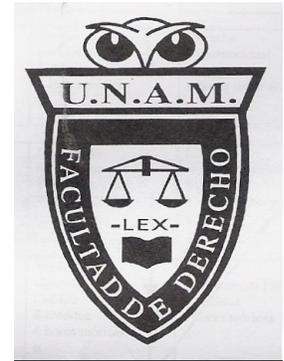




UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



Facultad de Derecho

Aspectos Jurídicos de la Maternidad Subrogada en
Humanos

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

EMILIO GARCÍA URIBE

ASESOR: LICENCIADO JOSÉ MARCOS BARROSO FIGUEROA

CIUDAD UNIVERSITARIA, FEBRERO 2013

Agradecimientos

Primero que nada, mi mas profundo agradecimiento es para mis padres, Lorenzo García y María del Pilar Uribe, pues no existen palabras suficientes para agradecer todo su apoyo y la guía que han sido, no sólo para mi carrera universitaria, sino por que gracias a ellos me he convertido en el hombre que soy. Gracias por su infinito amor, comprensión, y por inculcarme desde muy pequeño valores como el respeto, la tolerancia y la humildad, generando en mi grandes virtudes como la responsabilidad, el compromiso y cariño que se le debe tener a las cosas que uno hace, así como por fomentar en mi hábitos tan sanos como la lectura, la escritura, el ejercicio, el estudio y el orden. Gracias por una educación basada en la confianza, flexible, atenta, constante, respetuosa e integral. Reitero, no existen palabras suficientes para agradecer todo lo que han hecho por mi, pues este regalo que me dieron que es la vida, es aún mas precioso al tener padres tan ejemplares y amorosos como ustedes, los amo.

En segundo lugar y no por ello menos importante, a Mauricio mi hermano mayor, por siempre ser ese ejemplo a seguir, por compartirlo todo conmigo, por ser el mejor amigo y hermano que pude haber deseado, por ser excelente escucha, consejero, confidente, por confiar en mi y en mis capacidades, por fortalecer mi espíritu cuando me encontraba dubitativo, por ser mi aliado en todas las batallas pequeñas o grandes que hemos vivido en el transcurso de nuestras vidas, por nunca reprimir, sino por el contrario incitar aun mas mis locuras y mis desvaríos, pero siempre de manera responsable, por cuidarme y consentirme tanto; gracias Mai, pues no pude haber deseado un mejor compañero para realizar este maravilloso viaje que es la vida y nos espera mucho mas hermanito!! Te quiero muchísimo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, en especial a la Facultad de Derecho, pues fue un honor haber podido ingresar a esta Máxima Casa de Estudios, lo cual me colma de un profundo orgullo el haber recibido una

instrucción de la más alta calidad, sobre todo por su naturaleza humanística y generadora de criterios amplios y conciencia social.

Al Licenciado Fernando Barrera Zamorategui, quien se encuentra pasando por un delicado momento en su salud, pero que desde que lo conocí y tuve el gran honor de ser su alumno por dos semestres, siempre me inculcó dos valores trascendentales para el éxito como jurista, la disciplina y el orden, gracias profesor por haber aceptado dirigir este trabajo, que al final se vio imposibilitado en concluir por un caso de fuerza mayor, pero me enorgullece hacerlo participe de éste logro que fue concluirlo. Mis mejores deseos y sé que todo mejorará pronto.

Al Licenciado José Barroso Figueroa, por su invaluable apoyo para la conclusión de este trabajo, quien sin su intervención no hubiera sido posible llegar a la culminación del mismo.

A todos los grandes maestros de la Facultad de Derecho con quienes cursé la licenciatura, pues no solo sus enseñanzas académicas, sino su calidad humana fueron un ejemplo y un factor determinante en mi formación como abogado. En especial, quiero hacer mención a la Doctora Irene López Faugier, que si bien solo nos conocimos durante un semestre, su enorme calidez como persona y su invaluable calidad académica, impactaron tanto en mi ser que me atrevo a decir que ella es la culpable de la inspiración para realizar este trabajo. Gracias Doctora!! La quiero mucho!!

Un especial agradecimiento al licenciado Javier Isaías Pérez Almaraz, primero que nada por ser siempre un gran amigo de la familia y segundo por ser mi primer maestro y por abrirme las puertas al mundo laboral, por su enorme calidez y calidad humana y por haberme enseñado muchísimas cosas, no solo en el ámbito del derecho sino de la vida. Gracias a usted adquirí muchísimas bases y herramientas para el éxito en la vida profesional, como alguna vez le comenté, es Usted un enorme ejemplo y lo admiro mucho, pero aun mas que eso lo quiero mucho. Gracias por todo.

De igual forma al Licenciado Carlos de Pablo Serna, quien depositó su confianza en mí desde muy temprano y de quien también aprendí muchísimo, gracias por permitirme el honor de trabajar con usted. Se le tiene en muy alta estima.

Al Licenciado Javier Campos de Pablo, porque dentro del corto tiempo que nos conocimos en el ámbito laboral, logramos una sólida amistad a base de confianza y respeto. Gracias Licenciado, por confiar en mí y por todas esas lecciones y dudas que siempre me generaba al apoyarlo con su trabajo, pues ellas fueron al final del día, conocimientos que se quedaron en mí. De igual forma le reitero mi profundo agradecimiento y admiración, y gracias por inculcarme el valor de la entrega y dedicación, y por enseñarme que trabajando duro, la ruta del éxito se abre tarde o temprano, en especial agradezco la confianza que depositó en mí para incursionar en nuevos proyectos y el apoyo brindado durante ese tiempo, pues el mismo fue vital para la conclusión de este trabajo.

A toda la enorme Familia García Ibarra, cuyas raíces nos han enseñado que, a pesar de las circunstancias, se puede salir adelante y ser personas de trabajo, personas de bien. Mi afecto incondicional y a manos llenas es de todos ustedes.

A mis tías Lourdes, Chaly, Martha, Nena, Coco, Gaby.

A mis tios, Manuel, Chava, Jesus, José, Francisco, Alejandro y Lalo

A todos y cada uno de mis primos y sobrinos.

A mis compañeros de trabajo en SEMARNAT, Heidi Jiménez, Flor Hernández, Francisco Lechuga y muy en especial a Moni Arreola, Luis Horacio Flores, Eduardo Sumano, Ilithya Carballar, Liliana Sánchez, Isaac Orozco y José Valles. Gracias por brindarme tanto apoyo y comprensión, por ser siempre una luz que me orienta hacia el mejor camino, por la confianza que han depositado en mí en muchos rubros, por compartir su experiencia y conocimientos y más importante, por su invaluable amistad, los quiero muchísimo.

Al destino, pues me puso en lugares maravillosos donde conocí a grandes personas y tuve grandes vivencias, en especial quiero hacer mención a enormes

amistades que se han ido forjando en diversos contextos a lo largo de los años, ya que todos tienen un lugar especial en mi corazón.

A mis amigos de la Prepa 5: Nacho Salazar “nachito”, Rubén Salazar “Flesh”, Daniel Alcazar “Ashton”, Daniel Pastor “Bob”, Jathziry Fernández, Ale Tello, Elisa Salgado, Chucho, Marthita Acosta, Jaen, y con un afecto y cariño especial a Ale González “niñita”, Sandra Sosa “Sandy”, Miguel “Mike” Hernández, Jeffrey de Antuñano, Ruben Loera, Emmanuel García “Chema” y Lalo Cienfuegos, por ser más que amigos, ya una hermandad y por ser la prueba viviente de que las amistades verdaderas, a pesar de las distancias y las diferencias que puedan llegar a existir, prevalecen.

A Mariana Nieto Trochez, no puedo decir mucho pues esta amistad ha sido tan *sui generis*, que no puedo calificarla de otra forma, lo cierto es que te he visto crecer, literalmente y es algo que me enorgullece y hace que mi cariño hacia ti, siga intacto y solo conozca el crecimiento, aunque también desapareces de repente, cuando te encuentras de nuevo, es como si no pasara el tiempo, te adoro.

Mención especial para mi hermanita Fanny Colín, que de igual forma por periodos muy largos llegamos a estar distantes, pero nunca ausentes, porque gracias a ella conocí el amor más puro y bello que existe, el de la amistad y la hermandad. La confianza, la solidaridad, el respeto y el crecimiento que hemos tenido ambos y que hemos vivido juntos o distantes, es lo que hace tan fuerte y mágica esta amistad, te amo flaquita!!

A mis amigos de la Facultad de Derecho: Antonio Velázquez “Toñin”, Alejandro Méndez “Gordito”, Erick Manjarréz “Erickinho”, Mariana Malvaez “Marianela”, Rocío Espinosa de los Monteros “Chio”, Ana Gaytan “Anita”, Bere Lacroix, Juan Miguel Ramírez “Juancho”, María Fernanda Martínez “Mañ”, Lily Fonseca, Hayde Daza, Diana Elizabeth Romero “Didi”, Mario Barragán, Pavic Nuño, Antonio Ramos, Alejandra Romero, Mario Alberto Márquez “Marius”, Carlo Díaz, Pam Dominique Aguilar.

A mi hermano de espíritu, Josafat Ballesteros y a toda su hermosa familia de la cuál me siento afortunado en considerarme parte, porque en retrospectiva ya han sido muchos años de amistad sólida, de una confianza sin precedentes, una amistad que surgió de una manera espontánea, pues hoy estoy cierto de que el destino fue el que nos puso en ese camino y no pude haber deseado mejor amigo, pues es innegable que existe una conexión espiritual, y nos encontramos en constante sintonía, te quiero muchísimo hermano!!

A Eduardo Barragán, porque a pesar de todas las distancias y las adversidades, y sobre todo del respeto a las decisiones que se han tomado, fuiste y seguirás siendo una pieza fundamental en este rompecabezas hermano, te quiero y te extraño!!

A Marco Ramírez, por ser ese amigo constante con el que invariablemente puedes contar.

A Carlos Tejeda, porque nos conocimos inclusive antes del desarrollo de la memoria misma, por ser tan desprendido y por esa amistad tan sólida que forjaste con mi hermano y conmigo, sin duda alguna la amistad mas añeja. Gracias hermano!!

A Juan David Cioron "Chomp", por ser siempre honesto y franco, por esa amistad también ya añeja. Gracias hermano!!

A los que se nos adelantaron en el proceso natural de la vida: Abuelita María, no sabes cuanto te extrañamos. Rafa Alducin y Rubén Rivermar, quienes se fueron demasiado rápido y no tuve oportunidad de despedirme, se les recuerda con enorme afecto y gracias por la amistad que vivimos con la familia. Al dolor mas reciente y quien siempre se extrañará, Tia Lulú Mercado, no sabes cuanta falta nos harás, pero a su debido tiempo tu recuerdo siempre nos dibujará enormes sonrisas, sé que siempre vivirás en nuestros corazones.

