieran resultar de la fecundación entre las células germinales.

Según el registro del CENATRA, hasta abril de 2010 existían en el país 52 establecimientos –desde hospitales hasta consultorios– autorizados para manejar procedimientos con células germinales (óvulos y espermatozoides) en sus instalaciones. De ellos, sólo dos son nosocomios públicos: el Hospital 20 de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto Nacional de Perinatología.

¹²¹ Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de Ley por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.

El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal fue presentado por el grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, de la V Legislatura, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, expone la necesidad de brindar una certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública.

Estructurada por sólo 33 artículos y dividida de la siguiente manera:

◆ Título Primero

- Capítulo único: Disposiciones Generales

Concretamente formula el objeto, establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada, estipula la omisión de fines de lucro y da a conocer las definiciones más importantes.

◆ Título Segundo: De la Maternidad Subrogada

- Capítulo único: De las obligaciones de los Médicos Tratantes para la práctica Médica de la Maternidad Subrogada.

Comprende la información que ha de plantearse a los interesados, así como sus consecuencias, tanto médicas como legales; el secreto profesional, se prohíbe la crioconservación que no tenga como un fin reproductivo o cuando exista un lucro de por medio, las certificaciones que tiene que hacer el médico, así como el seguimiento que ha de hacerse a la madre gestante

◆ Título Tercero: Del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

- Capítulo primero: De las formalidades del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

Los requisitos que ha de contener el Instrumento en cuestión, entre las más importantes están la capacidad de goce y ejercicio, la aceptación pura y simple de

la madre gestante para la implantación; la suscripción ante Notario Público, la omisión de cláusulas que limiten atención sanitaria prenatal y postnatal a la madre gestante, a que el menor conozca su identidad personal, el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo, hago un paréntesis en este punto de habla de un aviso o del conocimiento de las partes.

- Capítulo segundo: Del certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada.

Contendrá al respecto que la maternidad fue asistida a través de una técnica de reproducción humana, en concreto, de la maternidad subrogada.

- Capítulo tercero: Del registro y control de nacimiento de los menores nacidos mediante la maternidad subrogada.

Registro que será llevado en coordinación entre la Secretaría de Salud, sin estipular si será la local o la federal, y el Registro Civil.

◆ Título Cuarto: De la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.

- Capítulo primero: De la nulidad de la Maternidad Subrogada.

Siendo nulo por algún vicio de la voluntad, porque existan cláusulas que atenten contra el orden social, el interés superior del menor y la dignidad humana. Da la posibilidad a la madre gestante a demandar en caso de patologías que deriven de la inadecuada atención médica prenatal y postnatal, así mismo daños y perjuicios por error o dolo respecto de la identidad de los padres subrogados.

- Capítulo segundo: De las sanciones en relación con la maternidad subrogada.

Y pudiendo ser el capítulo más importante e incluso detallado del proyecto, únicamente cuenta con dos artículos, los cuales prevén sanciones y responsabilidades únicamente para los médicos tratantes olvidando completamente que la madre gestante también puede incurrir en responsabilidad como negligencia de su parte que degenere en la pérdida del producto o la negativa a entregar al niño una vez que haya nacido. ¿Dónde están estos supuestos tan básicos?, pero es visible el que ella sí puede demandar daños a los padres subrogados. ¿Se les habrá olvidado a nuestros legisladores?

La Ley de Gestación Subrogada fue aprobada el mes de noviembre del 2010, sin embargo aún no ha sido publicada en la Gaceta Oficial y por tanto no ha entrado en vigor; en octubre del año 2011 se dio a conocer que se harían modificaciones al 90% de esta Ley para evitar acciones de inconstitucionalidad, lo que nos hace preguntar ¿apenas se dieron cuenta de las inconsistencias en el texto legal?, las razones que se dieron respecto a la modificación fue que no se había dejado claro la competencia a nivel federal y local respecto de la materia de salud, sin embargo para ello ¿necesitan modificar el 90% de su articulado?, porque en la iniciativa con proyecto que se está analizando una de las incongruencias que salta inmediatamente es el derecho a la interrupción del embarazo por parte de la madre gestante, ¿no se supone que ella no es tomada como madre biológica? O el hecho de que aún se mencione que el estatus de la mujer, unida en matrimonio o concubinato ¿no puede ser madre soltera? ¿No cabe esa posibilidad?.

4. Código Civil para el Distrito Federal.

Si bien es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal no establece normativa respecto a la maternidad subrogada, si incluyó en las reformas del mes de mayo del año 2000 disposiciones respecto a la reproducción asistida, actualmente se encuentran establecidas de la siguiente manera:

- ❖ El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, es el primero que establece e incluye dentro de su texto a la reproducción asistida, al hacer mención que “los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

- ❖ En el artículo 293 del Código referido, respecto al parentesco incluyó que “se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o solo esta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.”

- ❖ Dentro del artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal, respecto al tema de impugnación de la paternidad se dispuso que “tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.

- ❖ En el artículo 329 del Código en mención dispone que “las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperara, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

En el entendido de que se pretende la publicación de una Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, se esperaría un proyecto para reformar el Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo hasta el momento parece ser que no se tiene planeado dicha reforma respecto al tema.

Teniendo el precedente de la inclusión del tema de reproducción asistida a nuestro Código local, el reformarlo respecto al tema de maternidad subrogada, también podría servir de pretexto para depurar las reformas anteriores.

Existe la tendencia contemporánea que comprende tres ámbitos en la regulación de la reproducción asistida, de las cuales podemos basarnos para la normatividad de la maternidad subrogada:

- a) Derecho Civil: Comprendiendo
 - a. Concepto de fecundación asistida.
 - b. Límites.
 - c. Marco de permisividad.
 - d. Anonimato de los donantes.
 - e. Congelación de gametos.
 - f. Determinación de la filiación.
 - g. Materia sucesoria.
- b) Derecho administrativo:
 - a. Bancos de semen.
 - b. Clínicas especializadas.
 - c. Personal capacitado.
 - d. Regulación de instrumental.
 - e. Registro de donantes.
 - f. Requisitos de los donantes.
 - g. Normas de vigilancia.
 - h. Idoneidad para recibir las técnicas.

c) Derecho Penal

a. Conductas punibles.

Si analizamos el contenido de los puntos primordiales, en materia civil, concluiríamos que la reforma tendría que ir encaminada a englobar en un capítulo a las técnicas de reproducción asistida y a la maternidad subrogada, que es nuestro tema de estudio; lo curioso de esto es que la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida, entonces nos preguntaríamos ¿necesitamos una reforma o una ley?, en nuestro caso tendría que ser una reforma que como mínimo establezca puntos esenciales como:

- Maternidad: Se debe dejar en claro que la madre gestante renuncia a todo tipo de vínculo filial, estableciéndose que la madre subrogada es quien será reconocida como tal.
- Filiación: el niño nacido por la técnica de maternidad subrogada, no guardará vínculo alguno con la madre gestante.
- Parentesco: El niño nacido por maternidad subrogada tendrá parentesco única y exclusivamente con la pareja contratante.
- Materia sucesoria: No se establecerán diferencias entre los hijos nacidos por gestación de la madre y aquellos nacidos por maternidad subrogada.
- Instrumento de maternidad subrogada: Debe establecer la gratuidad del proceso en todo momento. Servirá como prueba plena para el reconocimiento del hijo fuera del matrimonio.
- Capacidad: Tanto los contratantes como la madre gestante deberán acreditar el goce de la capacidad de ejercicio.
- Actas de nacimiento: No deberá hacerse anotación alguna respecto al proceso mediante el cual ha nacido el niño, en este caso la maternidad subrogada.

Es verdad que de momento no existe la pretensión por parte de nuestros legisladores de reformar el Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo si se formuló una iniciativa con proyecto de decreto por el que se adicionan disposiciones del Código Civil Federal¹²², lo cual no omitiremos de hacer mención, siendo los artículos 58, 59, 263, 324 338, 360, 369 y 383; en lo que respecta al Libro Primero, de las personas, Título Cuarto, del Registro Civil, Capítulo II conforme a las actas de nacimiento se propone adicionar a los artículos 58 y 59 respectivamente.

“En el caso de fallecimiento de ambos progenitores en los casos de subrogación gestacional durante la gestación será aplicable lo dispuesto por las disposiciones de la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional.”

“En el caso de fallecimiento que establece la Ley Federal de Subrogación Gestacional, será aplicable lo dispuesto por dicha Ley y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional...”

En el Capítulo IX, de los matrimonios nulos e ilícitos, se propone conforme al artículo 263:

“En el caso de nulidad del matrimonio en el que se hayan procreado hijos mediante la práctica médica de la subrogación gestacional será aplicable lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional...”

El Título Séptimo, de la Paternidad y Filiación, Capítulo I que refiere a los hijos de Matrimonio, los artículos a modificar son el 324 y 338:

¹²² Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.

“Se exceptuará de las prescripciones de los capítulos referidos a paternidad y filiación los casos en que expresamente se haya otorgado consentimiento mediante la suscripción del Instrumento de Subrogación Gestacional; en cuyo caso, la realización de esta práctica médica o cualquier otra técnica de reproducción asistida, no produce ninguna relación de parentesco por paternidad o de maternidad entre el menor nacido y la mujer gestante, o entre los aportantes o donantes de gametos humanos, ya sean femeninos o masculinos para la reproducción asistida”.

En todos los casos los derechos y obligaciones derivados de la filiación serán a favor de la madre subrogada y su cónyuge. En estos casos será aplicable lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional...”

“No constituirá transacción, ni compromiso en árbitros, todas las disposiciones que se establezcan a favor del menor nacido mediante una técnica de reproducción asistida y que se encuentren reguladas por lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional. En caso de duda derivada de una controversia del orden familiar, el Juez de lo Familiar resolverá bajo el principio de interés superior del menor, estableciendo medidas de protección respecto a la patria potestad, custodia y tutela...”

Por último, los artículos 360, 369 y 383 pertenecientes al Capítulo IV, Del Reconocimientos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pretenden las siguientes adiciones:

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

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo previo a aquellos menores que han nacido de una mujer gestante en los términos que establece la Ley Federal de Subrogación Gestacional, en este caso, tanto los derechos como obligaciones derivados de la filiación serán a favor de la madre subrogada y el padre. En estos casos será aplicable lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional...”

“El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura Pública;
- IV. Por testamento;
- V. *Por Instrumento de Subrogación Gestacional; y*
- VI. Por confesión judicial directa y expresa...”

Se exceptuará de las prescripciones de los capítulos referidos a paternidad y filiación los casos en que expresamente se haya otorgado consentimiento mediante la suscripción del Instrumento de Subrogación Gestacional; en cuyo caso, la realización de esta práctica médica o cualquier otra técnica de reproducción asistida, no produce ninguna relación de parentesco por paternidad o de maternidad entre el menor nacido y la mujer gestante, o entre los aportantes o donantes de gametos humanos, ya sean femeninos o masculinos para la reproducción asistida.

En todos los casos los derechos y obligaciones derivados de la filiación serán a favor de la madre subrogada y su concubino. En estos casos será aplicable lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y las previsiones que establezcan el Instrumento de Subrogación Gestacional.”

Personalmente, la pregunta que salta a la vista es ¿por qué si se pretende publicar una Ley de Maternidad Subrogada para el del Distrito Federal no se han planeado reformas al Código Civil para el Distrito Federal? , pero si las hay para el Código Civil Federal, las cuales no resuelven ni en lo más básico alguno de los puntos que hemos planteado con anterioridad, se esperaría, en primer lugar una reforma al Código Civil local, que tocara los temas del marco permisivo o el anonimato de los donantes, materia sucesoria, que por cierto fue totalmente olvidado en el proyecto a nivel Federal, siendo en su caso el tema de filiación el único tema que se aborda.

Limitándose a repetir una y otra vez, dejándonos muy claro, que toda se resolverá conforme al Instrumento de Subrogación y a la aquí llamada Ley Federal de Subrogación Gestacional, dejándonos en el mismo punto de partida, no veo caso el adicionar en diversos artículos que conforman el Código Civil Federal una y otra vez la misma frase: “será aplicable lo dispuesto por la Ley Federal de Subrogación Gestacional y lo establecido en el Instrumento de Subrogación”.

Por supuesto que hay que remitirse a la Ley que se pretende crear, en nuestro caso para el Distrito Federal, sobre todo tomando en cuenta que se generan situaciones muy especiales y específicas, la crítica en este apartado va más encaminado a que nuestro legislador se olvida que el estudio no se limita a lo que pueda a no decir un Código, sino a dar las directrices para encuadrar situaciones, pareciera que lo único que atinó a hacer en todos y cada uno de los artículos antes citados fue repetir incansablemente la misma frase, si eso fue para una reforma a nivel Federal, debemos esforzarnos porque en el Distrito Federal esta deficiencia se subsane, aunque tampoco deberíamos sorprendernos si no ocurre.

CAPÍTULO IV

LÍMITES EN LA CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y PERSONALIDAD DE LA MADRE GESTANTE EN EL PROCESO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

La Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal cuenta con varias inconsistencias como lo hemos hecho notar, el objetivo de este último capítulo es hacer una breve mención de ellas y reflexionar sobre el impacto que tienen en el proyecto.

Esperando que dentro de las modificaciones que pretenden hacerle al ya aprobado más no publicado proyecto, revisen una vez más su articulado y pongan parámetros básicos a ciertos artículos ambiguos y que se prestan a más de una interpretación ventajosa.

1. La capacidad

1.1. Definición de capacidad

La capacidad alude a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por si mismo. La capacidad de una persona no se relaciona con los grupos sociales sino con la idoneidad de la persona para valerse por sí misma considerando la madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones; para lo cual el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio”.

De acuerdo a lo antes citado la capacidad e incapacidad aluden a una posibilidad o imposibilidad para ejercer por si mismo los derechos y cumplir las obligaciones que legalmente le corresponde.

Por tanto se va a entender, en primer plano, por capacidad *al atributo de la personalidad*, aunado que es la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, así como la posibilidad de que la persona pueda ejercitar los derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

1.2. Aspectos de la capacidad

1.2.1. Capacidad de goce

Se entiende por capacidad de goce la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.¹²³

En el derecho, mediante la capacidad de goce todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en el vida jurídica; significando que son tomadas en cuenta por el Derecho, en cuanto son sujetos de derechos y por tanto, de obligaciones. La capacidad de goce es parte integrante de la personalidad, puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio, de la cual hablaremos más adelante.

1.2.2. Capacidad de ejercicio

Por otra parte la capacidad de ejercicio es la aptitud para hacer valer aquellos derechos y cumplir con las obligaciones, por sí mismo.¹²⁴

La plena capacidad de ejercicio es consecuencia de haber llegado a la mayoría de edad; a partir de ese momento, la persona normalmente dispone libremente de sí mismo y de sus bienes.

A la ausencia de capacidad de ejercicio se alude generalmente, cuando se dice que una persona es incapaz o esta incapacitada.

¹²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 406.

¹²⁴ Ídem.

1.3. Incapacidad

La incapacidad hace referencia a la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

Ripert y Boulanger¹²⁵ hacen una reflexión sobre el concepto de incapacidad, refiriendo que se encuentra oscurecido por una pobreza de lenguaje jurídico; cuando una persona es privada a título excepcional de un derecho y no puede disfrutar de una ventaja que corresponde a los demás, se dice que está afectado por una incapacidad de goce. La expresión es inadecuada, porque si la palabra incapacidad aquí se le da una connotación de privación de un derecho, la palabra goce esta desviada de su sentido habitual, significando la ventaja que confiere la atribución de un derecho. Además de que la expresión anterior sólo despierta la idea de derechos, olvidándose de que también se trata de obligaciones.

Sin embargo y a partir de lo anterior, cuando la ley por motivos especiales impide a una persona administrar y gozar de ciertos derechos, no debemos hablar propiamente de “incapacidad” sino de una mera “prohibición” para el goce y disfrute de ciertos derechos que la norma señala, hablamos entonces de una prohibición legal, más que de una incapacidad.

Si bien es cierto que cuando se llega a la mayoría de edad se adquiere la capacidad de ejercicio, como se ha mencionado con anterioridad, sin embargo, cuando el mayor de edad sufre de alguna disminución o perturbación en sus facultades intelectuales, volitivas o sensoriales, aunque tenga intervalos lúcidos, carecerá de la capacidad de ejercicio; he aquí donde la incapacidad de la cual padezca será por un carácter meramente natural.

¹²⁵ Cit por. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 407.

De la misma manera, están incapacitados los que padecen alguna afección de orden patológico o sufran alguna deficiencia física, psicológica o sensorial, de igual forma las personas cuyas deficiencias hayan sido producidas por sustancias tóxicas, alcohol, psicotrópicos o estupefacientes; refiriéndose lo anterior a una incapacidad legal.

El artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal establece que tienen incapacidad natural y legal:

- 1) Los menores de edad
- 2) Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Cuando el mayor de edad sufre una perturbación o disminución en sus facultades intelectuales, volitivas o sensoriales, aunque tenga intervalos lúcidos, carece de capacidad de ejercicio, de igual forma existirá una incapacidad cuando padezcan alguna afección de orden patológico, deficiencias físicas, psicológicas o sensoriales que hayan sido producidas por alguna adicción a sustancias tóxicas, alcohol, psicotrópicos o estupefacientes.

Lo anterior nace porque las limitantes o alteraciones al intelecto, impide que el sujeto afectado por ellas puedan gobernarse u obligarse por sí mismos o expresar su voluntad de alguna manera, carecen de libertad de decisión.¹²⁶

Como podemos notar, los menores de edad, como los mayores de edad que se encuadren en los supuestos anteriores no pueden gobernarse ni

¹²⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 409.

obligarse por sí mismos; sin embargo pueden adquirir derechos y obligaciones a través de los padres o tutores, que actúan como sus representantes.

La mujer que pretenda participar en el proceso de maternidad subrogada como madre gestante, deberá acreditar su capacidad de ejercicio.

1.4. Capacidad de la madre gestante

El artículo 14, fracción II, del proyecto de decreto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal establece en su contenido:

“Poseer capacidad de goce y de ejercicio”

Así sin más y en función de lo antes expuesto habremos de explicar que la madre gestante deberá ser mayor de edad, pero no únicamente este elemento de mayoría de edad será suficiente se deberá comprobar que efectivamente no sufre de alguna afección física o mental, adicionalmente de demostrar que no padezca de alguna adicción como alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

La mujer gestante deberá tener estas dos capacidades, pero ya que la capacidad de goce la tenemos por el mismo hecho de ser personas, el enfoque en el cual hay que poner mucha atención es en cuanto a la **capacidad de ejercicio**, que debe tener la madre gestante para ser *contemplada* como apta, a expensas de los resultados médicos y psicológicos del que hace mención el artículo 11 de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal¹²⁷, el cual por cierto no explica cuáles deben ser los mínimos para determinar que no hay peligro o no lo habrá tanto para ella como para el embrión durante el desarrollo del embarazo.

¹²⁷ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.

La sustentante señala que el objetivo que deben tener los exámenes físicos y psicológicos previos al implante del embrión en la madre gestante, es precisamente el de corroborar que se encuentra en condiciones óptimas, en un sentido global, encaminado a no dar cabida a una nulidad eventual, ni relativa y mucho menos absoluta; garantizar con lo anterior la capacidad de la madre gestante.

Resumiendo lo anterior en que la madre gestante como mínimo deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de edad.
- b) Físicamente debe estar sana.
- c) Psicológicamente debe estar sana.
- d) No debe tener adicción a alcohol, tabaco y otras sustancias.
- e) Haber concebido al menos un hijo.
- f) No haber tenido complicaciones en el embarazo anterior.
- g) Contar con una pareja sentimental estable y que apruebe y apoye la decisión de la madre gestante.
- h) Tener estabilidad económica.
- i) No tener antecedentes penales.

2. Personalidad

2.1. Concepto en general

La palabra personalidad viene del latín *personālis*, que significa personal. Se entiende a la personalidad como el patrón característico de pensamientos, sentimientos y conductas de un individuo, que persisten a lo largo del tiempo y de las situaciones¹²⁸. Entendiendo las diferencias características como todos los aspectos individuales de una persona que la distingue de cualquier otro y que esas características son estables y perdurables.

La personalidad es el sello psicológico de la persona, que por sí mismo señala las acciones de una persona y marca el paso de la misma en el tiempo¹²⁹.

2.2. Concepto jurídico

Se destaca la expresión personalidad para determinar el nacimiento de la persona, en su distinción entre persona física o jurídica; se enfatiza principalmente la idea de persona física como persona humana, como ser, observada incluso desde un ángulo jurídico, siendo esta consideración determinada por la noción de personalidad.

Podemos manifestar que la personalidad es la “cualidad que permite a la persona ser considerada como sujeto de derechos y, por consiguiente, ser titular de derechos y deberes de carácter jurídico.”¹³⁰

¹²⁸ G. MORRIS, Charles. Introducción a la Psicología. Novena Edición. Ed. Prentis Hall. Traductor Florente López Rodríguez. México. 1997. Pág. 348.

¹²⁹ Ibidem p. 377.

¹³⁰ MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. et al. Codificación, persona y negocio jurídico. Editorial Bosh. España 2003. Pág.60.

El concepto de personalidad tiene un doble sentido:

- Absoluto o global: significando que el reconocimiento como sujeto que realiza el Derecho lo hace tanto a la persona física, al hombre, como a las personas jurídicas.
- Uniforme: es idéntica para todos y general.

La personalidad de la madre gestante se entenderá como la aptitud que posee para ser titular de derechos y obligaciones; tal aptitud es una construcción pura del derecho positivo. La personalidad es una construcción jurídica que permite que la norma tenga aplicación en la vida social.

La personalidad es una construcción jurídica que descansa en el reconocimiento de esos bienes esenciales, pertinentes intrínsecamente a la persona para su protección jurídica, mediante el deber del respeto impuesto a los demás sujetos; es una proyección en el orden jurídico de la persona del ser humano.

Con el nacimiento comienza la personalidad para el nacido, pero es preciso demostrar que efectivamente se tiene personalidad, por lo tanto el interés particular como el general coinciden en señalar la necesidad de un mecanismo o sistema que permita constatar la veracidad del nacimiento, siendo el Registro Civil el mecanismo que permite constatar todas aquellas circunstancias que afectan a la persona.

Sólo se tendrán por nacidos a quienes desprendidos enteramente del seno materno viven 24 horas o son presentados vivos ante el Registro Civil, lo anterior en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal; de este modo la inscripción del nacimiento, en la medida en que da fe del hecho, de la fecha, de la hora y del lugar de nacimiento, se

convierte en un punto fundamental y básico para probar el inicio de la personalidad.

La inscripción constituye un elemento determinante sobre el que gira toda la información referente a la persona, reflejándose en las actas del Registro Civil, las cuales constituyen la prueba del hecho. Se trata de un medio de legitimación que aunque no tiene carácter constitutivo y no determina la atribución de la personalidad, la certificación correspondiente es el medio de prueba necesario para que la persona acredite su condición.

Los derechos de la personalidad hacen referencia a un conjunto de bienes tan propios del individuo que se llegan a confundir y constituyen las manifestaciones de la personalidad, entendida en su forma genérica, del propio sujeto, reconociendo manifestaciones del desarrollo no sólo de carácter físico o intelectual.

La construcción de los derechos de la personalidad significa sencillamente, acudir al instrumento del derecho subjetivo para proteger los bienes, en este caso de la madre gestante que es el sujeto de estudio que nos ocupa. Quedando definidos como “una categoría especial de derechos subjetivos que, fundado en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia entidad e integridad, en todas sus manifestaciones espirituales y físicas”¹³¹. Son derechos supremos de la madre gestante que le aseguran el disfrute de sus bienes más personales e íntimos; haciendo énfasis en que cuando hablamos de bienes, no nos referimos al ámbito material, sino a bienes de la personalidad, los cuales son atributos de la persona que constituyen parte integrante de su esencia.

¹³¹ BUSTOS PEUCHE, José Enrique. Manual sobre bienes y derechos de la personalidad. Segunda edición. Editorial Manuales Jurídicos Dykinson. España 2008. Pág. 38.

Para que la madre gestante sea titular de un derecho de la personalidad es necesario cuente con la capacidad de ejercicio, como para cualquier otro derecho. Los derechos de la personalidad cuentan con sus propias características las cuales se mencionan a continuación:

- Son innatos u originarios. Significando que tales derechos pertenecen al hombre por el simple hecho de ser hombre, sin que para adquirirlos sea necesario un título legal de adquisición. No los otorga el Estado sino que nacen con la persona y aquel se limita a reconocerlos.
- Son derechos personalísimos. Indicando que estamos frente a derechos individuales, privados y absolutos.
 - Individuales: sólo son propios de la persona física, del individuo.
 - Privados: porque pertenecen al individuo en cuanto tal, con independencia de otras cualidades jurídicas que pudiera ostentar, como por ejemplo de la ser ciudadano.
 - Absolutos: son eficaces frente a todos; están dotados de eficacia erga omnes, existiendo un deber universal o general de respeto.
- Son extrapatrimoniales. Están fuera del comercio, no pueden ser objeto de un tráfico jurídico.
- Son irrenunciables. Lo que bien se sabe, su titular no puede renunciar a ellos.
- Son indisponibles. No pueden ser objeto de acto jurídico, teniendo una vinculación muy temprana con una de las características anteriores, la de ser extrapatrimoniales, por tanto no se pueden vender, ceder, transmitir o donar.