A mis abuelos Juan y Josefina y a mi tía María Luisa "Malicha" a quienes hubiera cambiado muchas cosas que tengo hoy por haberlos conocido, se que amaron

mucho a mi madre y ella a ustedes y creanme que no pierdo oportunidad por saber y conocer más de ustedes, sé que desde donde se encuentran nos cuidan a todos y si algo tengo por cierto es que por algún suceso extraño de la vida al abrazar a mi madre, los siento a los tres.

Si por alguna razón omití a alguien, una disculpa de antemano y créanme que no es personal.

Gracias a todos!!

CAPITULADO

“ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN HUMANOS”

	pág.
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: <u>CONCEPTOS Y NOCIONES BÁSICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN HUMANOS.</u>	
I.I.- Generalidades y antecedentes históricos	7
I.II.- Conceptos Básicos de la Maternidad Subrogada en Humanos	12
I.III.- Sujetos Presentes en la Maternidad Subrogada	18
I.III.I.- El Nasciturus	21
CAPÍTULO II: <u>LA REFLEXIÓN MULTIDISCIPLINARIA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.</u>	
II.I.- Posiciones	23
II.I.I.- Sociología	24
II.I.II.- Filosofía	28
II.I.III.- Religión	30
CAPÍTULO III: <u>Análisis y Crítica al Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada Para el Distrito Federal.</u>	
III.I.- Comentarios Al Proyecto	33
III.II.- Problemáticas y errores conceptuales que presenta el proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal	34
III.II.I.- Derechos Humanos	44
III.II.II.- Filiación	48
III.II.III.- La accesibilidad	53
CAPÍTULO IV: <u>Propuestas para mejorar el proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal</u>	56
CAPÍTULO V: <u>Legislación Nacional e Internacional sobre Maternidad Subrogada.</u>	

V.I.- Legislación Nacional.....	61
V.I.I.- Coahuila.....	62
V.I.II.- San Luis Potosí.....	64
V.I.III.- Tabasco.....	68
V.II.- Legislación Internacional.....	71
V.II.I.- Estados Unidos de América.....	71
V.II.I.I.- Florida.....	72
V.II.I.II.- California.....	73
V.II.II.- España.....	77
Conclusiones.....	81
Fuentes de Información.....	84

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, existen varios fenómenos que se actualizan en el mundo fuera del derecho, debido a la constante y acelerada evolución tecnológica y la globalización han dado como resultado que la norma jurídica, por su naturaleza, se vea siempre rebasada por el mundo fáctico; tarea es pues, de las leyes como una de las principales fuentes del derecho, intentar alcanzar esa realidad en pro de una constante demanda de civilidad y seguridad jurídica.

Tal es el caso particular de los avances médicos, en específico sobre la reproducción humana que se alcanzaron y han creado un nuevo campo para la investigación y la creación de leyes eficaces que regulen las nuevas prácticas que tienen como fin el desarrollo de seres humanos, y las condiciones que rodean dicho proceso.

Existen numerosas cuestiones que se derivan del estudio de este tema y en particular los métodos de reproducción asistida, abren un nuevo abanico de posibilidades que no se deben ignorar, pues es deber de una sociedad civilizada, y más aun de los juristas, abogar para que las garantías otorgadas y reconocidas por la Constitución Política se otorguen y todos los ciudadanos puedan acceder a ellas.

La presente investigación tiene como objetivo central, el método de reproducción asistida denominado “Maternidad Subrogada” y la aplicación de dicho método en México. Se decidió profundizar sobre el tema en mención, pues resulta en primera instancia, una situación moderna reflejo de la dinámica social que día a día se vive, aunado al hecho de que dicho tema se encuentra poco estudiado en México. Asimismo, resulta necesario hacer del conocimiento del lector, que es imprescindible conocer las causas y consecuencias que acarrea dicho procedimiento dentro del Sistema Jurídico Mexicano. Por lo anterior, el objetivo general de la presente investigación consiste en verificar si dicho procedimiento resulta viable para su eficaz aplicación e incorporación dentro del sistema jurídico

mexicano, tomando en consideración todas las variables, causas y consecuencias, no solo jurídicas, que puedan derivarse del mismo. Así pues, la hipótesis principal de este trabajo es que resulta necesaria la regulación del procedimiento médico, o método de reproducción asistida denominado “Maternidad Subrogada”.

En ese orden de ideas, y para comprobar o refutar la hipótesis, el presente trabajo se determinó que se realizaría en cinco capítulos, siendo el primero de éstos denominado “Conceptos y Nociones Básicas de la Reproducción Asistida en Humanos”; en este se pretende dar a conocer al lector, los conocimientos básicos que se deben tener para una correcta apreciación del tema, en donde se contemplan los antecedentes históricos de la reproducción humana en general, los avances médicos que se fueron generando con el paso de los años, hasta finalmente llegar al complejo método denominado “Maternidad Subrogada”. Una vez comprendido lo anterior, se procede a focalizar la atención del lector, precisando los conceptos básicos que componen el método de reproducción en cuestión, señalando sus elementos de existencia, como lo son los individuos que intervienen en dicho método, así como las variables que se pueden actualizar al utilizar el mencionado procedimiento. Cabe señalar que dentro de las consecuencias, invariablemente se encuentra la génesis de un nuevo ser humano, y atendiendo al derecho vigente, desde la concepción del mismo se tutelan ciertos derechos de ese individuo con potencialidad, motivo por el cual se advirtió la necesidad incluir el estudio de ese hecho, para los casos de que sean generados por medio de métodos de reproducción asistida, análisis que se encuentra también dentro del capítulo que nos ocupa.

En ese orden de ideas, y continuando con el ánimo central de la investigación, el segundo momento de la misma se contempla dentro del capítulo denominado “Reflexión Multidisciplinaria Sobre la Maternidad Subrogada”, en el cual, atendiendo a una didáctica inclusiva, se verificó la necesidad de allegarse de mayores elementos y así conocer los enfoques que tienen sobre el tema los diversos actores dentro del conglomerado social, atendiendo a las disciplinas que

los estudian, siendo los principales la sociología, la filosofía y la religión. Lo anterior en virtud de que, como ya se señaló en líneas anteriores, la aplicación de métodos de reproducción asistida, en particular de la “Maternidad Subrogada”, genera impactos y consecuencias no solo en el mundo del derecho, razón por la cual se determinó incluir un análisis de los mismos, tomando en consideración que ellos son factores cuya relevancia es tan importante en la sociedad que resulta imperativa su posición para la generación de normas jurídicas que contemplen y tutelen intereses públicos y sociales.

Ahora bien, siendo la presente una investigación focalizada al ámbito jurídico, resulta necesario comprender y analizar de manera profunda el primer intento legislativo sobre el tema en particular en nuestro país, situación que se considera muy honrosa y por demás loable, ya que el mismo se entiende como una evidencia de la necesidad de contar con un instrumento jurídico que regule dicho método en particular; siendo el tercer momento de la investigación el capítulo denominado “Análisis y Crítica del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada Para el Distrito Federal”. En el mismo se contemplan los aciertos y errores que se advirtieron de la lectura del citado proyecto de ley, lo anterior toda vez que el proyecto, será una ley vigente en potencia, debe ser, en primera instancia totalmente coherente con lo ya anteriormente regulado, es decir, debe encajar perfectamente dentro del sistema jurídico mexicano actual, o en su caso, modificar, y añadir lo conducente a efecto de que se verifique el fin de toda norma jurídica que es brindar seguridad jurídica a los sujetos en los que llegue a recaer la aplicación de la misma.

En ese sentido, y atendiendo a lo señalado en el capítulo anterior fue que se decidió ir un paso mas allá de la mera explicación y análisis del proyecto de ley para la maternidad Subrogada en el Distrito Federal, y tomando en consideración lo vertido en el capítulo tercero, se procedió a realizar distintas propuestas, que a consideración del investigador, resultan necesarias para un mejor proyecto de ley. Lo anterior, se desarrolló dentro del cuarto capítulo denominado “Propuestas para Mejorar el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada Para el Distrito Federal”.

Por último, y para conocer un poco más el panorama actual en el universo del derecho, se consideró viable la inclusión de un capítulo de derecho comparado, sumando también los demás instrumentos jurídicos nacionales que contemplan el método de “Maternidad Subrogada”, estudiando las legislaciones de los Estados de Coahuila, San Luis Potosí y Tabasco. Asimismo se determinó realizar el estudio de las legislaciones de dos Estados, entes de derecho internacional, que, por su cercanía territorial y cultural, resultaba por demás interesante conocer los avances y las formas en que dichos Estados regulan el método de “Maternidad Subrogada”, a saber, los Estados Unidos de América, en particular los Estados de Florida y California, y por otro lado, España.

Finalmente, dentro de las conclusiones se darán a conocer los hallazgos y el resultado final de la presente investigación.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y NOCIONES BÁSICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN HUMANOS.

I.I.- Generalidades y antecedentes históricos.

La maternidad subrogada es un tema complejo con múltiples implicaciones que se deben comprender para su correcta interpretación.

Primero que nada es importante comprender que se trata de un método de reproducción asistida que tiene como finalidad facilitar la reproducción humana.

La reproducción asistida ha existido desde hace mucho tiempo y es el resultado de muchos años de investigación médica, en particular de genética.

Dichos métodos se originaron como una alternativa para las personas que biológicamente se encuentran imposibilitadas para reproducirse. Éste fue el argumento inicial o la motivación principal, hoy en día se ha avanzado tanto que incluso personas totalmente capaces de reproducirse, esto es, que son fértiles y no tienen ningún impedimento morfológico, por las facilidades y el mejoramiento de la técnica, deciden utilizarlos para evitar o sobrellevar las consecuencias físicas y psicológicas de todo el proceso de reproducción, situación que se considera grave.

Se considera necesario hacer del conocimiento del lector que existen diversos métodos de reproducción asistida, que se tratarán en el curso de la presente investigación.

La medicina en general y en específico en su rama de fertilidad ha avanzado en tal grado que incluso ha logrado que las personas puedan superar las barreras naturales con las que se nace, o que se desarrollen en el curso de sus vidas, y así lograr reproducirse, entendiendo la reproducción como un anhelo y una muy discutible finalidad de los seres humanos.

Todo ello da como resultado el cambio de paradigmas sociales y jurídicos tales como los conceptos de “maternidad” y “paternidad” que se abordarán en el curso de la presente investigación.