- Son inexpropiables e inembargables. Al carecer de un valor económico resulta inútil verlos como objeto de expropiación o embargo.
- Son imprescriptibles. No pueden extinguirse por prescripción; sólo pueden terminar por la muerte de su titular.

Ahora bien, los derechos de la personalidad se advierten por primera vez dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre, en el año de 1789. Ya hemos hablado de sus características, sin embargo ¿cuáles son?, a continuación se enlistan:

- Derecho a la vida: El respeto a este derecho hoy no se pone en duda cuando se contempla desde el punto de vista de la conservación, pero aún se niega cuando se contempla desde el punto de vista de la disponibilidad propia por parte del individuo. En esencia se plantea la idea de existencia.
- Derecho a la integridad física: Esta noción parte de la idea de una concreción en el mantenimiento y presencia de atributos o características físicas, refiriéndose concretamente en el modo físico de ser de la persona, sus atributos.
- Derecho a la libertad: Entendida en su forma más simple y llana, si no esta sujeto a un proceso que amerite privación de la libertad, el individuo puede seguir gozando de sus derechos y de que no se le mantenga recluso.
- Derecho al honor: Significando el honor la dignidad personal que se tiene por la consideración que los terceros transmiten, supone una estima por parte de la sociedad y en la sociedad; distinguiendo dos ámbitos distintos, uno subjetivo que representa el sentimiento que una persona tiene de su propia dignidad; y un ámbito objetivo, que supone ese mismo sentimiento de uno mismo referido a los demás.

- Derecho a la intimidad personal y familiar: Se trata del reconocimiento del derecho a la esfera privada constituido por aquellas manifestaciones de la propia vida que uno no desea que sean objeto de conocimiento por parte de los demás, resultando difícil establecer el alcance y el ámbito exacto de este derecho, existiendo criterios orientadores como son:
 - Esfera pública
 - Esfera privada
 - Esfera confidencial

- Derecho a la imagen: Más que un propio bien, constituirá una manifestación del derecho a la intimidad del derecho a la intimidad, este derecho puede definirse como el derecho que cada individuo tienen a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de la figura.

Como suele suceder respecto a cualquier otro derecho subjetivo, cabe la posibilidad de que otro lesione estos derechos de la madre gestante, que realice algún acto ilícito que tiene como resultado una violación del derecho de la personalidad, en mayor o menor medida.

De lo antes mencionado se desprende que la madre gestante busque un modo de reparación, hablamos de una indemnización de un daño moral, que es el único que se produce al lesionar un derecho de la personalidad. La función de la indemnización no va a ser necesariamente la reconstrucción de la situación anterior, pues habrá ocasiones en que resulte imposible tal reconstrucción, sino determinar la reparación del daño, mitigar ese mismo daño, teniendo como funciones esenciales:

1. Proyecta la libertad del ofendido en cuanto lo libera del efecto psicológico que el daño o lesión produce.

2. Reafirma el valor del derecho lesionado y su protección pública, a la vez que se manifiesta como reparación.

Cuando se llega a dañar un bien material, un bien externo de la madre gestante, la reparación resultaría más fácil; valorando el daño, cuantificando económicamente y satisfaciendo el importe al que resultó perjudicado. Sin embargo la “facilidad” de la que hemos hablado no se da en cuanto al daño moral ¿Cómo se cuantifica económicamente?

2.3. Fin de la personalidad

La personalidad se extingue por la muerte de la persona, lo que significa que solamente el hecho físico del fallecimiento determina la extinción de la personalidad; puesto que es el determinante real de la desaparición de la persona como tal y que suele ser no voluntario, en cuanto a que es un acontecimiento generalmente no deseado, imprevisible y fuera del alcance del sujeto.

Desaparecida la persona por su muerte, en el caso particular la muerte de la madre gestante, se produce un cambio que comienza en el propio sujeto, al quedar extinta su personalidad y al cambiar su naturaleza ya no es posible la constitución de relaciones jurídicas. La incidencia jurídica de la muerte se advierte principalmente en la pérdida de las titularidades y en la extinción de posiciones jurídicas, como son el caso del matrimonio, la patria potestad o en el caso de alimentos, considerándose que son inseparables del sujeto e inherentes a él, de tal modo que no pueden desprenderse de ellos y su titularidad siempre aparece ligada a su propia persona.

Aunque también se dan casos en que la muerte puede llegar a determinar una eficacia en un acto determinado; como el caso de las donaciones mortis causa o en la sucesión testamentaria, por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte.

La prueba del fallecimiento de una persona también se realiza por medio de la inscripción de defunción en el Registro Civil, tal inscripción da fe de la muerte de la persona y de la fecha, hora y lugar en el que se ha producido.

2.4. Personalidad de la madre gestante.

La madre gestante cuenta con derechos de la personalidad tales como: vida, integridad física, derecho a la imagen, al honor, a la libertad, intimidad personal y familiar, no hay que perder de vista que al participar como una “representante” de la madre subrogada en lo que este proceso se refiere, existirán casos en los cuales se tengan que poner límites a la personalidad y por tanto a los derechos que conlleva y de los cuales goza la madre gestante.

No perdamos de vista que las obligaciones más importantes que tiene la mujer que gestará al embrión hasta su nacimiento son el llevar a cabo la gestación durante el tiempo requerido y por supuesto una vez que se haya dado el alumbramiento, la entrega del niño; lo anterior tiene que estar muy presente cuando queremos delimitar hasta que punto puede actuar la madre gestante.

Derivado de lo anterior, los límites en la personalidad de la madre gestante deberán estar encaminados a los siguientes supuestos:

- La madre gestante no podrá, en ningún momento del proceso, ponerse en situaciones de riesgo, que conlleven a la pérdida del producto. Es por ello de la insistencia en que se tenga un seguimiento médico y visitas domiciliarias para comprobar que exista un entorno familiar estable.
- La madre gestante deberá estar impedida para decidir interrumpir el embarazo de forma unilateral.

- La madre gestante no podrá cambiar de domicilio previa notificación a la pareja contratante; ni deberá perder el contacto con ellos hasta el momento de la entrega del niño.

3. Legitimación

3.1. Concepto

Capacidad y legitimación son cosas distintas, aunque haya ocasiones en que sean exigidas ambas para poder hablar de validez y eficacia de una actuación concreta, como es el caso de la mujer que pretenda ser la madre gestante en el proceso de maternidad subrogada. Como hemos mencionado con anterioridad la capacidad de ejercicio es fundamental para poder someterse al proceso que estamos tratando, pero también deberá acreditar su legitimación.

La legitimación es “el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo”,¹³² en nuestro caso esa persona a la cual el Derecho hace tal reconocimiento es la madre gestante; hablamos de eficacia, porque el acto realizado sin legitimación es normalmente ineficaz, pero es nulo cuando la ley eleva la legitimación a presupuesto de validez del acto.

Por su parte Sanahuja llama legitimación a “la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia”. Jordano Borea la ha definido como “aquella posición del sujeto respecto del objeto del negocio (interés que está llamado a regular), que se requiere para que ese sujeto pueda practicar con perfección determinado acto”.¹³³ En el primer supuesto la situación jurídica que condiciona la eficacia de la maternidad subrogada es el

¹³² LADARIA CALDENTEY, Juan. Legitimación y Apariencia Jurídica. Ed. Bosch. España. 1952. Pág. 11

¹³³ Cit. Por LADARIA CALDENTEY, Juan. Ob. Cit. Pág. 14.

alumbramiento del niño y posteriormente su entrega por parte de la madre gestante, así mismo el que la madre antes mencionada cuente con la capacidad de ejercicio, de la cual hemos venido insistiendo, determina su posición para que el acto se perfeccione.

La confusión entre los conceptos de legitimación y capacidad es frecuente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, toda vez que estos conceptos se han separado hace poco tiempo. La diferencia puede establecerse de la siguiente manera:

- ⇒ La capacidad, entendiendo que la madre gestante necesita acreditar una capacidad de ejercicio, es la idoneidad para *realizar un acto jurídico, inferida de las cualidades personales*.
- ⇒ La legitimación, en cambio es la idoneidad de la madre gestante para *realizar un acto jurídico eficaz, inferida en su posición respecto al acto.*¹³⁴

Los procesalistas hablan de “legitimación en causa”, entendiendo por tal el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad de intervenir en un proceso (realizar actos procesales) a las personas y sólo a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la acción de que se trate.

Cuando hablamos de una legitimación directa, se le atribuye al titular de un derecho subjetivo, en este caso la madre gestante, entendiendo como titularidad la posición de una persona a la que la norma reconoce un interés sobre un determinado bien, otorgándole facultades, actuales o potenciales; mediatas o inmediatas de actuación sobre el mismo.¹³⁵ No se debe perder de vista que la persona a la que la norma reconoce un interés es la madre gestante y la misma deberá estar en una posición legal, la cual es el proceso de maternidad subrogada, una vez concluido tal proceso y el cumplimiento de las obligaciones

¹³⁴ LADARIA CALDENTEY, Juan. Ob. Cit. Pág. 15

¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 45.

respectivas, su posición cambia y por tanto no estará legitimada para realizar actos procesales referentes al proceso de maternidad subrogada.

La legitimación al representar una facultad tiene un carácter estático y no se pierde aunque no se actúe. La legitimación puede ejercitarse a través de un acto de la propia madre gestante, pero también puede legitimar a un tercero mediante un acto de apoderamiento o mediante la celebración de un contrato de mandato; será siempre la propia madre gestante quien establece el alcance y extensión de la legitimación conferida.

La legitimación requiere que la persona posea, además, la capacidad de ejercicio, para poder alcanzar esa eficacia de lo que anteriormente hablamos.

A continuación se abordaran los supuestos mínimos en los cuales tanto el ámbito de actuación de la legitimación, como de la personalidad deben ser acotados a la madre gestante; focalizada principalmente en los derechos de la madre gestante.

Se ha decidido abordar tanto legitimación como personalidad a la par, toda vez que si es cierto la mujer que de forma voluntaria proporcionó el vientre para la gestación es titular de derechos y obligaciones, los cuales le ha reconocido el derecho y por ello puede poner en movimiento el aparato judicial cuando sienta que ha sufrido algún menoscabo, también es cierto que en este proceso sobre ella recaen obligaciones que configuran a la maternidad subrogada y consecuentemente no se puede tomar a la ligera el otorgamiento de toda una serie de libertades llámese personales e incluso legales.

4. Preservación de la salud por parte de la madre gestante.

La madre gestante, en el entendido que es ella la que fungirá como “representante” de la mujer que no puede llevar a cabo el proceso de gestación, deberá contar con limitantes tanto en su personalidad, como en su legitimación; como ya se ha venido comentando con anterioridad, toda vez que en el supuesto anterior y de acuerdo a lo que hemos explicado, su actuar debe estar encaminado a las obligaciones más importante que tiene: el alumbramiento y la entrega del niño.

Por tanto, tiene la obligación de preservar en todo momento su salud que permita el sano desarrollo del embrión, feto o niño. De ello dependerá que el objeto del Instrumento de maternidad subrogada se cumpla.

Se hace evidente que el seguimiento médico y las visitas domiciliarias que se plantean van encaminadas a vigilar el sano desarrollo del embarazo, así como el estado de salud de la madre y el embrión.

Las limitantes primordiales que se le deben plantear, desde el enfoque de la sustentante, deben ser:

4.1. Preservación del embrión por parte de la madre gestante.

La finalidad de emplear una madre gestante es el que una pareja pueda ver realizado su deseo de tener un hijo, esta es la razón fundamental que lleva a mujeres y parejas a buscar emplear esta técnica, una vez que han buscado opciones e incluso las han agotado. Ponen en una tercera su ilusión de una familia, su fin último que es tener un hijo y la madre gestante, en su altruismo, ha decidido contribuir a que esa idea se cumpla, llevando durante 9 meses al hijo de otros.

La maternidad subrogada tiene una finalidad, si bien no expresada de forma literal, si intrínsecamente el de entregar un niño vivo y viable, es el punto medular de todo el proceso de maternidad subrogada. Sin lo anterior tal proceso no tiene razón de ser y consecuentemente el estudio de limitantes o no a los derechos y obligaciones de la madre gestante, la cual actúa como medio para satisfacer la finalidad que tiene el proceso de maternidad subrogada.