Aquí es donde el derecho entra en juego, ya que la realidad en nuestro país es que estos métodos se han estado utilizando fuera de la legalidad, pues no existen instrumentos jurídicos que prevean todas las consecuencias que en este campo se generan. En particular, en el derecho familiar se tiene el mayor impacto, ya que el hecho jurídico del nacimiento e incluso el momento de la concepción, por el método que sea, da origen a derechos y obligaciones que no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad, y que si bien se conocen las consecuencias jurídicas que se crean con el nacimiento, no se encuentra correctamente regulado dicho procedimiento.

Así pues, se considera la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que otorguen certeza y seguridad jurídica a las personas que decidan reproducirse utilizando estos métodos que la ciencia médica ha puesto en manos de la humanidad.

El origen de los métodos de reproducción asistida, va de la mano con la historia de la infertilidad, fenómeno que existe y es una manifestación más de la naturaleza y control natural de la población en un ecosistema determinado, entre otros enfoques que puedan existir dentro de la biología de todo ser viviente, pero en nuestro caso particular de la especie humana.

La infertilidad, concepto que el Diccionario de la Real Academia Española toma como sinónimo de esterilidad, y que en su clasificación sexual y biológica es la incapacidad del macho para fecundar y la incapacidad en la hembra para concebir¹. En algún momento de la historia, fue vista como una anomalía, como

¹ Real Academia Española, (2001), *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Consultado en <http://buscon.rae.es/drael/>

una imperfección, sobre todo en el caso de las mujeres, que eran repudiadas y discriminadas por esta condición biológica.

La Biblia, el libro que da identidad a la religión católica moderna, menciona en “El Génesis” la historia de Abram y de su esposa Sarai, quien era infértil y para poderle dar descendencia, cuestión de vital importancia en esos tiempos, no solo por darle curso a un sentimiento de plenitud y de felicidad del hombre, sino también como un “deber ser” de todo matrimonio en ese entonces, le dio como mujer a su sierva Agar para que este pudiera tener hijos con ella.

Siempre fue evidente, sobre todo en la antigüedad, que era de vital importancia que una pareja lograra formar una familia y tener muchos descendientes. La infertilidad era un problema que no debía salir a la luz, y era muchas veces un tabú.

Lo anterior, si bien podría considerarse como un antecedente primitivo de la reproducción asistida, no constituye propiamente un método, ya que la procreación se realizaba de la única manera conocida en ese contexto histórico y que era la relación sexual (cópula).

Posteriormente las personas que tenían problemas para procrear comenzaron a buscar alternativas aunque poco podían hacer ya que la investigación aún estaba en desarrollo. La respuesta la otorgó la ciencia médica y la manipulación genética.

El primer cambio importante consistió en lo que hoy se conoce como la fecundación o inseminación artificial, procedimiento que permitía la concepción sin relación sexual, pues ésta consiste en que el semen del varón se introduce en el útero o cuello vaginal, mediante jeringas o catéteres, situación que ya se utilizaba en la crianza de ganado desde mucho tiempo atrás y previa investigación médica, se logró dicho método en seres humanos.

Comenzó a utilizarse como una alternativa a la infertilidad del varón, y en un principio se trató con muchísima cautela y con la mayor posibilidad de anonimato, pues era vergonzoso que el varón tuviera que acudir a otro, generalmente familiares o amistades muy cercanas, para poder tener descendencia. Posteriormente se comenzó a plantear la idea de lo que hoy se conoce como bancos de semen, con “donadores”² cuya identidad se mantiene en el anonimato y con técnicas de conservación muy específicas, con consecuencias que ya se tratarán más adelante.

Como se puede observar, ligera pero evidente, aquí fue cuando comenzaron a cambiar la paternidad y la maternidad como conceptos que se conocían sólo como situaciones de hecho, que no requerían prueba alguna para imputarse y que desde luego la biología no jugaba un papel tan importante; Es decir, que con el nacimiento de estos procedimientos se comenzaba a considerar la posibilidad de tener hijos que no necesariamente poseían toda la carga genética de, por denominarlo así, el padre jurídico, así como que cuestionamientos del siglo pasado como la anticoncepción, rotaron de forma evidente pues antes la cuestión era como tener cópula sin la consecuencia natural que era la procreación, es decir, de tener hijos y con estos avances la cuestión de hoy en día es como tener hijos sin cópula.

² Se considera erróneo el concepto que se utiliza para definir a aquellas personas que otorgan sus células sexuales a un banco o centro de conservación de las mismas para su futura utilización, ya que la calidad de donador es pues referente a los sujetos que intervienen en un contrato de donación, regulado por el código civil del distrito federal y cuyo concepto es aquel contrato mediante el cual una persona llamada donador se obliga a transferir, de manera gratuita, una parte o la totalidad de sus bienes presentes a otra parte llamada donatario. Dicho contrato se perfecciona cuando el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador. Se considera más acertado el término dación y al respecto se realiza la precisión de que dicho término no debe confundirse con la dación en pago que es una de las formas de extinción de las obligaciones.

El verdadero cambio comenzó cuando en el siglo XX, mediante profunda investigación médica, se logró algo sin precedentes: lograr unir células sexuales en una placa de laboratorio, situación que cambió para siempre la idea de que la concepción debe originarse siempre dentro del cuerpo de la mujer, y así nació el primer método de reproducción asistida que hoy se conoce como fecundación *in vitro* que significa “En el vidrio, artificialmente. Manipulación biológica que se hace en un medio artificial, fuera del organismo”³.

Dicho procedimiento abrió una nueva gama de posibilidades en cuanto a la salud reproductiva de la humanidad, pues ya comienza a hablarse de que las personas infértiles, sea cual sea el estado civil que tuvieren, o la causa de su infertilidad puedan lograr la procreación.

Es de notar que la dinámica que se desarrolló en la técnica médica fue muy acelerada y es preciso detenerse un poco a pensar en la naturaleza y fin de dichos avances pues “Los avances técnicos deben ser tenidos como tales precisamente si actúan en beneficio del ser humano. Si, por el contrario, le afectan negativamente en su “ser” físico, en su devenir, o en su dignidad, podrían tomarse como regresiones.”⁴

La anterior posibilidad, prácticamente permite que la mujer que decida utilizar estos métodos, simplemente geste un embrión que fue generado con gametos de dos personas distintas, o que ella aporte sus óvulos y los espermatozoides de alguien ajeno, cuestión que se considera fundamental, pues lo que alguna vez fue producto de la imaginación, hoy es una gran realidad: la procreación donde intervienen más de dos personas.

³ Soberanes Fernández, José Luis, *et al.*, *Locuciones Latinas Jurídicas*, México, Porrúa, 2008, p. 24.

⁴ Moro Almaráz, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, España, Librería Bosch, 1988. p.118.

Desde luego lo anterior repercute directamente en la concepción de los axiomas familiares, pues las nuevas interrogantes nos llevan a cuestionarnos si estos métodos y los deseos de procreación de las parejas o incluso de las personas solteras (es decir, aquellas personas que desean generar una familia uniparental) constituyen un elemento unitivo de la familia o por el contrario es uno disociativo.

Al respecto, María Jesús Moro Almaráz dice que: “Tendremos que preguntarnos entonces si la aplicación extraordinaria de técnicas para la reproducción supone un ataque contra la familia o si, por el contrario, puede contribuir a su mantenimiento y unidad en las situaciones excepcionales de esterilidad que las requieran”⁵.

Lo anterior es pues, el antecedente que dio origen a la maternidad subrogada.

“El primer caso de subrogación de útero se presentó en 1989; se trataba de una pareja americana, el matrimonio Stern, que al no poder tener descendientes contrató a la señora Whitehead, casada, para que esta última fuera inseminada con los gametos del señor Stern y posteriormente, entregara al nacido a la pareja. Todo ello a cambio de un precio. Sin embargo, llegado el momento, la señora Whitehead, que dio a luz a una niña, se negó a entregarla. El caso fue resuelto en apelación por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concedió la custodia al matrimonio Stern”⁶

I.II.- Conceptos Básicos de la Maternidad Subrogada en Humanos.

La maternidad subrogada, como un método de reproducción asistida en humanos, surge como una consecuencia de la fecundación in vitro, pues es un elemento de existencia del mismo, ya que a pesar de que se lograra crear un embrión en una placa de laboratorio, aun no se conoce otro medio idóneo o que supla al útero

⁵ Ibidem, p. 84.

⁶ Alkorta Idiákez, Itziar. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003. p. 42.

para su gestación, pues éste último es el medio natural para su desarrollo en cuanto no se logre la ectogénesis⁷. Este binomio constituye una respuesta para las mujeres que, infértiles o incluso sin ser necesariamente infértiles, por alguna otra condición les es imposible llevar a cabo un embarazo; o por otro lado, de los varones solteros o cuyas parejas mujeres no puedan llevar a cabo un embarazo, siendo evidente que para la reproducción, los varones precisan necesaria e inevitablemente de una mujer.

Ejemplo de esto pueden ser circunstancias morfológicas que en la adolescencia deben desarrollarse para el correcto desempeño de las funciones reproductivas de las mujeres, ejemplo de ello es cuando el útero o alguno de los tejidos que lo componen no se desarrollen normalmente, generando una condición médica denominada “Hipoplasia Uterina”⁸ mejor conocida como “Matriz Infantil”.

Desequilibrios hormonales en la mujer como el Síndrome de Ovarios Poliquísticos⁹, también son una causa por la cual una mujer no pueda llevar a cabo un embarazo.

Como se puede observar, existen múltiples circunstancias, situación que no es un tema que se abordará a fondo en la presente investigación, pero es importante aclarar que para el campo del derecho, la norma jurídica debe tomar en cuenta todas las variables posibles para así legislar de la mejor manera.

⁷ Del griego “Ecto” que significa “fuera” y “génesis” que significa origen, creación.

⁸ Tejido uterino incompleto o subdesarrollado, habitualmente como resultado de una disminución en el número de células.

⁹ Se manifiesta como un gran número de pequeños quistes inmaduros en los ovarios, produciendo una perturbación en la producción de hormonas y un aumento en la secreción de la hormona sexual masculina. Muchas mujeres con esta condición no ovulan normalmente y el síndrome puede llevar a la infertilidad.

Así pues, la maternidad subrogada, concepto que más adelante se analizará detenidamente, como una definición genérica, debe entenderse como el método de reproducción asistida mediante el cual una mujer gesta un embrión humano por encargo de otra u otras personas, la cual debería entregar el producto al concluir el embarazo.

Hoy en día, se conoce la maternidad subrogada como ese procedimiento médico mencionado con anterioridad, pero la controversia existe en que aún no se puede definir con certeza la naturaleza jurídica del mismo, pues, como ya se comentó, dicho método trae consigo aparejadas muchas consecuencias en el mundo jurídico.

Si bien para la medicina, causa conflictos de naturaleza distinta, es para la rama del derecho, un reto que se debe afrontar con prontitud, pues no sólo se trata de un avance médico sin precedentes, sino que las consecuencias de su uso no se encuentran totalmente plasmadas en el sistema jurídico mexicano.

Respecto a lo anterior, María Jesús Moro Almaráz no está del todo de acuerdo, al establecer que “No es al legislador al que se necesita pedir reglas de conducta, sino a la conciencia de los que han puesto el remedio a la esterilidad al alcance del hombre.”¹⁰

Es importante hacer notar que la discrepancia comienza, en el ámbito del derecho, al hablar del ejercicio de derechos reproductivos, derecho a la procreación, derecho a formar una familia, derecho a tener hijos, derecho a la paternidad o maternidad y muchas otras derivaciones de éstos y que están consagrados en ordenamientos jurídicos internacionales y adoptados por nuestra legislación como derecho vigente, sin embargo en nuestro país aún no se cuenta con legislación especializada en ese tema y “Es indispensable en la actualidad una regulación específica al respecto, pues es inadmisibles que la legislación mexicana se

¹⁰ Moro Almaráz, María Jesús, *op cit.*, nota 4, p.89.

encuentre a la zaga de cuestiones legisladas, desde hace más de 50 años en otros países”¹¹.

A pesar de esa evidente laguna de legislación nacional que mantiene a México sin una definición y una delimitada finalidad de este proceso, se considera que la maternidad subrogada va encaminada, en palabras de Adriana Hernández Ramírez, a “Dar una solución a las parejas que por algún motivo no pueden tener hijos y no desean adoptar, ya que es una posibilidad de concretizar un anhelo y un deseo biológico”¹²

Al respecto es interesante el tema que la autora pone en la mesa y que es el de la adopción. Como bien se conoce, el procedimiento de adopción que en nuestro país tiene que ser decretado forzosamente por autoridad jurisdiccional, es un proceso tedioso y tardado. Lo anterior ha dado pie a que las personas tengan predilección por los métodos de reproducción asistida, ya que, además de ser más rápidos, el beneficio mayor que expresan las parejas es que el futuro bebé tendrá la carga genética de por lo menos un miembro de la pareja.

Como bien se menciona, existen muchas variantes en la interpretación de todo lo que engloba la maternidad subrogada, como primer punto es importante definir o tener un concepto de lo que se debe entender por maternidad, tarea nada fácil.

El Diccionario de la Real Academia Española define la maternidad como “Estado o cualidad de madre”¹³, y a su vez define “madre” como “hembra que ha parido”¹⁴ o “Matriz en que se desarrolla el feto”¹⁵. Cabría la pregunta, ¿Realmente la madre es la que pare? En primera instancia, y citando un principio del derecho romano que

¹¹ López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, 2005. p.178.

¹² Hernández Ramírez, Adriana, *et al.*, *Ley de Maternidad Subrogada Del Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre de 2011, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 132, p.2, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>

¹³ Real Academia Española, (2001), *op. cit.*, nota 1.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

decía *mater in iure, semper certa est*¹⁶, haciendo alusión a que la certeza del parto determinaba que la maternidad no necesitaba prueba alguna, sino que ante la evidencia de tal suceso constituía una presunción *iuris et de iure*¹⁷.

Al respecto, se concuerda con lo que afirma Beatriz Souto Galván respecto a que “El término maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación”¹⁸.

Pero haciendo énfasis en los métodos de reproducción asistida, en particular la maternidad subrogada, ¿se debe considerar madre también a la que aporta gametos?

Como se mencionó con anterioridad, los métodos de reproducción asistida, abren siempre el debate respecto de esta controversia, pues derivado de estos existe la posibilidad de disociación del nexo biológico por un lado y el proceso de gestación por otro; Incluso muchas legislaciones internacionales no consideran para nada el nexo biológico o genético, adoptando el principio citado con anterioridad y otorgando la certeza de la maternidad única y por exclusividad al hecho del parto.

En concordancia con lo anterior, en nuestra legislación y en específico el artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal que se refiere a las actas de nacimiento, establece que para expedir este instrumento público se debe acompañar el certificado de nacimiento que será suscrito por un médico autorizado en el cual asentará, entre otras cosas, la maternidad; Hecho que consolida el argumento de que primordialmente en nuestro país la maternidad,

¹⁶ Soberanes Fernández, José Luis, *op.cit.*, nota 3, p. 20.

¹⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹⁸ Souto Galván, Beatriz, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm.1,2005, p.276. Citado en Hernández Ramírez, Adriana, *et al.*, *Ley de Maternidad Subrogada Del Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre de 2011, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 132, p.6, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>

además de las presunciones o métodos de prueba de la misma, se consolida y se acredita con el hecho del parto.

Si bien esto es claro, al incorporar la variable de los métodos de reproducción asistida a la discusión, comienzan las interrogantes como por ejemplo la citada disociación del nexo biológico y el gestante ya que en caso de controversia para atribuir la maternidad, si se utilizó una dación de gametos, el parto sería insuficiente ya que si bien la mujer gestante puede argumentar el parto como método liso y llano de prueba de la misma, si su contraparte solicitara una prueba de ADN el resultado sería conclusivo. Este es sólo un ejemplo del abanico de escenarios que pueden suscitarse como consecuencia del uso de los métodos de reproducción asistida.

En este orden de ideas y con relación a la maternidad, se considera acertada la aseveración que hace Adriana Hernández Ramírez, afirmando que “La maternidad supone dos momentos: primero, el vínculo de la mujer con el gameto, una vez que ha sido fecundado, que es el proceso de gestación; y segundo: el parto”¹⁹.

Como se podrá observar, el cambio del concepto de maternidad es duro ya que si con anterioridad no constituía problemas, es hoy un concepto dinámico, un concepto que debe adaptarse a cada caso en particular y existe todavía otra ventana que no se ha explorado y es el continuo debate fuera de lo biológico y que es la consideración de la maternidad generada por la crianza, fenómeno cultural-tradicional que dentro de la sociedad mexicana ha adquirido fuerza con el paso de los años, pues es común escuchar entre el pueblo mexicano expresiones como “madre no es la que pare, sino la que cría, la que educa”, o como afirma Aníbal Guzmán Ávalos “Hoy debe valorarse la maternidad y, en su caso, también la paternidad con una visión amplia en la que se aúnan y complementen factores genéticos, de gestación, de deseos y educacionales”²⁰

¹⁹Idem.

²⁰ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas: un nuevo modo de filiación*. Xalapa, Veracruz, Dirección Editorial Universidad Veracruzana, 2001, p. 146.

Inclusive a este respecto, el artículo 378 del Código Civil para el Distrito Federal recoge este concepto e incluso otorga ciertos derechos. Dicho artículo a la letra establece:

“Artículo 378.- La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia podrá, contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada.

El término para contradecir el reconocimiento será de ciento veinte días contados desde que se tuvo conocimiento de él.”

El mencionado artículo otorga la facultad a las personas que se encargaron de la crianza de un niño y que le han dado la apariencia de ser hijo propio, de oponerse al reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer del niño. Dicho argumento es pues, una concepción social-cultural del concepto integral de maternidad.

I.II.III.- - Sujetos Presentes en la Maternidad Subrogada

Como un principio esencial, se debe comprender que para que exista maternidad subrogada debe estar presente necesariamente una mujer, que es precisamente la que le da nombre al procedimiento y que es la única que tiene el don de la procreación.

Como un principio general se considera que es un método dirigido a parejas, sin hacer distinción del sexo de las parejas o del estado civil de estas, existen dos mujeres; La primera denominada “mujer subrogada” que es la mujer que por cualquier causa no puede llevar a cabo un embarazo, para lo cual “encarga” a una segunda llamada “mujer gestante” que lleve a buen fin el embarazo y al final entregue el producto.

Del mismo modo puede tratarse de un hombre soltero el cual solicita los servicios de una mujer que proporcione sus óvulos y de una segunda que gaste el embrión,

o que la misma mujer que realice la gestación sea la misma que proporcione el material genético. Estos dos casos en la hipótesis de que el varón otorgase sus gametos, pues existe la posibilidad, inclusive de que él desee que tanto espermatozoides como óvulos sean ajenos y el embrión que se genere sea gestado por una tercer mujer. Para todo lo anterior se utilizarían las variantes de la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

Así, existen muchas variantes de los sujetos presentes. Se puede hablar de mujeres solteras, parejas homosexuales masculinas o femeninas, matrimonios o concubinatos, etc.

En cuanto a la carga genética, existen dos variantes:

- 1) Maternidad Subrogada Homóloga: Consiste en que los gametos (óvulos y espermatozoides) son aportados por la pareja, circunstancia que hace evidente la necesidad de que ambos sean fértiles. En esta modalidad participan 3 personas: Un hombre conocido que aporta sus gametos, la mujer que es su pareja pero está imposibilitada para llevar el embarazo (mujer subrogada) y la mujer a la que estos dos últimos “encargan” que se inserte en su ser el embrión fecundado en una placa de laboratorio, originado por los gametos de la pareja, para que lleve a cabo el embarazo y entregue el producto al concluir dicho embarazo (mujer gestante).
- 2) Maternidad Subrogada Heteróloga: Consiste en que los gametos, no necesariamente provienen de la pareja, es decir que uno o ambos gametos son ajenos a la pareja; Así, podrían participar hasta 5 personas distintas en esta modalidad: Un hombre desconocido que aportó sus espermatozoides, una mujer desconocida que aportó su óvulo, la pareja que decide utilizar el método y por último la mujer gestante.

Es de notar que, a pesar de que el procedimiento requiere necesariamente la intervención de mujeres, evidentemente por que la naturaleza las doto a ellas exclusivamente del don de la gestación, el componente masculino también es un factor que, desde el punto de vista jurídico, es igual de relevante que el de la mujer.

Por un lado, y conforme a lo dicho con anterioridad, el procedimiento es una respuesta para las personas que no pueden reproducirse; Esto es, que el discurso se refiere a personas y no exclusivamente se habla de mujeres; a pesar de esto existe cierta imprecisión al respecto, pues se considera correcto el que se tome como un método que pretende ser una solución a la infertilidad femenina.

Aclarando el punto anterior, si en una pareja, el infértil es el varón, en el sentido estricto de los métodos de reproducción asistida que se encuentran disponibles, la maternidad subrogada no sería la respuesta ya que en este caso, se optaría por la fecundación *in vitro* o la inseminación artificial con un dador de espermatozoides ya sea conocido o anónimo; Dando como resultado que el embrión estaría compuesto por la mitad de la carga genética de la pareja, es decir de su madre (biológica y gestante).