Es por lo anterior que nos vemos en la necesidad de enlistar supuestos que contribuyan a lograr no sólo el objetivo de la maternidad subrogada, sino también que fijen directrices en el actuar de la madre gestante, tales como:

- La prohibición de realizar ejercicio en exceso.
- No podrá ingerir medicamento, salvo bajo prescripción médica.
- No deberá ingerir sustancias alcohólicas.
- No deberá ingerir fármacos o psicotrópicos.
- Deberá llevar a cabo el seguimiento médico en clínica o consultorio fijo, salvo casos que requieran más de una opinión.

4.2. Imposibilidad a la interrupción del embarazo de forma unilateral.

El artículo 16, fracción IV, del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal establece:

“Artículo 16. El instrumento para la Maternidad Subrogada, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano en materia de protección a los infantes y a las mujeres:.....

IV. El derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana en los términos que

establece el artículo 144 del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil, en términos de la legislación vigente.”

Lo anterior es un punto que salta a la vista, ya que se contrapone con la exposición de motivos del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal donde se menciona que la madre gestante no es la madre biológica del niño que ha nacido a través del proceso de maternidad subrogada y sin embargo ya dentro de su articulado se le da la posibilidad de interrumpir su embarazo dentro del plazo establecido anterior a las 12 semanas¹³⁶ de una forma unilateral, sin hacer mención de las causas médicas que deben intervenir para tal decisión.

¿Por qué?, bueno creemos que en descuido del legislador y en la intención de vulnerar los menos derechos posibles dejó abierta esa posibilidad, sin embargo les falto establecer parámetros para dicha interrupción.

En primer lugar, bajo este supuesto no debería ser una decisión unilateral, toda vez que es la pareja subrogada quien legalmente son los padres del embrión transferido, segundo son ellos los que absorben los gastos médicos y de alimentos; es verdad que no se puede limitar la voluntad de una mujer que se quiere someter a tal interrupción, pero si nos sentáramos a pensar que ya hubo un proceso previo en que se le explicaron los procedimientos a seguir y el final de tal, que es la entrega del niño una vez realizado el alumbramiento, no cabría que de buenas a primeras decida interrumpir el embarazo sin hacer una notificación, y digo lo anterior como lo hace suponer el artículo 16, fracción IV, del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, en el cual se omite este detalle, bajo las causas que debería contemplar la ley.

¹³⁶ Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se Adiciona la Ley de de Salud para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal. número 70. Decimo séptima edición. De fecha 26 de abril de 2007

¿Puede disponer la madre gestante de su cuerpo?, la respuesta es si; ¿puede disponer de la vida de un embrión, el cual jurídicamente no guarda vínculo filial con él?, la respuesta debería ser no.

El legislador, ya que ha decidido hacer modificaciones al decreto de ley, debería estimar los parámetros siguientes:

- Situaciones médicas que pudieran poner en riesgo la vida del niño, de la madre o de ambos, durante el periodo de gestación y que ameriten la interrupción del embarazo.
- Una vez determinadas estas situaciones, hacer del conocimiento a la pareja subrogada.
- Configurar la interrupción de tal modo que personal médico y pareja subrogada estén al tanto y tengan conocimiento de la interrupción.

Ahora bien, el embarazo de alto riesgo es aquel en el que la madre, el feto o el recién nacido tiene o pueden tener morbilidad o mortalidad, antes, durante o después del parto; influyendo factores como: la salud materna, antecedentes obstétricos o enfermedades fetales.

Los factores obstétricos de alto riesgo son:

- 1) Adolescente embarazo con edad ginecológica menor a los 2 años.
- 2) Que la mujer tenga 35 años o más.
- 3) Intervalo intergenésico menor de dos años.
- 4) Multigravidez
- 5) Preeclampsia-eclamsia.
- 6) Abortos.
- 7) Hemorragia en la segunda etapa del embarazo.
- 8) Muerte fetal
- 9) Malformaciones congénitas.

10) Cardiopatía congénita o adquirida.

11) Diabetes mellitus.

12) Neuropatías.

Lo anterior son casos que ameritarían una interrupción ya sea dentro o posterior de las 12 semanas, incluso de emergencia, pero hay que saber diferenciarlas y en el entendido que el seguimiento médico es integral se tendría un antecedente para la pareja del porque de la interrupción; muy diferente en que de un día para otro simplemente la madre gestante decida de forma unilateral terminar con el embarazo sin notificación previa; lo que nos hace concluir que la decisión de la interrupción del embarazo no debe ser unilateral bajo esta forma de reproducción humana asistida, ya que no es la única parte que interviene en el embarazo.

5. Término de atención médica y alimentos a la madre gestante posteriores al alumbramiento.

Respecto a los alimentos de la madre gestante y el análisis que se hará en relación, más que hablar de los límites de la personalidad, el tema a tratar va más encaminado a los límites de la legitimación, si bien es cierto que el Instrumento de maternidad subrogada tendría que establecer el termino de la atención médica y los alimentos para la madre gestante, tendremos que explicar el por qué de que la madre gestante no está legitimada o tendría que estarlo, toda vez que el mismo Proyecto de Decreto que hemos venido analizando da entrada a que se pueda solicitar el que se siga otorgando estas prestaciones en especie.

La Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Reproducción Humana asistida le otorga a la mujer gestante el derecho a recibir desde los estudios previos y hasta el nacimiento de la gestación atención médica y alimentos pudiéndose extender hasta un año posterior al nacimiento del niño.

Comencemos con un breve análisis del porque a nuestra perspectiva esta extensión de alimentos no debería ser posible.

El puerperio o cuarentena es el período que inmediatamente sigue al parto, y que se extiende el tiempo necesario, regularmente comprende entre 6 y 8 semanas, para que el cuerpo materno, hormonas y el aparato reproductor femenino, vuelva a las condiciones pre-gestacionales, aminorando las características adquiridas durante el embarazo.

Nos han señalado que el pago de atención médica y alimentos para la madre gestante durará incluso un año después del alumbramiento, si hacemos un cálculo aproximado entre el momento de los exámenes previos y el alumbramiento, resultando un aproximado de 11 meses respectivos; sumando el puerperio que son de 6 a 8 semanas, resultando entre mes y medio y los dos meses, nos da un resultado de un año, dos meses. Hemos estado pagando alimentos un año, dos meses a la madre gestante y aún así se pide que se extienda esta prestación, la pregunta resultante es ¿extender la atención por más de un año?¹³⁷

Estando en el entendido, una vez más, de que el legislador incluyó el periodo de lactancia, aún así el tiempo es excesivo. Desde 1979, la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomendó la lactancia materna exclusiva de 4 a 6 meses de vida. En 1994 y 1996, la OMS y el Fondo Internacional para Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF¹³⁸) recomendaron la introducción de alimentos complementarios a la edad aproximada de 6 meses, reconociendo que la lactancia exclusiva debería durar los primeros 6 meses de vida. Durante la Asamblea Mundial de la Salud 53 (AMS), en el año 2000, la Delegación Brasileña propuso una resolución a favor de la lactancia materna

¹³⁷ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida. LX Legislatura del Congreso de la Unión. Presentada el 28 de julio de 2010, al establecer en su artículo 43, que la mujer gestante tiene derecho a recibir atención médica y alimentos desde los estudios previos y hasta el nacimiento del producto, adicionando que el beneficio se extenderá hasta un año posterior al nacimiento del niño.

¹³⁸ Siglas en inglés de United Nations International Children's Emergency Fund.

exclusiva durante seis meses. El borrador no fue aprobado y el Secretariado de la OMS trató de posponer la resolución sobre alimentación infantil para el año 2002. Pero el comité ejecutivo de la OMS, en enero 2001, claramente definió la necesidad de aprobar esta resolución. Así, decidieron mantener la recomendación de la duración exclusiva de la lactancia materna de "4 a 6 meses" vs. "aproximadamente 6 meses", hasta que los Comités Expertos decidieran sobre el tema y aprobaran la resolución que se discutiría en la OMS 54, en mayo 2001.¹³⁹

Se confirmó que la lactancia materna exclusiva durante 6 meses protege contra infecciones gastro-intestinales, aún frente a la utilización de alimentos complementarios preparados higiénicamente.

Entonces si de nuestro cálculo inicial de un año dos meses sumamos los 6 meses de lactancia, resulta un año siete meses de manutención, en dónde los últimos 6 meses la madre gestante ya no porta en el vientre al niño y ha tenido tiempo suficiente para recuperarse físicamente, ¿por qué nuestro legislador extiende el tiempo de alimentos y atención medica hasta por un año si el objeto del contrato se ha cumplido?

Se considera que con ese año, siete meses es suficiente, pues si se extiende la manutención estaremos pagando un servicio que desde el principio se supuso gratuito y hasta nuestro entender el altruismo no genera un beneficio económico, se ha pagado lo que se tuvo que pagar en su momento e incluso 6 meses más, si tomamos en cuenta lactancia, se produjo el alumbramiento y se cumplió con el objeto del proceso de subrogación.

¹³⁹ World Health Organization, Expert consultation on the optimal duration of exclusive breastfeeding, March 2001", dirección de internet: <http://www.who.int/inf-pr-2001/en/note2001-07.htm>, fecha de consulta: 20 de marzo de 2012, hora: 21:44 p.m.

6. Vida fértil de la mujer gestante.

Podemos definirla como la edad en que una mujer es capaz de procrear¹⁴⁰. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) para sus fines estadísticos ha determinado que esta edad reproductiva comprende entre los 15 y los 54 años¹⁴¹.

En cuanto al rubro estadístico de nacimientos que se tomaron en el censo del año 2010 se contemplan:

RUBROS	DISTRITO FEDERAL	REPUBLICA MEXICANA
Tasa global de fecundidad	1.69	2.39
Tasa de fecundidad (15-19 años)	36.39	56.86

En el primer rubro, tasa global de fecundidad, está referido al promedio de hijos que tendría una generación de mujeres a lo largo de su vida reproductiva¹⁴², a continuación la tasa de fecundidad, en relación a las adolescentes de un rango de 15 a 19 años, refiere al número de hijos nacidos vivos por cada 1000 mujeres de este rango de edad.¹⁴³

¿Pero por qué es importante conocer estos datos?, porque nuestro proyecto con decreto de ley correspondiente, omitió, a opinión personal, sugerir un rango de edad que debe tener la madre gestante, si bien se ha dicho que la vida fértil va de los 15 a 54 años, si lo tomásemos en estricto sentido una mujer de 15 años si bien físicamente su cuerpo está preparado para un alumbramiento,

¹⁴⁰ "Instituto Nacional de Estadística y Geografía", dirección de internet: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/glosario/default.aspx?clvglo=ehnadid92&s=est&c=10779>, fecha de consulta: 19 de febrero de 2012, hora: 18:42 p.m.

¹⁴¹ "Instituto Nacional de Estadística y Geografía", dirección de internet: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?e=9>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2012, hora: 11: 07 a.m.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Ídem.

psicológicamente no ha terminado de madurar, sin mencionar que su minoría de edad la incapacita; al extremo, una mujer de 54 años, si bien tiene la psicológica, podría tener complicaciones a nivel físico e incluso hormonal.

Rusia, país que ha desarrollado con gran éxito la maternidad subrogada, contando con una legislación que la hace completamente legítima y regulada por una legislación vigente, quienes han establecido que sólo podrán ser madres gestantes aquellas mujeres de entre 29 y 35 años de edad que tienen, al menos, un hijo propio sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre¹⁴⁴.

Se deben establecer criterios como con los que anteriormente hemos ejemplificados y no dejar simple y llanamente la idea de que cualquier mujer sana, puede someterse a la subrogación y ser madre gestante, se propone que el rango de edad se *sugiera* entre los 27 y los 35 años de edad en Distrito Federal .

Debemos tomar no sólo aspectos físicos, sino también los psicológicos; como ya sabemos el que una persona se encuentre “sana”, no se limita única y exclusivamente al aspecto físico, sino también el aspecto mental juega un papel importante, no sólo en el proceso de implantación y desarrollo del embrión, sino también en el momento de la entrega del niño.

6.1. Parámetros físicos y psicológicos.

Como se ha explicado no se debería dejar a la ligera que cualquier mujer es candidata a prestar su vientre de forma altruista, la voluntad, si bien debe ser el elemento más importante que configure el proceso, también deben ser tomados en cuenta otros aspectos físicos, que como se ha hecho frecuente durante el desarrollo del trabajo, nuestro legislador se limitó a expresarlo como “seguimiento

¹⁴⁴ “Vita Nova, Clínica de reproducción”, dirección de internet: <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>, fecha de consulta: 09 de enero de 2012, hora: 11:12 a.m.

médico”, proponiendo que debería consistir en pruebas obligatorias y pruebas específicas indicadas por el médico:

Pruebas obligatorias:

- Examen ginecológico general y especial.
- Ecografía de la pelvis menor.
- Determinación del grupo sanguíneo y del factor Rh.
- Análisis clínico de sangre, incluso el tiempo de coagulación (válido por un mes).
- Prueba del VIH, la sífilis y las hepatitis B y C.
- Estudio de la flora uretral y cervical y del grado de limpieza de la vagina.
- Conclusión del terapeuta sobre el estado de salud y la ausencia de contraindicaciones para la gestación.

Pruebas por indicación médica:

- Estudio del útero y las trompas de Falopio (histerosalpingografía o histerosalpingoscopia y laparoscopia).
- Biopsia de endometrio;
- Estudio bacteriológico del material extraído de la uretra y del canal cervical;
- Prueba de Papanicolaou
- Pruebas de sangre para evaluar los niveles de FSH, LH, E2, PRL, T, cortisol, progesterona, T3, T4, TSH y STH;
- Examen para detectar la presencia de anticuerpos antiespermáticos y antifosfolípidos;
- Diagnóstico de eventuales infecciones: clamidiosis, ureaplasmosis, micoplasmosis, virus del herpes simple, citomegalia, toxoplasmosis y rubéola.

En cuanto a las pruebas psicológicas deberíamos recomendar, como mínimo:

- Entrevista psicológica.

- Estudios de personalidad.

Cada una de las pruebas así como sus conclusiones podrán ser consultadas por otros médicos especialistas, cuando sean necesarias.

6.2. Certificado en la donación de gametos.

Más que un certificado, deberá quedar constancia en el expediente médico respectivo de que los gametos son de los padres subrogados y que la madre gestante única y exclusivamente esta prestando el vientre para el desarrollo del embrión, la razón fundamental es para dejar antecedente en cuanto a la filiación, genéticamente la madre es quien aporte el óvulo, no la madre gestacional.

Por parte de la mujer, deberá haber constancia de:

- ❖ Existe falla ovárica que impida la ovulación.
- ❖ Que exista pérdida gestacional concurrente.
- ❖ Ausencia congénita de ovarios.
- ❖ Enfermedad genética.
- ❖ Cualquier otra anomalía que medicamente sea razón suficiente para procrear.

7. Uso de la matriz.

El útero o matriz es el órgano femenino en donde se desarrolla el óvulo fecundado durante el embarazo, adicionalmente nutre y alberga al feto durante el embarazo, alcanza su madurez o tamaño adulto a los 15 años, por ello que se tocó el punto de la vida fértil de la mujer.

El objeto central del proceso de maternidad subrogada es el que una tercera, la madre gestante, permita la implantación un embrión humano y lo gesté durante los 9 meses respectivos, hasta el momento del parto.

Estando en el entendido que el hecho anterior ha sido muy criticado, toda vez que si bien es cierto, la matriz no se puede vender o alquilar para tal función, la realidad es que al implementar la gratuidad y el altruismo en tal proceso, no se esta ni vendiendo, ni alquilando el cuerpo de la mujer; no hay una transacción comercial respecto al cuerpo que engendrará al niño, lo que se paga son alimentos en el sentido estricto, más sin embargo no se paga por el niño.

La sustentante recalca que el objeto en si se sustenta en el uso de la matriz de una mujer que de forma voluntaria ha decidido ser la portadora del embrión humano y ha aceptado el entregarlo una vez se efectúe el alumbramiento. Sin lo anterior no tendría caso tal proceso y por tanto el análisis que hemos estado llevando a cabo.

7.1. Instrumento de la maternidad subrogada.

Definido como el instrumento suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer, con capacidad de goce y de ejercicio, se compromete a gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes; en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantados en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.

Para poder referirnos al Instrumento de maternidad subrogada, así como a su naturaleza jurídica, es importante hacer un breve análisis y preguntarnos ¿es un convenio o es un contrato?, pues de la respuesta que demos partirán tanto derechos como obligaciones subsecuentes de las partes.

7.1.1. Convenio

El Código Civil para el Distrito Federal define al convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”.

Etimológicamente convenio proviene de los vocablos *cum* y *viniere* que significa venir, concurrir, unirse, llegar a un acuerdo¹⁴⁶.

Si tomamos al convenio como un simple acuerdo de voluntades, tendría sentido afirmar que es sinónimo de pacto. En derecho moderno el convenio puede tener y tiene en realidad un significado muy amplio, es todo acuerdo de voluntades independientemente de que este acuerdo tenga un contenido patrimonial o pueda ser variable en dinero. Aunque el contrato es un convenio, hay autores que perciben diferencias entre ambos.

7.1.2. Contrato

Contrato se origina de los vocablos *contractum*, coherente lo que significa asumir, contraer una carga u obligación.¹⁴⁷

El contrato está definido como el “convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones”.

El Código Civil español conceptualiza al contrato como un “consentimiento común a dos o más personas y la creación de un vínculo obligatorio con fuerza de

¹⁴⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 69.

¹⁴⁷ Ídem.

ley entre ellas”¹⁴⁸. Por su parte el Código Civil Alemán lo regula como “el acuerdo de dos o más voluntades dirigidas a producir efectos jurídicos”¹⁴⁹.

El Contrato es un acto jurídico y cómo tal es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen. Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o lo que llamamos consentimiento, siendo éste último el elemento esencial del contrato.

Las manifestaciones de la voluntad se complementan entre sí y se integran en el contrato, por virtud de ello se coordinan los intereses originalmente opuestos de los contratantes y pasan a ser concordantes, la cual se ve manifestada en las relaciones jurídicas que surgen una vez exista el acuerdo de voluntades, creando o transmitiendo entre las partes derechos y obligaciones que constituyen el objeto del contrato.

En resumen el contrato presenta las siguientes características:

- La intervención de dos o más personas.
- Existe un acuerdo de voluntades entre las partes.
- El acuerdo o consentimiento tenga por objeto reglamentar los derechos y las obligaciones de los contratantes.
- Que el objeto del contrato sea la creación o transmisión, según sea el caso, de relaciones obligatorias entre los otorgantes.

Para el Lic. Bernardo Pérez Fernández del Catillo la distinción entre contrato y convenio como genero y especie es inútil, toda vez que a ambos le son aplicables las mismas reglas como lo ha establecido el artículo 1859 del Código Civil para el

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Ob. Cit. Pág. 129.

¹⁴⁹ *Ibidem*. 130.

Distrito Federal, toda vez que se manifiesta que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios; adicionalmente pone en énfasis el hecho de que el Código Civil se refiere indistintamente a convenio y contrato como en el caso de la novación y la transacción.¹⁵⁰

Las diferencias entre contrato y convenio se pueden establecer atendiendo a lo siguiente:

- a) A su función: el convenio es un mecanismo destinado a concretar los intereses de las personas que lo celebran.
- b) A su contenido: el acuerdo puede referirse a intereses de naturaleza diversa mientras que el contrato tiene siempre un contenido económico.
- c) A su eficacia: el contrato sólo produce efectos entre las partes; los acuerdos pueden producir efectos no sólo entre las partes sino también entre terceros.
- d) A su estructura: en el contrato las voluntades se complementan, se armonizan, en tanto que en el convenio las voluntades son paralelas, subsisten con sus características particulares.

En general el dato distintivo del contrato, o mejor dicho lo que distingue el contrato del convenio es que mientras el primero crea una situación jurídica nueva, generando derechos y obligaciones entre las partes, el convenio extingue o modifica obligaciones ya existentes.

El poder jurídico que el derecho objetivo atribuye a los particulares para decidir libremente sobre la celebración o no del contrato y para convenir sobre el contenido del acto requiere que el contrato sea el resultado de una libre determinación y discusión entre los contratantes. Los límites de esa libertad contractual que atribuyen la esencia de la autonomía de las personas son:

¹⁵⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. Novena Edición. Ed. Porrúa. México. 2003.

- a) El orden público.
- b) El ámbito de lo lícito.

El principio de la autonomía de los particulares en el sistema civilista, se plantea en cuatro proposiciones:

1. Todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad.
2. Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está socialmente protegido como tal
3. El acto de voluntad debe estar dirigido a proteger un interés jurídicamente valioso.
4. La voluntad de las partes sólo puede crear relaciones jurídicas concretas obligatorias entre las partes.

El objeto del contrato es la creación de derechos y obligaciones entre los contratantes, los cuales quedan entre sí obligados con el fin de realizar la prestación que constituye el objeto indirecto del contrato.

La fuerza coercitiva del contrato deriva de que las partes al otorgarlo ejercen un poder atribuido a ellas por el ordenamiento objetivo para crear derecho. El fundamento de la obligatoriedad del contrato, en cuanto norma jurídica particularizada, se encuentra en el derecho objetivo que atribuye fuerza obligatoria a este acto; aunque también debe aceptarse que es la iniciativa de los particulares a través del consentimiento cuando éste se ha formado y se ha manifestado conforme a los requisitos de validez, constituye el punto de partida para que el contrato adquiriera fuerza obligatoria, conforme a lo estipulado por los contratantes.

No podemos olvidar que si bien hemos manifestado nuestra voluntad y la hemos plasmado en un contrato, en el cual nos hemos obligado, llámese por el derecho objetivo o por iniciativa a través del consentimiento, nos vemos en la

necesidad de hablar de la relación contractual que se genera a consecuencia de lo anterior.

No nos es útil para lo que pretendemos en este estudio la simple explicación de la relación contractual como “un conjunto de normas de conducta obligatorias entre las partes que se generan”¹⁵¹. La relación que nace del contrato se constituye por una o varias promesas emitidas por las partes y que han sido aceptadas de forma recíproca, de asumir determinado comportamiento para efectuar la prestación correspondiente, lo anterior en el caso de ser contratos bilaterales; en caso de los unilaterales las obligaciones nacen a cargo de una sola de las partes.

La relación contractual es el resultado de una o varias promesas vinculatorias que van a generar obligaciones, lo anterior conforme a la confianza que lo permitido despierta en el otro contratante. Es una relación obligatoria, objeto directo del contrato, es un elemento estructural que se distingue de la norma jurídica individualizada creada por medio del contrato.

Teniendo la fuerza obligatoria, de la que ya nos hemos referido, varios criterios que se siguen para atribuirle al contrato, las cuales son:

- Criterio voluntarista.
- Principio ético.
- Fundamento normativo.

Es importante hacer la mención de las normas que rigen a los contratos, como lo son:

- *Normas taxativas*, conocidas también como leyes preceptivas, imperativas o prohibitivas, determinan obligatoriamente el contenido y alcance del

¹⁵¹ Ob. cit. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob.Cit. Pág. 77.

contrato, sea por leyes ordinarias, reglamentarias o por reglamentos administrativos.

- *Normas individuales* o *lex contractus*, creadas por los particulares en los contratos, tienen plena validez siempre que no vayan en contra de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres.
- *Normas supletorias* o permisivas que complementan la voluntad de las partes.

El contrato se integra con elementos de existencia, también denominados de esencia o estructurales, y de validez; siendo indispensables para que haya contrato.

Los elementos de existencia del contrato son:

- Consentimiento
- Objeto
- Solemnidad

Los requisitos de validez del contrato son:

- ✓ Capacidad.
- ✓ Ausencia de vicios en el consentimiento.
- ✓ Que el objeto motivo o fin del contrato sean lícitos.
- ✓ Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

De las divisiones que podemos encontrar de los contratos están:

- Unilaterales
- Bilaterales

- Onerosos
 - Conmutativos
 - aleatorios
 - Gratuitos.
-
- Típicos o nominados
 - Atípicos o innominados

El Código Civil en la segunda parte del Libro Segundo enumera cada contrato nominado, pudiendo agruparlos de la siguiente manera:

1. Contratos preparatorios: la promesa
2. Traslativos de dominio: la compraventa, permuta, donación y mutuo.
3. Traslativos de uso temporal: arrendamiento y comodato.
4. Prestación de servicio:
 - a. De gestión: mandato, prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado, transporte.
 - b. De custodia: depósito, secuestro y hospedaje.
5. Con un fin común: asociación, sociedad, aparcería.
6. Aleatorios: juego, apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza.
7. Garantía: fianza, prenda e hipoteca.
8. Prevén o resuelven una controversia: transacción y compromiso en árbitros.
9. Sociedad conyugal.

7.2. Naturaleza jurídica del Instrumento de la maternidad subrogada.

Retomando la pregunta inicial que nos planteamos con anterioridad: ¿El instrumento de la maternidad subrogada es un convenio o es un contrato? En el sentido más estricto es un contrato, pues no sólo se van a producir y transferir obligaciones, sino también derechos; adicionalmente ya el mismo legislador nos

ha dicho que se trata de un contrato al expresarlo dentro del capítulo III, sección IV, titulado “Contrato de mujer gestante” de la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se crea la ley de reproducción humana asistida.