Escenario distinto es cuando la mujer es la infértil en una pareja, ya que la infertilidad no debe entenderse necesariamente como imposibilidad para procrearse. A efecto de esclarecer este anterior escenario, se puede dar el caso en que la mujer, fisiológicamente hablando, sea totalmente apta para llevar a cabo un embarazo sin embargo sus óvulos sean infértiles, así, con una otorgante de un óvulo fértil ella podría embarazarse con los gametos de su pareja. En este orden de ideas, y a contrario sensu del ejemplo anterior, si la mujer que siendo fértil se encuentra imposibilitada por alguna circunstancia para llevar a cabo el embarazo, bajo esta hipótesis la respuesta sería efectivamente la maternidad subrogada.

I.III.I.- El Nasciturus.

El tema del concebido no nacido siempre ha sido por demás controversial en muchos ámbitos como el ético y desde luego el jurídico, dicha controversia ha generado múltiples debates siempre de la mano de la biología y del criterio de médicos especialistas en la materia, uno de los puntos más complicados es definir hasta qué punto dicho *nasciturus* debe ser considerado como persona o como persona con potencialidad, ya que este es eje fundamental para la protección, reconocimiento y otorgamiento de derechos a esta especial figura.

Es de particular interés lo referente al nasciturus que es generado mediante los métodos de reproducción asistida, ya que en primera instancia el nasciturus que es generado por el método natural hoy en día es protegido conforme a la legislación civil y en algunos casos se le tiene por nacido.

Ejemplo de esto es la titularidad de que puede ser sujeto en derecho sucesorio, o de contratos de donación.

Al respecto de los métodos de reproducción asistida, existe una vital diferencia que si bien el concebido no nacido es exactamente igual, el embrión que después será propiamente el nasciturus y es al que nos referimos aquí prioritariamente se “produce” y permanece fuera del organismo materno hasta su transferencia, quedando expuesto a mayores peligros y riesgos que el concebido en el útero.²¹

En este orden de ideas, se considera un acierto que podría consagrarse en el ordenamiento jurídico, el que esta mencionada fragilidad por estar fuera del útero no debe condicionar su desatención o desprotección sino todo lo contrario.

Los debates en relación a este punto toman más relevancia en virtud de que la legislación, en un sentido más pragmático, le ha dado preponderancia a los intereses patrimoniales casi exclusivamente, situación que no causaba más

²¹ Véase, Moro Almaráz, María Jesús, *op cit.*, nota 4, p.116.

revuelo en otros tiempos, pero que hoy en día con los avances de la ciencia en materia reproductiva se considera importante dar relevancia a los bienes personales, siendo el principal de ellos, la vida.

Tanto la manipulación genética como la fecundación extra corpórea han puesto en la mesa esta nueva forma de concepción que debe ser considerada en igualdad de circunstancias y sobre todo ampliar su tutela más allá de bienes patrimoniales, denotando un utilitarismo social, en palabras de María Jesús Moro Almaraz: “El derecho y la sociedad atienden tanto a la persona, y de manera tan narcisista, que niegan a la par todo valor a aquello que no encaje en unos esquemas utilitaristas para ella: los débiles, marginados, desvalidos, enfermos, todos los que estorben una existencia apacible dejan de ser sujeto y pasan a ser objeto.”²²

Por otro lado, también existen corrientes doctrinarias que fundamentan la ya citada controversia respecto al derecho a la vida, situación que fue ampliamente debatida con la despenalización del aborto, y “se ha dicho, no obstante, que el derecho a la vida reconocido por los ordenamientos jurídicos es el de la persona que ya la tiene a conservarla”²³.

Si bien no existe un criterio uniforme sobre este tema, es aún más complicado homogenizar el criterio en el que se cuestiona desde que momento existe ya el ser humano, por un lado están aquellos que prefieren o se inclinan a reducir el todo a nivel celular, incluso, como dato curioso, en algún tiempo Santo Tomás de Aquino estimó que se debería considerar la masturbación como un verdadero homicidio; ya que el espermatozoide se consideraba, en aquella época, como un ser en potencia.

Las posiciones sobre el momento en el que existe ser humano se dispersan: Para algunos desde el momento de la fecundación, para otros hay que esperar a que

²² Ibidem, p. 119.

²³ Ibidem, p. 125.

sea capaz de vivir fuera del claustro materno. La realidad del concebido y no nacido, dentro o fuera del útero materno, es la misma, los fines idénticos y la intervención del Derecho se fundamenta en su condición humana, cualquiera que sea el grado de evolución de la ciencia.²⁴

Es importante hacer énfasis en que constituye un problema también en el plano de la ética y la moral pues la situación biológica es imprescindible para el derecho. No obstante de lo anterior, el concepto de persona es pues un concepto jurídico y si bien no existe un concepto que se acepte de manera universal, la doctrina coincide en que persona es todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones.

Lo anterior es importante en razón de que se utilizan embriones humanos, que si bien son células, la distinción con las demás células humanas para su utilización y disposición (dación) para fines reproductivos o de investigación científica está en que constituyen humanos con potencialidad.

Lo anterior es el eje de discusión en el área médica ya que, dicha humanidad está supeditada a que se cumpla una condición suspensiva.

CAPÍTULO II: LA REFLEXIÓN MULTIDISCIPLINARIA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

II.I.- Posiciones.

El presente capítulo tiene por intención conocer las posturas de diversas áreas del conocimiento respecto a la maternidad subrogada. Si bien la presente investigación se centra en el campo jurídico, el derecho como ciencia social comprende y se auxilia de otras ciencias que lo complementan y que hacen de este un medio idóneo para la convivencia social pacífica y civilizada. Así, la

²⁴ Ibidem, p. 131.

Sociología estudia las relaciones de los actores dentro de una comunidad y explica los posibles motivos de ello. La Psicología nos lleva al interior de la mente humana y nos da luz respecto de los factores fisiológicos y mentales que derivan en las conductas que los individuos exteriorizan en cierto modo, tiempo y lugar.

La filosofía, la ciencia de las ciencias, es aquella que busca encontrar las últimas verdades y los primeros principios de todo conocimiento; Siendo esta casi siempre poco valorada o reconocida, se considera vital su estudio y su apreciación respecto de la maternidad subrogada.

II.I.I.- Sociología.

Como se ha desarrollado en la presente investigación, la génesis de la familia y la conceptualización sociológica de esta célula de la sociedad, ha cambiado radicalmente con la introducción masiva de los métodos de reproducción asistida.

El concepto mencionado ha evolucionado de un lazo sanguíneo, que era antes el único y más fuerte lazo para considerarse familia, a uno volitivo, es decir, un deseo, una motivación a realizar una construcción social sin relegar desde luego el nexo sanguíneo que no ha perdido fuerza, sino más bien tendrá que convivir de ahora en adelante con otros elementos.

Como un elemento que debe ser claro, sobre todo en este dinamismo social de estos días, la familia nuclear precisa de un elemento que es la comunión, es decir, el elemento comunidad.

Con los métodos de reproducción asistida disponibles, el impacto social ha sido duro ya que, como se mencionó con anterioridad, no sólo se han cambiado los conceptos de paternidad en el ámbito jurídico, sino que el rol social que juega este concepto ha sido objeto de tareas o responsabilidades que antes no se tenían.

Primero que nada, es bien conocido que la maduración y la introducción de los hijos a la sociedad se mira como una responsabilidad privada y personal de los padres, siendo este el rol que los padres deben realizar. Hoy en día, dicha responsabilidad ética y social ha alcanzado niveles nunca antes vistos.

Lo anterior es la evidencia clara del impacto que tienen los adelantos técnicos en la medicina reproductiva, y la consecuencia que no se puede ver a simple vista pero que se considera el eje de este cambio social es que dichos adelantos técnicos posibilitan la selección e incluso la hacen necesaria.

Retomando el punto de la ampliación de la responsabilidad paternal, al respecto Elisabeth Beck-Gernsheim manifiesta que “Con la creciente oferta de las posibilidades actuales de pruebas ginecológicas, el concepto de responsabilidad recibe un nuevo contenido, se amplía hasta convertirse, inadvertidamente, en lo adecuado a lo técnicamente factible”²⁵.

Si consideramos adecuada la aseveración de que la medicina y los avances técnicos implican necesariamente la intervención del elemento humano en la naturaleza misma, debemos también aprender a conocer y a convivir a diario con las consecuencias sociales, psicológicas y jurídicas de dicha intervención.

La citada autora dice “Hay multitud de signos de que con el conjunto de las posibilidades técnicas de intervención se ha inaugurado un gobierno humano en la marcha de la naturaleza que cambia el concepto de paternidad”²⁶

Hablando en particular de los avances en medicina reproductiva, además de los métodos de los que se ha hablado en la presente investigación también existen ya otros que se utilizan en la praxis desde hace mucho tiempo y que también han tenido impacto en la sociedad, como lo es el diagnóstico prenatal y genético.

²⁵ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*. Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós Contextos, 2003, p. 175.

²⁶ *Ibidem*, p. 193.

En la constante consecución de la perfección o ausencia de defectos en la sociedad, temas como la detección temprana de enfermedades graves, y en un estadio mayor inclusive la selección del sexo del hijo o de su fenotipo ha conducido a que el multicitado concepto de responsabilidad paterna, obligue a los padres o futuros padres a replantear situaciones que eran determinadas por la naturaleza y se tenía que vivir con ello.

En palabras de la citada autora, “Cada vez se hace menos lícito tomar al hijo tal como es, con sus particularidades corporales e intelectuales, y hasta con sus defectos. El niño se convierte, más bien, en una especie de meta de una serie polifacética de esfuerzos”²⁷.

Sutilmente, con la disponibilidad de los servicios técnicos de medicina reproductiva, naturalmente se genera en los futuros padres una actitud consumista, es decir de un acto mercantil. No se trata ya sólo del deseo de tener un hijo, sino que como “clientes” que solicitan un servicio, se busca un hijo libre de todo defecto o como bien puntualiza Elisabeth Beck: “Algunos de los futuros padres entienden esas ofertas de la tecnología médica como una prestación de servicios y desarrollan, como se quejan los médicos, una serie de síntomas característicos de una actitud de consumidores. Ya no se busca solamente un hijo, sino un niño particular”²⁸

Los deseos de paternidad de las personas ya se ven de manera distinta, y con los demás avances accesorios como el diagnóstico prenatal, la propia sociedad puede llegar a cuestionar o tildar de ignorantes y egoístas a las personas que no utilizan dichos avances técnicos a sabiendas del “beneficio” que ello ofrece.

²⁷ Ibidem, p. 169.

²⁸ Ibidem, p. 183.

Todo lo anterior se ha manifestado en lo que se busca conocer en la presente investigación desde el punto de vista sociológico y que es la cosificación de los hijos y el siempre flexible y controvertido “interés superior del menor”

La elección del fenotipo de los futuros hijos está ya tan cercano que incluso se puede afirmar válidamente que es ya una realidad. Dicha elección causa hoy en día muchísima controversia y expresiones como “hijos a la carta” o “catálogo de niños” son cada vez más comunes y de inmediato rechazados. Al respecto, se debe analizar de manera objetiva el fondo de este inicial rechazo, pues no es a las personas que deciden tomar esta elección a quien debe tacharse o cuestionarse. Como menciona la citada autora: “En una sociedad donde lo que cuenta, sobre todo, es la salud, el trabajo y el aspecto, donde estas cosas han dejado ya de ser algo dado de antemano por la naturaleza como un destino, siendo presentadas como una tarea y una responsabilidad del actuar humano, ésta se convierte también en una tarea de los padres”²⁹

La revista *The Economist*, de manera muy acertada expuso en su momento: “Si alguien quiere ver en ello algo malo, lo malo no está en la madre, que quiere lo mejor para su hijo, sino, más bien, en la sociedad que juzga a los niños por el color de la piel y distribuye las posibilidades de acuerdo con ese criterio”³⁰

La intención de este apartado es precisamente realizar un ejercicio de reflexión acerca de que ruta y hacia dónde se dirige la sociedad y que actitud toma respecto de lo que ya acontece hoy en día, en particular sobre los avances de la medicina reproductiva. La incesante búsqueda de la sociedad sin defectos, es pues deshumanizadora y se está mutilando una de las esencias de la sociedad y que es precisamente la solidaridad hacia lo débil, hacia lo vulnerable.

²⁹ Ibidem, p. 189.

³⁰ The Economist, 8 de enero de 1994. p. 15.

Como conclusión se pone en la mesa la siguiente cuestión: “¿Qué será del mandamiento de la solidaridad social si “evitar” lo débil, las desviaciones o las anomalías se convierte en la máxima de actuación suprema? ¿Una sociedad lo más libre posible de defectos no será, en definitiva, una sociedad alejada de la solidaridad?”³¹

II.I.II.- Filosofía.

Como más fácilmente puede comprenderse la filosofía, es que busca analizar y comprender los problemas fundamentales de todo conocimiento, siendo este último propio de la especie humana y que tiene su génesis en el intelecto y en el acto de razonar.

En el tema particular, la discusión se centra en el plano ético y moral que son pilares de la filosofía.

El Dr. Eduardo Rivera López, Licenciado en filosofía por la Universidad de Buenos Aires y doctor en Ciencia Política por la Universidad de Mainz, Alemania nos ilustra en este tema exponiendo que las preguntas que surgen del análisis del mismo se deben distinguir en 5 estadios distintos, todos en el marco de la pregunta si determinada conducta es correcta o no lo es.

El primero de ellos es el ordenamiento jurídico y la normatividad que existe respecto de prácticas profesionales, en este caso la práctica profesional de la medicina. Así como en su tiempo se comentó, el derecho establece deberes jurídicos y la sanción que emana derivada del incumplimiento de dicho deber. La respuesta en este momento sería descriptiva y puede ser otorgada por el ordenamiento jurídico vigente. Así, la norma jurídica nos comunica que determinada conducta es permitida o prohibida.

³¹ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *op. cit.*, nota 25, p. 190.

De manera similar se encuentran los códigos de ética de las profesiones, cuya respuesta también será solamente descriptiva, aunque aquí la sanción es menos estricta que la dispuesta en la norma jurídica.

Otro nivel de interpretación es el puramente normativo, en el que la respuesta no se encuentra en la norma jurídica. El primero de ellos es la concepción moralmente pura; Esto es, que si como personas con moral deberíamos calificar de incorrecto o reprochar determinada conducta, o permitirla. Dichas preguntas gozan de una independencia total respecto a cualquier norma jurídica.

Un segundo nivel es más ecléctico, pues la respuesta está ya inmersa también en la institución del derecho. Aquí la pregunta puede confundirse o interpretarse con un problema de derecho, cosa que no es así ya que la discusión sigue siendo en el plano moral; La pregunta ahora es si debe o no permitirse o prohibirse jurídicamente una determinada conducta o en palabras del Dr. Rivera López “Nuestra pregunta se refiere ahora a la corrección moral de las normas jurídicas”³².

Por último se encuentra la cuestión ético-profesional en el que se debe preguntar si es moralmente correcto permitir o prohibir profesionalmente realizar determinada conducta.

El Citado Doctor también nos explica que es posible la argumentación en el plano moral, la dificultad está en el concepto mismo pues es muy sencillo vincular los juicios morales con raíces religiosas, familiares o tradicionales (culturales). Pero como todo, ninguna argumentación es definitiva.

³² Rivera López, Eduardo. *Simposio aspectos éticos y legales de las técnicas de reproducción asistida y las diferentes alternativas terapéuticas*, Versión Escrita, Sociedad Argentina de Andrología, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Buenos Aires, Argentina, 29 y 30 de abril de 2011. p. 8. Disponible en: http://www.redlara.com/PDF_RED/Aspectos%20bio%C3%A9ticos%20publicaci%C3%B3n.pdf consultado el 25 de mayo de 2012.

Llevando esto al plano que se mencionaba de las normas jurídicas, es muy importante para la argumentación el elemento público, es decir el pluralismo, el Doctor menciona que “cuando yo discuto públicamente la cuestión ético-jurídica de si alguna de esas conductas debería ser jurídicamente prohibida, debo tener en cuenta el hecho del pluralismo. Debo entender que mi concepción del bien no es la única, sino que existen otras diferentes e incompatibles con la mía. Además, muchas de esas concepciones diferentes de la mía son razonables, es decir, pueden ser defendidas con razones públicas atendibles.”³³

Con todos estos elementos, se debe realizar un debate objetivo y dentro del plano ético-jurídico buscando puntos de cohesión, tomando en cuenta que toda norma jurídica lleva siempre una carga moral que debe ser siempre tomada en cuenta, pero sobre todo tener en consideración aquellos puntos de cohesión en atención al pluralismo o como bien afirma Aníbal Guzmán “En el campo jurídico, las soluciones conllevan una gran carga moral que no se puede desvincular del derecho”³⁴

II.I.III.- Religión.

Siguiendo con la intención de poner en la mesa la posición de diversas instituciones que conforman el conglomerado social de nuestro país, es de suma importancia tomar en cuenta las influencias ideológicas, políticas, culturales y desde luego las que se basan en la religión, que es hoy en día una directriz y una institución que ejerce un poder moral inconmensurable sobre la mayor parte de la población, siendo la religión católica la más practicada en este país.

Los principios y normas axiológicas rectoras de la Iglesia católica siempre han sido rígidos y contundentes, buscando en gran medida la preservación, difusión y ejercicio de los mismos dentro de todos sus adeptos. Respecto al tema en

³³ Ibidem, p. 9.

³⁴ Guzmán Ávalos, Aníbal. *op. cit.* Nota 20, p. 66.

cuestión la reacción de la iglesia católica no se ha hecho esperar, exponiendo sus criterios y juicios de valor sobre todo de carácter moral, considerando todo tipo de método de reproducción asistida como inmoral; su única tolerancia existe en ciertos métodos que ayuden o faciliten la fecundación de manera natural.

Respecto a la inseminación artificial en su modalidad heteróloga, el papa Pío XII, ante el cuarto congreso Internacional de médicos católicos del 29 de septiembre de 1949, en la sesión de clausura sentenció que la fecundación artificial, producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse sin apelación.³⁵

El argumento se sustenta en uno de sus sacramentos que es el matrimonio y que es considerado como el único génesis de la familia, sobrando la afirmación de que cualquier acto, de la naturaleza que sea, tendiente a procrear seres humanos fuera de éste se debe rechazar, inclusive la maternidad soltera o cualquier otra especie de familia uniparental.

Dicho matrimonio exige el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro y se menciona que el recurso a los gametos de otra persona constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos.³⁶

Por otro lado, la iglesia pone en la mesa la situación del cónyuge de la mujer que decide utilizar la inseminación artificial derivada de la infertilidad de éste, haciendo énfasis en que podría darse el caso en el cual el marido llegase a ver en el niño una prueba permanente de su infertilidad.

Uno de los argumentos que se consideran más fuertes respecto a la posición de la iglesia católica el cual sigue siendo en relación a que se desvirtúa la naturaleza del acto conyugal destinado a la fecundación y es que se supedita a la competencia y

³⁵ Véase, *ibidem*. p. 46.

³⁶ *Ibidem*, p. 51.

pericia técnica de terceros (médicos), confiando la vida e instaurando un dominio de la técnica médica sobre el origen y el destino del ser humano.

En virtud de lo anterior, se puede resumir la posición de esta poderosa institución como un rechazo general a los avances científicos, particularmente los que sean tendientes a la procreación humana, en virtud de que los pilares que ellos establecen como rectores del matrimonio son unitivo y procreativo y que para la iglesia católica el modo de transmitir la vida es el acto sexual realizado por dos personas de sexo diverso en un contexto de amor, de lo contrario se separan artificialmente los dos significados.³⁷

Hablando en particular del rechazo a los avances científicos en general, existen también argumentos que pueden reforzar o desacreditar, en su caso, los expuestos por la iglesia. El rechazo a los avances científicos resulta ser un poco circunstancial ya que si fuera tan radical, todo procedimiento médico como cirugías, trasplantes o la ingesta de medicamentos y antibióticos deberían también rechazarse; Se considera que dentro de los seres humanos existe el constante intento por mejorar lo dictado por la naturaleza y la calidad de vida e incluso, la medicina es la prueba tangente de dicha situación; El debate se centra en el campo de la moral y de los principios que rigen la iglesia ya que prácticamente obliga a sus fieles a vivir con la carga de su infertilidad, en palabras de Aníbal Guzmán Ávalos: “La moral que la iglesia trata de imponer a los avances de la ciencia se basa en una tradición y validez que no son acordes con los cambios dinámicos que vive hoy la sociedad. No se puede condenar en forma inmediata los nuevos progresos técnicos y culturales porque pongan en crisis las valoraciones éticas de la Iglesia.”³⁸

Otro de los argumentos es el comentado acto de disociación o colapso de los dos pilares del matrimonio, el procreativo y el unitivo. Al respecto se puede comentar que cuando una pareja desea y decide procrearse, se considera como un hecho

³⁷ Ibidem, p.56.