El instrumento de maternidad subrogada deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Los padres subrogados y la madre gestante deberán ser habitantes del Distrito Federal.
- Deberán poseer capacidad de goce y ejercicio.
- La madre subrogada deberá acreditar su incapacidad física o contradicción médica para llevar a cabo la gestación.
- La madre gestante otorgará su aceptación para que el embrión sea implantado.
- Manifiestar que una vez que se haya realizado el alumbramiento, la madre gestante entregara al niño y renunciará a todo vínculo filial con él.
- Suscribirse ante Notario Público.
- No podrá contener cláusulas que limiten el acceso de la atención médica prenatal y postnatal, limitación al derecho del menor que conozca su identidad personal, el derecho de la mujer gestante a decidir interrumpir el embarazo, esta última cuestión será analizada más adelante.
- Tal vez el elemento más importante, debe ser **gratuito**.

Hay que preguntarnos si este contrato encuadra dentro de la nomenclatura correspondiente y de no ser así, entonces qué tipo de contrato sería, para ello haremos un breve estudio sobre el acto jurídico atípico.

Los actos jurídicos atípicos son aquellos que no han sido objeto de una regulación normativa por parte del legislador, lo cual no impide que los mencionados alcancen una eficacia jurídica, generando plenos efectos, siempre y

cuando no se atente contra el orden público. Lo mismo sucede con los contratos atípicos, convierte a sujetos del derecho en creadores de relaciones jurídicas.

La carencia de una tipicidad contractual no es sinónimo de ilegalidad del acto jurídico, pues este tipo de contratos, mientras no vayan en contra del orden público o las buenas costumbres, gozan de plena validez.

Cuando el orden jurídico resulta insuficiente para regular o reglamentar todas las posibilidades en un orbe jurídico, los sujetos de derecho celebran actos que adopten en sí mismos modalidades contractuales que no encajan de manera total en los preceptos jurídicos ya existentes o las modalidades contractuales típicas.

El tan llamado “Contrato de arrendamiento de vientre”, como modalidad contractual, carece de una regulación específica, por tanto es considerado como un contrato atípico. No encuadra dentro de la división de contratos que establece nuestro Código Civil para el Distrito Federal,

Dentro de nuestro ordenamiento civil y/o penal no está especificado de manera expresa la prohibición de la celebración del contrato de arrendamiento de vientre, como medio de la reproducción asistida, así como tampoco existe una norma que regule, limite o restrinja su eficacia jurídica.

Entonces podremos preguntarnos ¿estamos frente a un vacío legal?, la respuesta inmediata es si, pero más que ser un vacío, estamos frente a la viva ejemplificación de un contrato atípico, ahora bien ¿es ilegal?, no; podemos llegar a lo anterior en atención a lo ya expuesto, aunado a que no hay norma jurídica que aplique lo contrario y a que en todo acto jurídico, sea atípico o no, debe estar acompañado de un objeto lícito.

El objeto lícito de este tipo de contrato es “la obligación principal de la madre sustituta: la permisión a la implantación en su cuerpo del óvulo fecundado y sus obligaciones de asumir los deberes físicos, derivados del proceso gestacional”¹⁵².

Pero como en toda realidad, hay argumentos, más allá de nuestra esfera jurídica, que sostienen que este tipo de contratos son inválidos, como lo son:

- Una explotación de la mujer.
- La introducción de una tercera en el proceso de procreación constituye un ataque contra valores fundamentales¹⁵³.
- La capacidad de gestar es intransferible, no puede ser objeto de transacciones.
- El cuerpo femenino quedará sometido a comercio¹⁵⁴.
- Plantea conflictos de derechos y obligaciones de cada una de las posibles madres.
- Ni la mujer es una incubadora humana, ni el niño es una mercancía.
- No se puede pedir que una mujer asuma un embarazo para obligarla a desprenderse del niño al nacer.
- Hay una deformación de la relación madre-hijo.¹⁵⁵
- El hijo es tratado como simple medio.
- La subrogación es degradante para el niño intercambiado.
- La maternidad subrogada insta una figura de adopción pre-natal.
- El elemento de anonimato imprescindible en materia de reproducción asistida no se configura.
- La maternidad subrogada provoca una tercería biológica.

¹⁵² MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Editorial Universidad de Medellín. Colombia 2005. Pág.147.

¹⁵³ A pesar de que el autor, Gustavo Adolfo Marín Vélez, no hace mención de cuáles son esos valores fundamentales, haciéndonos suponer que se refiere a la familia, la intimidad en la vida privada de las partes.

¹⁵⁴ Hemos de manifestar que esta idea tiene una doble interpretación, pues si bien es cierto que no habrá una remuneración monetaria para la madre gestante, si la hay en especie.

¹⁵⁵ Suponiendo que a esto se refiere Marín Vélez cuando habla de valores fundamentales.

Montes Penades hace alusión a que “el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de ésta técnica”¹⁵⁶ .

Lo que es una realidad es que durante el coloquio “Génética, Procreación y Derecho” celebrado en Francia¹⁵⁷, no se supo el sentido en que se debía legislar, algunos pretendían una ley que prohibiera la figura de la maternidad subrogada, otros bajo el argumento de la libertad individual, sostuvieron que debían ser validos estos procedimientos y que se legalizara la maternidad por otra; sin embargo respecto al contrato de maternidad subrogada, en los casos en que se decidiera por legalizarlo, debía ser de forma onerosa, imponiendo una gratuidad forzosa, pero con derechos para la madre gestante.

La maternidad subrogada gratuita se configura “en aquellos caso en que la madre gestante no recibe dinero o alguna contraprestación, a cambio de la gestación, sino que ella gesta por otra mujer y motivada por un sentimiento altruista, ayuda a contribuir al nacimiento de un hijo de una persona que no puede o no quiere hacerlo”¹⁵⁸ .

8. Renuncia del vínculo filial.

Filiación, del latín *filiatio*, es la procedencia de los hijos respecto a los padres; es aquella unión o vínculo que existe entre el padre o la madre y el hijo, originado principalmente por la procreación. El nexo del que hablamos toma el nombre de paternidad cuando nos referimos a la relación con el padre, caso contrario, cuando se hace referencia por el lado de la madre tomará el nombre de maternidad.

¹⁵⁶ Sonando más que lógico, toda vez que el acuerdo por el que versa la maternidad subrogada no es sobre un objeto, sino sobre una persona y esta no puede nacer con una nulidad; además que jurídicamente la nulidad podría subsanarse con la adopción.

¹⁵⁷ Celebrada en enero de 1985.

¹⁵⁸ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. Ob. Cit. Pág. 157.

La filiación es una relación jurídica, basada en un lazo biológico o fundado en un enlace diferente, constituido a partir de la voluntad.

José Luis Lacruz Berdejo¹⁵⁹ señala la existencia de dos acepciones; una realista, fundada en el principio de veracidad, según la cual la filiación no es una mera relación biológica, y por tanto la paternidad y/o maternidad pueden ser investigadas jurídicamente, facilitándose que en los procesos judiciales se utilicen mecanismos que permitan alcanzar la veracidad biológica; y otra formalista, en la que prevalecen valores o elementos diversos a la realidad biológica, como la paz familiar y la seguridad jurídica, e inclusive pondera determinadas presunciones.

Se ha dicho que la cuestión biológica no es lo único que interesa a la filiación, valen también las afecciones, intereses morales, la comunicación intelectual, la continuidad de los vínculos, entre otros aspectos que se tendrían que tomar en cuenta.

Marcel Planiol y Georges Ripert manifiestan que “es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra”¹⁶⁰.

Julien Bonnecase, al aludir a la filiación legítima y a la adopción, refiere a la primera como un “lazo que una al hijo con sus padres cuando están casados en el momento de su concepción o en el momento de su nacimiento”, en cuanto a la segunda lo toma como un “lazo ficticio, meramente jurídico de filiación legítima”¹⁶¹.

Federico Puig Peña proclama a la filiación como “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”¹⁶².

¹⁵⁹ Ob. Cit. PARRA BENÍTEZ, Jorge. La filiación en derecho de familia. Editorial Leyer. Colombia. 2008. Pág.10.

¹⁶⁰ *Ibidem*. pág. 16

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² *Ibidem*, pág., 17

Por su parte Francisco Messineo asegura que la filiación es la “relación existente entre el nacido y el progenitor (o los progenitores) en virtud de la cual, el primero se dice hijo del segundo (o de los segundos), esto es, se atribuye el estatus de hijo y adquiere los derechos (además de ser objeto de los deberes) inherentes a tal estado”¹⁶³.

En el caso de nuestro país, el Código Civil para el Distrito Federal define a la filiación como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”, disposición contenida en el artículo 338 del ordenamiento antes mencionado.

La Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, dentro de sus artículos 162, 186 y 187 establecen respectivamente, que la filiación:

- ✓ Es la relación entre dos personas, que se da por el hecho de engendrar o concebir una a la otra, por la adopción o por el reconocimiento.
- ✓ Se prueba con su acta de nacimiento o reconocimiento.
- ✓ A falta de actas o por ilegalidad de éstas, la filiación se establece por la posesión de estado de hijo, declarada judicialmente.

De manera similar, el Código Civil del Estado de Guerrero en el artículo 495 indica que la filiación “es el vínculo jurídico existente entre los padres y los hijos, que confiere e impone derechos, deberes y obligaciones establecidas por la ley”.

El Código de Familia de Panamá define en su artículo 235 a la filiación como “la relación existente entre el hijo o la hija y sus progenitores. En relación a la madre, se le denomina maternidad. En relación al padre, se le denomina paternidad”. Por otra parte el artículo 133 del Código de Familia de El Salvador

¹⁶³ Ibídem. pág. 18.

indica “es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad”.

El máximo tribunal en Colombia expuso que la maternidad y la paternidad constituyen la doble fuente de la filiación: consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. La filiación es el vínculo jurídico de parentesco establecido por la ley entre ascendientes y descendientes de primer grado, indivisible, indisponible e imprescriptible.

De las definiciones que hemos mencionado con anterioridad se considera a la filiación como un vínculo jurídico, también equiparado a lazo¹⁶⁴; o como un estado jurídico¹⁶⁵; incluso como un hecho biológico, consistente en la relación de descendencia o biológico. Incluso algunos combinan aspectos anteriormente indicados, como el hecho jurídico y el vínculo, o el estado y el vínculo¹⁶⁶. De forma general son más las nociones que tratan a la filiación como un lazo o relación de derecho, que va más allá de la mera procedencia biológica.

Rivero por su parte reseña que la relación paterno filial es de las más ricas en consecuencias jurídicas, pero a la vez complicada, en cuanto se entrecruzan elementos, factores y condiciones múltiples y variados que disciplinan e influyen en esta materia.

La filiación puede caracterizarse como a continuación se expone:

- ✓ Es una relación jurídica, fundamentalmente objetiva y de alto contenido humano y social.

¹⁶⁴ Como en las definiciones dadas anteriormente por Plianol y Ripert.

¹⁶⁵ En el caso de la definición de Puig Peña.

¹⁶⁶ Utilizado por Messineo.

- ✓ Sirve de supuesto jurídico para la asignación normativa de derechos y deberes a los sujetos que conforman la relación jurídica.
- ✓ Es completa, como resultado de los elementos, factores y condiciones que la integran.
- ✓ Es simétrica, en opinión de Messineo.

El vínculo biológico es, en primer momento, el elemento natural de la filiación y esencial a ella, pero el vínculo jurídico, como lo señaló en su momento López de Carril, es decisivo y calificador; el vínculo jurídico puede reconocer o negar a la realidad biológica, pero no crear una realidad natural.

La filiación, en sentido estricto, no admite clasificaciones, sin embargo se ha hecho para fines de estudio se pueden clasificar en:

- a) Filiación legítima/Matrimonial.- Presentándose cuando el hijo es concebido dentro del matrimonio de sus padres o cuando la concepción del hijo sucede antes de dicho matrimonio, pero los padres, luego de unirse en matrimonio, le dan la calidad de legítimo.
- b) Filiación extramatrimonial.- Existe en los casos en que la procreación tiene lugar sin que entre los padres exista matrimonio.
- c) Filiación adoptiva.- Se produce en virtud de un acto solemne, ofreciendo una paternidad y/o maternidad, independiente a la biológica.
- d) Filiación Asistida.- Recibe este nombre la filiación que se establece con la aplicación de técnicas de reproducción asistida, entendiéndose los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción por vías diversas a la concepción sexual del hombre y la mujer¹⁶⁷.

La unidad de la filiación, significa la igualdad entre las diversas especies que pudieran distinguirse por el origen.

¹⁶⁷ Esta clasificación respecto a la filiación es originaria de Colombia.

En la edad media, escenario de la sociedad teocrática, se repudiaban a los “hijos del pecado”. Fue la Revolución Francesa es la fuente de la igualdad de los derechos para los hijos naturales que, no obstante, no tuvo cumplimiento, porque se mantuvo la prohibición de la investigación de la filiación paterna; más tarde el Código Civil de 1804 se contempló con el criterio de que la igualdad entre el hijo natural y el hijo legítimo afectaba el matrimonio y era una incitación a la corrupción y a la unión libre.

Fue la llamada democratización de la familia nuclear que se superan los modelos tradicionales de subordinación y trato despectivo, sustituido por igualdad, dignidad y una mayor aproximación entre la unión matrimonial formal y la unión de hecho.

La Comisión Especial de Estudio de la fecundación “*in vitro*” y la Inseminación Artificial Humanas manifestó en su momento que la maternidad de gestación era más importante que la maternidad genética y que la educacional.

El criterio básico del que se parte es que la situación jurídica del nacido por cualquier método de reproducción asistida debe ser, sino idéntica, al menos lo más próxima posible a la del nacido por procreación natural, de esta manera producido el alumbramiento y determinada la filiación, no debe haber diferencias de derechos y obligaciones.

Con las técnicas de reproducción asistida se ha hablado incluso de una maternidad plena o no plena¹⁶⁸, según la mujer haya gestado al hijo con su propio óvulo o bien aporte sólo la gestación. Sin embargo esta idea pierde fuerza respecto a que la filiación materna vendrá siempre determinada por el parto. Lo anterior con toda lógica, pues anterior a que se desarrollaran, como lo han hecho, las diversas técnicas de reproducción asistida, resultaba casi impensable que la

¹⁶⁸ Caso que se ha propuesto en España.

madre gestante no fuera la madre genética; por lo que la afirmación de que la maternidad esta determinada por el parto resultaba innecesaria.

Entonces, ¿hay una doble maternidad?, una pregunta difícil de responder, sin embargo, hemos de aclarar que durante el desarrollo de este texto se ha referido a la figura de la maternidad subroga en la forma, que personalmente tendría que ser la ideal: la madre gestante no hace aportación de óvulo, única y exclusivamente presta su útero para el desarrollo del feto. Ahora bien, en respuesta a la cuestión anterior en un primer momento es un no, porque la maternidad genética y gestacional no coincide en una sola mujer, pero además jurídicamente la madre es aquella que se configuró en el contrato.

Debemos especificar que la filiación debe tener puntos centrales y concordantes en el proceso de maternidad subrogada:

- La filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada debe ser regulada por una ley en específico.
- El acta respectiva que emita el Registro Civil, no deberá reflejar datos que puedan dar a conocer el carácter de la gestación.
- Cuando la pareja o la mujer usuaria presten su consentimiento formal, previo y expreso al proceso de maternidad subrogada, la filiación del hijo quedara determinada respecto a ellos.

En conclusión podemos decir que la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas que atañen a la familia, teniendo como objeto la relación de los padres respecto de los hijos, y de forma recíproca, interesando elementos que constituyan, modifiquen o extingan esta relación, tomando en cuenta los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad.

¿Por qué la madre gestante no puede ser jurídicamente la madre?. No sólo nos vamos a guiar por el hecho de que de antemano hay una renuncia por parte de ésta a todo vínculo filial, sino porque nuestro sistema toma en consideración, en un primer momento el parto, pero también el *material genético*, cuando se piden pruebas de maternidad y/o paternidad, lo que se toma en consideración es el material genético aportado, no si la mujer parió al niño o no.

Lo que se toma en cuenta en este proceso y en la determinación de la madre es la maternidad genética, más no lo gestacional. La madre gestante, únicamente presta el vientre, pero no aporta el óvulo para fecundarlo, en este entendido, en el cual hemos basado el trabajo, nos atrevemos a decir que no existe ni una doble maternidad, ni la madre gestante es la madre biológica.

9. Sanciones para la madre gestante.

Tenemos la necesidad de configurar causales de incumplimiento del contrato por parte de la madre gestante, toda vez que como se hizo mención con anterioridad nuestros legisladores al idear el proyecto de ley correspondiente dan por hecho la buena fe de ésta, olvidando sancionar sus acciones u omisiones, es por ello de la necesidad de no cegarnos y recordar que la madre gestante también puede incurrir en alguna acción u omisión que debería estar mencionada en la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, independientemente que estén contenidas en el Instrumento de Maternidad Subrogada y que por tanto debe representar una sanción para ésta:

- El cambio de domicilio por parte de la madre gestante sin consultar y/o notificar previamente a la pareja contratante.
- La negativa de practicarse exámenes médicos de diagnóstico y control de su proceso gestacional.

- La práctica de acciones que impliquen poner en riesgo su propia vida y la del niño en gestación.
- Consumo habitual y deliberado de alcohol, medicamentos ajenos a los del seguimiento, drogas en general.
- Descuido intencional en sus hábitos alimenticios.
- Interrupción del embarazo sin motivo aparente y de forma unilateral.

La interrupción del embarazo conlleva un claro desconocimiento de la principal obligación dentro del contrato y del principio de la buena fe que conlleva la celebración de dicho acto jurídico.

Incluso puede tener consecuencias penales, no en el hecho de la interrupción, ya que en el Distrito Federal se ha despenalizado el aborto cuando se lleva a cabo dentro de las primeras 12 semanas de gestación, sino en el supuesto de que al realizarse el proceso de interrupción del embarazo y no tuviera éxito, se generen lesiones al feto.

La pérdida natural del feto, sin que se demuestre alguna conducta dolosa por parte de la madre gestante, no tendrá que ser sancionado, toda vez que se entiende que a pesar de haber cumplido con el seguimiento médico y haber tomado las precauciones necesarias no se pudo evitar la pérdida del feto.

Cómo hemos visto los supuestos que hemos planteado con anterioridad son supuestos previos al alumbramiento, ¿cuáles serían los supuestos posteriores al alumbramiento?, el más importante la **entrega del niño**.

En cuanto a la interrupción del embarazo de forma unilateral, ya que como contrato no se puede pedir el cumplimiento de tal, toda vez que el objeto desaparece se deberá solicitar por parte de la pareja subrogada el pago de daños y perjuicios a la madre gestante, si tal interrupción se hiciera posterior a las 12

semanas, se configura el delito de aborto y por tanto entraría la aplicación del artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.”

Incluso habiendo sanción correspondiente para el médico que realice la interrupción, prosiguiendo el mismo artículo: “Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.” Sumado el artículo 147¹⁶⁹, el cual indica que “Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta”.

La entrega posterior al alumbramiento deberá ser obligatoria, en caso de que se negara, al no ser hijo de la madre gestante, penalmente debería configurarse un delito como el secuestro.

¹⁶⁹ Código Penal para el Distrito Federal, Agenda Penal del Distrito Federal. Ed. ISEF. México. 2011.

10. Maternidad subrogada en el interior de la República Mexicana

El Estado de Tabasco es la única entidad federativa que contempla, como tal la figura de la maternidad subrogada en sus artículos 31, 92, 165, 271 del Código Civil para el Estado de Tabasco, aún sin tener una ley en la materia.

En el año de 1997 los legisladores tabasqueños abrieron la posibilidad de esta figura, el que una madre infértil pudiera contratar el vientre de otra mujer para que en él se gestara un hijo, pero nunca establecieron cómo o con qué circunstancias se haría.

Concretamente alude que en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante. Entendiendo como 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. Considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada.

Adicionalmente aborda la capacidad, al manifestar que “la capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Siendo un claro ejemplo de la protección al embrión humano cuando se manifiesta que no necesariamente tiene que estar alojado en el útero.

Posteriormente da la libertad de planificar el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia.

Sin embargo, también cuenta con una deficiencia en cuanto a contenido y contextos, pero su importancia radica en que es antecedente de lo que hemos querido tratar de hacer en el Distrito Federal y debería ser punto de partida para subsanar vacíos y modificar sus deficiencias con la finalidad de apartar al Distrito Federal una legislación clara y funcional.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Maternidad subrogada es el procedimiento mediante el cual una mujer física y psicológicamente sana, de forma voluntaria y gratuita presta su vientre para que le sea transferido el embrión de una pareja y se desarrolle dentro de éste durante el periodo de gestación y hasta el momento del alumbramiento.

SEGUNDA. La madre subrogada será aquella mujer que imposibilitada para tener descendencia de forma natural, aporta su óvulo para que sea fecundado y transferido al vientre de una mujer ajena a la pareja.

TERCERA. El término de madre subrogada en México presenta confusión, toda vez que a nivel internacional esta denominación se le ha otorgado a aquella mujer que se someterá al proceso de la transferencia del embrión y que será quien gestará y dé a luz; es la madre sustituta. En cambio en nuestro país se le ha denominado como la mujer que está imposibilitada para poder gestar por sí misma.

CUARTA. No hay un acuerdo uniforme respecto a la prohibición o permisión del proceso de maternidad subrogada; quienes han manifestado a favor han argumentado que no se puede prohibir la posibilidad de crear una familia, aunado a que no se pueden violar la libertad que tienen las partes involucradas; por el lado contrario, quienes se han expresado en contra, refutan que atenta contra el orden público, que es una forma de explotación hacia la mujer y que el embrión se comercializa.

QUINTA. Latinoamérica, en su mayoría se ha pronunciado en contra de la maternidad subrogada, prohibiéndola o bien declarando su nulidad; independientemente de lo anterior si cuentan con leyes respecto a la reproducción humana asistida, aunque dentro de ellas no se considera a este proceso como técnica, lo que refleja que no se está en contra de buscar soluciones a la incapacidad de procrear, sino a determinados medios para lograrlo.

SEXTA. El proceso de maternidad subrogada debe ser totalmente gratuito, no debe existir una remuneración para la madre gestante, entendiéndose que en su altruismo ha aceptado renunciar a algún tipo de pago para ella, sin caer en la confusión del pago de alimentos y servicios médicos, los cuales no representan un pago o manutención para la madre gestante, se entiende que es exclusivamente para cuestiones del embarazo; una vez que se haya realizado el alumbramiento, y no exista una complicación de por medio, ya no se deberá otorgar prestación alguna.

SEPTIMA. La protección del embrión humano, implantado al vientre gestante, es el bien jurídico más importante que debe ser protegido en todo momento; además, de ser el punto de partida dentro de las legislaciones correspondientes en el tema de la maternidad subrogada.

OCTAVA. El artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la base en el cual se sustenta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida así como la creación del proyecto respectivo y del relacionado con la maternidad subrogada, pues protege la creación y el desarrollo del núcleo primario de la sociedad, la familia; al conceder el derecho de elegir libremente sobre el número de hijos y su esparcimiento y para poder llevarlo a cabo trae aparejado el derecho a la salud; incorporada dentro del rubro la

planificación familiar y por tanto el desarrollo y fomento de investigaciones en materia de infertilidad y reproducción humana.

NOVENA. El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal fue aprobado el mes noviembre del año 2010, sin embargo aún no ha sido publicada en la Gaceta Oficial por lo cual no ha entrado en vigor, ciertamente debe ser revisado y reflexionado el Proyecto ya que olvida por completo aspectos fundamentales como los requisitos para ser madre gestante, las sanciones en que incurren las partes, la interrupción legal del embarazo sin notificación alguna a los requirentes y sobre todo confía plena y ciegamente en la buena fe de la madre gestante.

DÉCIMA. El Proyecto Decreto por el que se crea la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, no establece en qué modalidad se verificará el proceso de maternidad subrogada, lo ideal es que la madre gestante única y exclusivamente aporte el vientre de la gestación, mientras la pareja requirente los gametos respectivos.

DÉCIMA PRIMERA. El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal otorga el acceso a este proceso exclusivamente a una pareja unida en matrimonio, o concubinos, integrados por un varón y una mujer; excluyendo a madres solteras de poder tener acceso y llevar a cabo este proceso.

DÉCIMA SEGUNDA. El instrumento de maternidad subrogada es contrato, porque crea y transfiere derechos y obligaciones para las partes contratantes, sin embargo al no estar regulado en el Código Civil para el Distrito Federal y al no

poderse encuadrar en los contratos ya determinados entra como un contrato atípico, por lo que alcanza y tiene efectos jurídicos.