³⁸ Ibidem, p. 63.

de amor puro y si llegasen a existir barreras biológicas, la intención y deseo de superarlas constituye un elemento unitivo más fuerte y aún más el deseo procreativo se ve acentuado de manera significativa en relación a parejas que no cuentan con dichas barreras; En este orden de ideas, el argumento de que algunos hombres infértiles pudieran ver en el niño una prueba permanente de su infertilidad, en el caso de procedimientos heterólogos, no es definitivo e inclusive es más común que se actualice la situación inversa ya que, reiterando lo anterior, el deseo de procreación pasa a un nivel más allá de problemas psicológicos de esa índole, ya que “Cuando se consigue la procreación de un amor biológicamente infecundo, parece ser que los problemas éticos pasan a ser secundarios”³⁹

CAPÍTULO III: Análisis y Crítica al Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada Para el Distrito Federal.

III.I.- Comentarios Al Proyecto.

Como un antecedente respecto a los intentos legislativos del país, “Interesa destacar al respecto, que ya desde 1991 existe en nuestro país, un importante trabajo legislativo realizado por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, en el anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León”⁴⁰. Proyecto que nunca vio la luz a la vida jurídica ya que en ese entonces los legisladores lo consideraban demasiado revolucionario.

En el Distrito Federal, se ha intentado legislar al respecto de este tema. La diputada Maricela Contreras Julián, integrante de la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, presentó el 26 de noviembre de 2009 un proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

³⁹ Ibidem, p. 60.

⁴⁰ López Faugier, Irene, *op. cit.*, nota 11.

Dicho proyecto está compuesto por cuatro títulos, siete capítulos, treinta y tres artículos y cinco transitorios.

El primer título se refiere al objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y en caso de controversia o de aplicación supletoria, se establece que serán los tribunales y las normas que rigen el Derecho Civil en el Distrito Federal las que serán aplicables, si existiera duda.

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

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

En el Título Cuarto se establecen las nulidades que pueden afectar o viciar la voluntad de las partes.

III.II.- Problemáticas que presenta el proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal.

Dentro del cuerpo del proyecto de ley, existen múltiples errores que trascienden no sólo en el ámbito gramatical sino desde la perspectiva de la técnica jurídica. Estos no expresan fielmente la intención del legislador y causan confusión tanto al lector ocasional como al ojo de jurista debidamente entrenado.

Primero que nada, el título de la ley utiliza el término “subrogación” dicho verbo conjugado en infinitivo lo define el Diccionario de la Real Academia Española como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”⁴¹.

Dicho término, que es utilizado en el lenguaje jurídico, en palabras del Dr. Julián Güitron Fuentevilla “es una expresión del derecho de las obligaciones; es decir, del Civil, se da cuando se sustituye en un crédito a un acreedor o a un deudor, según sean las circunstancias de ésta; inclusive existe la subrogación real y personal, siempre referida a cuestiones de dinero, de bienes, de derechos subjetivos para exigir el cumplimiento de una prestación o el deber jurídico de otorgarla”⁴².

En este orden de ideas, se considera que la acepción que se quiere otorgar es la sustitución, palabra que se presenta más adecuada al caso particular.

Como segundo punto habrá que destacar lo dispuesto en su primer artículo que a la letra dice:

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

La Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.”

Como se observa se establece una restricción tajante, ya que se limita su uso a matrimonios o concubinatos heterosexuales. Esto sin duda alguna debe considerarse como un problema, pues una disposición tan restrictiva no sólo es

⁴¹ Real Academia Española, *op. cit.*, nota 2.

⁴² Güitron Fuentevilla, Julián. (2011, 23 de enero). ¿Gestación o maternidad subrogada? *El sol de México en línea*. Obtenido el 6 de marzo de 2012 en <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1936223.htm>

incoherente con el ordenamiento jurídico vigente en el Distrito Federal, sino que podría incluso catalogarse como discriminatoria, al efecto se cita el artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

“Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.”

Como se puede observar, en el segundo artículo la ley reitera la restricción mencionada disponiendo:

“Artículo 2º. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer.”

En él se hace alusión a que se trata de una práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. Al efecto el Maestro Flavio Galván Rivera nos indica que, en referencia a la garantía individual consagrada en el artículo cuarto constitucional, “La misma garantía constitucional tienen tanto hombres como mujeres, independientemente de su estado civil y del tipo de método utilizado para la fecundación, ya sea, la relación sexual o los provenientes de los avances de la ciencia.”⁴³

También es de notar que al hablar de matrimonio, también se excluye a personas solteras, ya sea hombre o mujer, circunstancia contradictoria en el sentido de la figura de la adopción que si permite la misma en personas solteras. En palabras de Aníbal Guzmán Ávalos: “Parecería contradictorio que si se acepta que una mujer o un hombre solteros puedan adoptar y estar en condiciones de educar y

⁴³ Galván Rivera, Flavio, *La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil*, Revista Jurídica de Posgrado, México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, publicación trimestral, Año 1, No. 2, Abril-Junio de 1995, p.83.

mantener dignamente a su hijo, proporcionándoles un ambiente de bienestar, no lo puedan lograr por medio de la procreación asistida.”⁴⁴

Otro punto a considerar es que se realizará sin fines de lucro para los sujetos que intervienen en este proceso, situación que resulta demasiado compleja pues en la praxis se considera categóricamente imposible que no se necesiten realizar erogaciones, por diversos conceptos como son gastos de alimentación de la mujer gestante, chequeos médicos constantes y por supuesto gastos de parto y post-parto.

En este orden de ideas, se encuentra una zona oscura de derecho ya que si se dispone que se realizará sin lucro, cabe la pregunta ¿Bajo qué concepto se realizan estas erogaciones? El artículo 17 de la ley considera la necesidad de asegurar el bienestar integral de la mujer gestante, entendiéndose por este aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en términos del Código Civil. En su artículo 308, fracción primera se dispone que los alimentos, entre otros comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.

Se realizamos una interpretación gramatical de la palabra “lucro” se refiere a una ganancia o provecho que se saca de algo, si bien podría argumentarse que los gastos que deben hacerse con respecto del procedimiento no son una ganancia propiamente para ninguno de los sujetos presentes, sino tal vez gastos de administración, en sentido estricto de temporalidad podría debatirse si durante el proceso la mujer gestante obtiene ciertos beneficios que no tenía antes, pues aterrizando el concepto y ampliando su acepción al mundo jurídico también constituye un ánimo de incrementar el patrimonio, lo que podría constituir un elemento del lucro.

⁴⁴ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 19. p. 148.

Con respecto a estos puntos se considera necesaria la anterior precisión, ya que es de vital importancia pues en atención al artículo 327 de la Ley General de Salud, se estaría o no frente a un hecho ilícito. Al efecto, se cita el mencionado artículo:

“Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.”

El comercio como finalidad primordial es la especulación mercantil, es decir, como un primer momento el intercambio de bienes, productos o servicios y el segundo el lucro, así pues, debe entenderse este concepto dentro de su naturaleza jurídica mercantil, no así la donación, que es un contrato regulado por el derecho civil y cuya naturaleza es evidentemente sin ánimos de lucro y la gratuidad es uno de sus elementos. Para esclarecer el punto de lo que jurídicamente es comercio, el Dr. Ernesto Gutiérrez y González dice que “la comerciabilidad resulta ser entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírseles ni su naturaleza ni la ley.”⁴⁵

Otro punto a considerar es que existe una excepción y es que la donación de estos se permitirá con fines de trasplantes. Aterrizando todos estos puntos al caso concreto, sucede que podría existir el caso en que la maternidad subrogada no se encuentre dentro de ninguno de estos supuestos.

Si bien las células sexuales que se unen para generar un embrión, son precisamente células, las cuales entran en el régimen de excepción para poderse donar o mejor dicho, efectuar la dación, la situación compleja para la maternidad subrogada es que si se debe o no considerar un trasplante, ya que éste debe

⁴⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 16a. Ed., México, Porrúa, 2007. P. 246.

entenderse como la incorporación de un órgano o una parte del cuerpo humano, que se transfiere a otro para que de manera permanente realice la función que para el efecto se requiere, situación que no se actualiza en virtud de que el embrión es un “huésped” dentro del cuerpo de la mujer.

El artículo tercero en su fracción quinta, nos da la interpretación contextual del término “Implantación de Mórula” y también existe dentro de esta fracción, una limitante que es respecto a la variante homóloga.

Dicho artículo y la citada fracción establecen:

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

- V. Implantación de mórula: implantación de mórula o huevo humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET aplicada en su variante homóloga;”

Si se restringe el procedimiento solamente a esta variante, sería evidente que si se quisiera (y efectivamente eso intenta la ley) tomar esta ley como una solución a la infertilidad o como otra opción para ejercer derechos reproductivos, se considera un argumento incongruente ya que la variante homóloga, como se mencionó anteriormente, se realiza con la carga genética de la pareja, pero podría suceder el caso en que el varón fuese infértil, o incluso ambos miembros de la pareja lo fuesen y si optaran por acudir a bancos de semen o que la mujer gestante otorgase su óvulo, da por resultado que no se trata de la variante homóloga que la ley, absurdamente, restringe para su uso.

Así, en palabras más lisas, la maternidad subrogada como se da a entender en la ley, es un método que sólo puede ser utilizado por parejas fértiles heterosexuales unidas en matrimonio o en concubinato.

En la fracción novena del mismo artículo, se intenta dejar clara la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, sin mucho éxito.

Esta fracción menciona que mujer gestante es la que, a título gratuito, se “compromete” mediante un “instrumento jurídico” a llevar a cabo la gestación y que dicha obligación concluye con el nacimiento.

Como se puede observar, se genera confusión al no definir concretamente la naturaleza jurídica del procedimiento médico de maternidad subrogada.

El Dr. Ernesto Gutiérrez y González, de manera muy acertada al explicar la función jurídica del contrato, (pues es la apariencia que da la ley aunque expresamente no se catalogue como tal) aclara que “siempre que se den sus elementos, se producirán los efectos de un acto de este tipo, aunque esa especie del acto no estuviera expresamente regulada por la ley.”⁴⁶

El Diccionario de la Real Academia Española define el verbo “comprometer”⁴⁷ como “contraer un compromiso” y a su vez, define “compromiso”⁴⁸ como “obligación contraída”.

En este sentido, se hace evidente que surge a la vida jurídica una obligación, pero no se sabe a ciencia cierta cual es la fuente de la misma, ya que se consagra en la ley que será mediante un “instrumento jurídico” sin darnos certeza de que instrumento se trata, al respecto, en la fracción décimo quinta se menciona que dicho instrumento será suscrito ante notario y que en él se establecerá el acuerdo de voluntades a título gratuito. Aquí, habrá que notar otra inconsistencia en el tema que trata el artículo uno; Se mencionó que se restringía a matrimonios o concubinatos heterosexuales, sin embargo en esta fracción se hace mención a

⁴⁶ Idem, p. 166.