DÉCIMA TERCERA. Los requisitos establecidos en el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal para poder ser contemplada como madre gestante son insuficientes, toda vez que se limita a la posesión de la capacidad de goce y ejercicio; debe incluirse como mínimo: un rango de edad, comprobarse la salud física y psicológica de la mujer, tener estabilidad económica, preferentemente haber tenido anteriormente un hijo propio.

DÉCIMA CUARTA. La madre gestante tiene las obligaciones mas importantes: dar a luz al niño y entregarlo, por lo tanto, se le debe limitar su actuar durante el embarazo, no podrá realizar actividad alguna que ponga en riesgo su vida ni la del producto, tal como realizar ejercicio en exceso, consumo de alcohol y/o psicotrópicos, no decidirá en forma unilateral la interrupción del embarazo, no debe interrumpir la atención médica.

DÉCIMA QUINTA. Existe contradicción en el contenido del Proyecto analizado, toda vez que por un lado, la madre gestante adquiere la obligación de alumbrar y entregar al niño y por el otro se le concede el derecho de interrumpir el embarazo, omitiendo los motivos médicos que deberán presentarse para considerar la interrupción, así como la exclusión de la pareja y el médico tratante en el decisión.

DÉCIMA SEXTA. La decisión unilateral de interrumpir el embarazo debe estar supeditada a casos de emergencia, si no se presenta esta característica, la madre gestante no deberá tener personalidad para decidir por sí, y sin notificación alguna a la pareja y médico tratante, a interrumpir el embarazo.

DÉCIMA SÉPTIMA. La atención médica y alimentos que recibe la madre gestante no deben sobrepasar los 6 meses posteriores al alumbramiento, estos seis meses incluyen el periodo de puerperio y lactancia. Pasando este plazo no estará legitimada para solicitarlos.

DÉCIMA OCTAVA. El proceso de maternidad subrogada, enfrenta la cuestión de la existencia o no de una duplicidad en cuanto a la figura la maternidad, toda vez que se presenta la maternidad gestacional y la maternidad genética; las cuales no residen en la misma mujer. En sentido jurídico y médico esta duplicidad de la maternidad es inexistente, por el hecho mismo que el óvulo fecundado y con el cual se procreo al embrión es de la madre subrogada, portando las características genéticas de ésta, hecho de peso para determinar jurídicamente la maternidad.

DÉCIMA NOVENA. El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal carece en realidad de un apartado de sanciones, toda vez que pretende establecerlas en escasos dos artículos, aunado a que confía en la buena fe de la madre gestante y tampoco se vislumbran las sanciones en las que puede incurrir.

VIGÉSIMA. Existe ausencia de penas para las acciones u omisiones que cometa la madre gestante en el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el

Distrito Federal. Las sanciones que debieron ser incluidas tendrían que haberse establecido en supuestos como: cambio de domicilio, negativa a someterse a exámenes físicos y psicológicos de diagnóstico, realizar acciones que pongan en riesgo la vida de la madre gestante, del embrión o de ambos, consumo habitual de alcohol, medicamentos no prescritos o drogas, aborto, interrupción del embarazo sin notificación al médico tratante ni la pareja subrogada, descuido de hábitos alimenticios, la negativa a entregar al niño una vez se haya realizado el alumbramiento.

VIGÉSIMA PRIMERA. A pesar de que existe la pretensión de publicar el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, no hay hasta el momento proyectos de reformas al Código Civil para el Distrito Federal, que tenga por objetivo incluir nociones básicas en cuanto a la filiación, parentesco o materia sucesoria con respecto a la maternidad subrogada.

VIGÉSIMA SEGUNDA. El proceso de maternidad subrogada no está incluida dentro de los servicios que presta la seguridad social en México, haciéndose notar que las instituciones privadas son las más beneficiadas con las técnicas de fecundación asistida en general y la maternidad subrogada.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBARELLOS, Laura A. **Bioética con trazos jurídicos**. Ed. Porrúa. México. 2007.
2. BARTLETT DÍAZ, Manuel. **La Reformas a la Constitución de 1917**. "Fuentes para su estudio". Tomo II. Ed. Porrúa. México. 2004.
3. BENEDETTA FARAONI, Alicia. **La Maternita Surrogata**. "La natura del fenómeno gli, le prospettive di disciplina". Ed. Giuffre. Milano 2002.
4. BRAVO MORA, Miguel. **El derecho a la planeación familiar**. "Marco Jurídico". Segunda ed. Ed. CONAPO. México. 1986.
5. BUSTOS PEUCHE, José Enrique. **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad**. Segunda edición. Ed. Manuales Jurídicos Dykinson. España 2008.
6. CALÓ, Emanuele. **Bioética: Nuevos derechos y autonomía de la voluntad**. Ed. La Roca. Traductor Luigi Di Vita Fornaciari. Buenos Aires. 2000.
7. ESTEVES, Agustín et al. **Bioética y Derecho**. Ed. Rubinzal-Culzoni. Coordinadores Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky. Buenos Aires. 2003.
8. FIELD, Martha A. **Subrogate Motherhood**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. England 1998.
9. FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía. **Responsabilidad Civil derivada de las prácticas genéticas**. Ed. Porrúa. México. 2011.
10. MORRIS, Charles. **Introducción a la psicología**. Novena Edición. Ed. Prentice Hall. Traductor Florenten López Rodríguez. México. 1997.
11. GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derecho Civil**. "Primer curso, parte general, personas, familia". Vigésima tercera ed. Ed. Porrúa. México. 2004.
12. GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Teoría General de los Contratos**. Ed. Porrúa. México. 1996.
13. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. **La adopción de Embriones Humanos**. "Una propuesta de Regulación". Tomo II. Ed. Porrúa. México. 2007.

14. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. **Temas de derecho biomédico**. “Colección de derecho y bioética”. Tomo III. Ed. Porrúa. México. 2010.
15. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. **La Fecundación in vitro y la filiación**. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993.
16. HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. Et al. **Derecho de la Persona. Argumentos y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho**. Ed. Bosh. Coordinador Isaac Ravetllat Ballesté. España 2011.
17. LADARIA CALDENTEY, Juan. **Legitimación y Apariencia Jurídica**. Ed. Bosch. España. 1952.
18. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. et al. **Codificación, persona y negocio jurídico**. Ed. Bosh. España 2003.
19. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. **El arrendamiento de vientre en Colombia**. Ed. Universidad de Medellín. Colombia 2005.
20. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al. **La Maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español**. Ed. Dickinson, Madrid. 1994.
21. MUNICIO AGUADO, Ángel Martín et al. **Ingeniería Genética y Reproducción Asistida**. Ed. Marino Barbere Santos .Madrid. 1989.
22. PARRA BENÍTEZ, Jorge. **La filiación en derecho de familia**. Ed. Leyer. Colombia. 2008.
23. ORIZABA MONRROY, Salvador. **Contratos civiles**. “Doctrina y Formularios”. Ed. PAC. México 2007.
24. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos Civiles**. Novena Edición. Ed. Porrúa. México. 2003.
25. RESTREPO FERNÁNDEZ, Carlos Martín. **Las pruebas de filiación**. “Apuntes de genética para abogados”. Ed. Universidad de Rosario. Colombia. 2007.

26. SAMBRIZZI, Eduardo A. **Daños en el Derecho de Familia**. Ed. Fondo editorial de derecho y economía. Buenos Aires. 2001.
27. SÁNCHEZ SIFRIANO, Reyna. **Perspectivas ético-jurídicas de la clonación terapéutica**. Ed. Porrúa. México. 2008.
28. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. **Biogenética, filiación y delito**. “La fecundación Artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990.
29. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. **Las nuevas formas de reproducción humana**. “Estudio desde las perspectivas del derecho civil español”. Ed. Civitas. Madrid. 1998.
30. ZAVALA PÉREZ, Diego H. **Derecho Familiar**. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 2008.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. “Comentada por Miguel Carbonel”. Ed. Porrúa. México. 2007.
2. **Agenda Civil del Distrito Federal**. Ed. ISEF. México. 2011.
3. **Código Civil para el Estado de Tabasco**. Última reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el día 02 de mayo de 2007.
4. **Agenda Penal del Distrito Federal**. Ed. ISEF. México. 2011.
5. **Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida**. LX Legislatura del Congreso de la Unión. Presentada el 28 de julio de 2010.
6. **Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal**. Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.
7. **Proyecto de decreto por el que se adicionan y reforman diversas disposiciones del Código Civil Federal y del Código Penal Federal**.

Gaceta Parlamentaria. Año XIII. Número 3964. De fecha 30 de julio de 2010.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. **Ley 14/2007**, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Observatori de Bioètica i Dreit, Parc científic de Barcelona. España
2. **Ley 2459-D**, del 10 de agosto de 2010, accesibilidad y regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. Argentina.
3. **Ley 25.673**. Programa Nacional de salud sexual y procreación responsable. Argentina.
4. **Ley alemana de protección del embrión número 745/90**, del 13 de diciembre de 1990. Alemania.
5. **Recomendaciones de la Comisión Warnock**. Recomendaciones contenidas en el “Informe de la comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana”. Julio 1984. Londres.
6. **Proyecto de Ley número 15.236**. La Gaceta número 105. 03 de junio de 2003. Costa Rica.
7. **Proyecto de Ley 46**, por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones. 2003. Colombia.

HEMEROGRAFÍA

1. GARRITY, Ami. “A comparative analysis of surrogacy law in the United States and GreatBritain-a proposed model statute for Louisiana”. **Lousiana Law Review**. Vol. 60. Número 3. Baton Rouge. Spring 2000.
2. LAPLACETTE, Dora Rocío. “Contrato de locación de Vientre”. **Prudencia Iuris**. Número 40. Buenos Aires, Argentina. Noviembre 1995.

3. KWOK, Chi Steve. "Baby Contracts". The Yale Law Journal. Vol. 110. Número 7. New Haven, Connecticut. Mayo 2001.
4. PITT, Jonathan B. "Fragmenting Procreation". The Yale Law Journal. Vol. 108. Número 7. New Haven, Connecticut. Mayo 1999.

PÁGINAS WEB

1. "Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido)", dirección de internet: http://www2.uah.es/bioetica_alcala/INFORME%20WARNOK.pdf.
2. "Maternidad Subrogada en Rusia y en el mundo", dirección de internet: http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php.
3. "Sociedad Reproductiva de Medicina Reproductiva", dirección en internet: http://www.samer.org.ar/docs/ferilizaci3n_asistida_2006.polt.
4. "Comisi3n Interamericana de Derechos Humanos", direcci3n en internet: <http://www.cidh.org/women/CostaRica.12361sp.htm>.
5. "Index Mundi", direcci3n de internet: <http://www.indexmundi.com/map/?t=0&v=25&r=eu&l=es>.
6. "C3mara de Diputados", direcci3n de internet: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.
7. "Bio3tica, cuerpo y mercado", direcci3n de internet: http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Revista3/Articulo_Bergel.pdf.
8. "Comunidad de Ayala", direcci3n de internet: <http://www.comayala.es/catequesis/repasistida.htm>.
9. "Instituto de Investigaciones Jur3dicas UNAM", direcci3n de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>.
10. "Vanguardia", direcci3n de internet: <http://www.vanguardia.com.mx/leyesparafuturospadresreproduccionasistida-1090934.html>.

11. "Vita Nova, Clínica de reproducción", dirección de internet:
<http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>.
12. "Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM", dirección de internet:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr10.pdf>.
13. "Instituto Nacional de Estadística y Geografía", dirección de internet:
<http://www.inegi.org.mx/sistemas/glosario/default.aspx?clvglo=ehnadid92&s=est&c=10779>.
14. "Instituto Nacional de Estadística y Geografía", dirección de internet:
<http://www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?e=9>.
15. "La gaceta de la Universidad de Guadalajara", dirección de internet:
<http://www.gaceta.udg.mx/Hemeroteca/paginas/655/655.pdf>.
16. World Health Organization, Expert consultation on the optimal duration of exclusive breastfeeding, March 2001", dirección de internet: <http://www.who.int/inf-pr-2001/en/note2001-07.htm>.
17. Fundación Mexicana para la Salud A.C.", dirección de internet:
<http://www.funsalud.org.mx/CASEsalud/caleidoscopio/20%20ElSistemaDeProteccion.pdf>.
18. "Green Facts", dirección de internet:
<http://www.greenfacts.org/es/glosario/def/fertilidad.htm>.
19. "Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios", dirección de internet:
<http://www.cofepris.gob.mx/cofepris/Paginas/AtribucionesFuncionesYCaracteristicas.aspx>.
20. "Comisión Nacional de Protección Social en Salud, dirección de internet:
<http://www.seguropopular.gob.mx/images/contenidos/Causes/CAUSES201.pdf>.