⁴⁷ Real Academia Española, *op. cit.*, nota 1.

⁴⁸ Idem.

que el beneficio que se consigne en el instrumento será para dos personas, sin hacer mayor distinción de su sexualidad.

Posteriormente en el artículo 4, se menciona que la ley se aplicará en instituciones de salud pública o privada que cuenten con certificación de autoridad competente para realizar implantación de mórulas humanas, situación que se considera poco clara ya que no se menciona cuál es esa autoridad.

En el artículo 6 se establece la obligación del personal de salud que realice el procedimiento, a informar ampliamente las consecuencias médicas y legales del mismo. Si consideramos que el procedimiento es realizado por médicos, desde luego son ellos los calificados para informar las consecuencias médicas, pero respecto a las consecuencias legales, estas deberían estar plenamente discernidas desde el momento en que se suscriba el instrumento ante notario, profesional del derecho que tendrá que explicar y hacer del conocimiento de las partes todas las consecuencias y alcances legales; Así, se podría cuestionar si los médicos están calificados plenamente para informar las consecuencias legales del procedimiento.

La ley en su artículo 11 último párrafo concede facultades al médico que deberán ser cuestionadas, es decir, se dispone que ante él la mujer gestante deberá manifestar bajo protesta de decir verdad, entre otros, que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en la implantación de mórulas humanas y que la intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro. Al realizar una lectura detenida de este último párrafo y de los artículos 8 y 15, se puede evidenciar que se extralimita la función del médico respecto a sus obligaciones, es decir, se le obliga a solicitar documentos, situación coherente y completamente válida para cerciorarse de que la identidad de los que comparecen ante él es la misma que la de los que suscribieron el instrumento; Caso distinto a que éste pueda acreditar requisitos legales y de forma del mismo como lo es propiamente la toma de una protesta de decir verdad. Al respecto existe una contradicción en cuanto al valor

probatorio y la certeza jurídica que deriva de, por un lado la protesta de decir verdad y por otro el documento público que expide el notario y más aún, el registro público que este último está obligado a consultar para la formación del instrumento.

El artículo 14 fracción cuarta, establece las formalidades que debe otorgar la mujer gestante para dejar manifiesto el deber jurídico de concluir la relación respecto del menor y los padres subrogados con el nacimiento. Lo anterior debe interpretarse en el sentido que la ley busca borrar todo rastro o evidencia de cualquier nexo que pudiera generarse, jurídicamente, con la mujer gestante.

En este tema, Adriana Hernández Ramírez comenta que “Se debe procurar el bienestar de la madre portadora; al respecto, se entablan varias controversias, pues es criticado que ésta deba renunciar a todos los derechos que pueda tener sobre el concebido para cederlos a la pareja que la contrató.”⁴⁹

Por su parte el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, criticó duramente esta figura que el denomino madre incubadora y que en sus palabras, se hace “Una grave crítica a la madre incubadora, por admitir esa relación absolutamente animal, carente de emoción o afecto alguno, incubar el producto, y después desprenderse de él, entregándolo como si fuera una cosa, y no el producto de su óvulo y de su paciencia materna durante el embarazo.”⁵⁰

La controversia respecto de esto no se hace esperar pues, desde el punto de vista médico, esto resultaría imposible, respecto a este tema la Dra. Antonia Cervantes Barrios, en el foro de discusión que se llevó a cabo en febrero de 2010 en la asamblea Legislativa del D.F. Puso en la mesa diversos hechos que nos abren una nueva gama de situaciones a considerar.

⁴⁹ Hernández Ramírez, Adriana, *op.cit.*, Nota 12. p. 2.

⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *op.cit.*, Nota 45. p. 586.

Uno de ellos es precisamente qué sucede dentro del cuerpo de las mujeres durante el embarazo, pues la ley no contempla la necesidad evidente de un tratamiento o ayuda psicológica post-parto, en referencia a este tema la Dra. Antonia Cervantes Barrios, explica que “desde el inicio del embarazo, se establece un diálogo molecular, celular, entre la madre y el hijo”⁵¹ y que a nivel cerebral, la futura madre o mujer gestante, comienza a desarrollar cambios, esto es “algo que se conoce como factores del embarazo, este factor es el que nos va a dar realmente el vínculo natural entre el apego de la madre y del hijo”⁵²

Así, “Tenemos entonces que lo que produce un vínculo biológico durante la gestación ese(sic) un intenso proceso neurobiológico que va a configurar algo que se llama un cerebro materno. Este cerebro que nos va a cambiar la estructura y la actitud, sobre todo frente al feto o al producto, al hijo, y que nos va a llevar a una situación muy especial y que esto a veces nos lleva a un síndrome post-estrés, después de que hemos tenido algún problema, esta situación nos puede generar un recuerdo y generar una situación de angustia y de estrés que va repercutir directamente a nivel conducta.”⁵³

Otra de las inconsistencias que se encuentran dentro del cuerpo de la ley es que se hace referencia a menor, embrión y feto de manera indistinta, situación que puede causar confusión ya que son conceptos totalmente distintos y se están tomando como sinónimos.

Por su parte el artículo 16, en su fracción cuarta reconoce el derecho que tiene la mujer a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décimo segunda semana de gestación, en atención a lo dispuesto por el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, excluyéndola de responsabilidad civil.

⁵¹ Cervantes Barrios, Antonia. *Foro Maternidad Subrogada en el Distrito Federal*. Estenografía Parlamentaria, Comisión de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V legislatura, 2010. Disponible en: www.aldf.gob.mx/archivo-81cca4c33f9bee357f6b551fa39cece0.pdf consultado el 20 de marzo de 2010.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

Este punto es interesante ya que en teoría, si se llegase a ejercer este derecho también se podría actualizar un incumplimiento por parte de la mujer gestante cuya consecuencia no está del todo clara, ya que sólo se menciona que no existiría responsabilidad civil.

III.II.I.- Derechos Humanos.

En el cuerpo de la ley y dentro de la presente investigación, se habla sobre ciertos derechos humanos que, en su calidad, deben ser considerados como una universalidad, una prerrogativa con la que deben contar todos los seres humanos, por su sola calidad de estos.

En específico, los derechos sexuales reproductivos han sido discutidos ampliamente en el ámbito del derecho internacional y respecto de este se encuentran consagrados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Conferencia de El Cairo), en el capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva. Y que en sus primeros párrafos dispone:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos.

La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin

sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable.”⁵⁴

Dentro del estudio del derecho se debe saber que el análisis de estos instrumentos es de suma importancia ya que, si bien uno de los fines de los derechos humanos y del derecho internacional es lograr una homologación de derechos fundamentales para todos los seres humanos, en la praxis es una situación más que compleja. Se debe analizar en el sentido de que se deberían establecer claramente los alcances de estos derechos pues surge la cuestión que si una norma jurídica puede suplir deficiencias biológicas.

Ejemplo de lo anterior es lo flexible que es la normatividad, por lo menos en el Distrito Federal respecto a estos temas. Surgen a la luz situaciones complejas derivadas también, en su gran mayoría, de presiones políticas como lo fue la adición del artículo 135 bis al Código Civil del Distrito Federal del año 2008, en donde, entre otras, se concedió la posibilidad de solicitar una re-expedición de acta de nacimiento derivada de una situación psico-emocional que se denominó reasignación para la concordancia sexo-genérica.

Se hizo evidente que una situación de hecho (pues biológicamente no puede haber duda del sexo de un individuo determinado) trascendió al ámbito jurídico y se logró el reconocimiento de estos, otorgándoles la posibilidad de que su situación psico-emocional estuviera acorde o en armonía con su situación jurídica.

Escenario similar fue la reciente reforma que permite el matrimonio entre parejas homosexuales, pues una situación emocional de facto se reconoció y se concedió

⁵⁴ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994. Disponible en: http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/1%20Declaraciones/9.pdf. Consultado el 18 de abril de 2012.

la posibilidad de acceder a la figura del matrimonio para así lograr también generar las consecuencias patrimoniales y familiares que derivan de la misma.

Con todos estos elementos en la mesa, se puede entonces discutir si el multicitado derecho humano a la reproducción es tal o podría considerarse una prerrogativa emocional.

Al igual que se conocen múltiples hechos jurídicos que dan origen a normas de derecho público vertidas dentro del caudal del derecho familiar, es interesante establecer si la infertilidad, como un hecho de la naturaleza genera o no consecuencias de derecho.

Si bien se conoce el derecho a la salud, o el controversial derecho a la reproducción o el derecho a procrear, se considera de suma importancia analizar si dicho derecho no solamente es teleológico, porque incluso existen académicos que, de manera muy acertada, prevén que de seguir en este caudal de evolución de derechos humanos, en el caso concreto se estaría “cosificando” a los hijos, es decir, se estarían considerando objetos de derecho, bienes útiles para la consecución de una errónea concepción que se tiene del controversial derecho a tener hijos.

Por un lado, Aníbal Guzmán Ávalos, argumenta que los métodos de reproducción asistida se tratan de una especie o derivación del derecho a la salud, al afirmar que: “La procreación asistida en sus diferentes facetas deriva de un derecho a la salud; ya que se estima como un remedio a la infertilidad de la pareja que requiere de una solución terapéutica; cuando otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito”⁵⁵

En este rubro, Claudia Morán de Vicenzi afirma por otro lado que “el desarrollo de una técnica que permita superar una limitación física no la convierte en objeto de

⁵⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 20, p. 130.

un derecho fundamental, más aun en este caso, en el que se pueden afectar los derechos de los nacidos”⁵⁶. Existe un debate sobre si el derecho a procrear constituye una extensión o expresión del derecho a la libertad personal respecto al número y espaciamento de sus hijos, garantía que otorga el segundo párrafo del artículo cuarto constitucional.

Conforme al mismo argumento, la misma autora Morán de Vicenzi opina que “el derecho a procrear como expresión de la libertad personal no se puede equiparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Es simplemente, el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendientes a la procreación.”⁵⁷

El argumento sobre el derecho a la procreación, presupone (o presuponía) la titularidad individual del derecho, pero que para su eficaz ejercicio, se requiere la concurrencia de otro individuo en igualdad de circunstancias con respecto a la calidad de la persona, es decir, que también sea titular del mismo derecho. Ejemplo de esto es la institución del matrimonio. Incluso se ha comentado que no existe propiamente el derecho a tener hijos, sino más bien como una evolución de derechos personalísimos, el derecho a ser padre o ser madre.

Bien puede debatirse ampliamente el tema, situación que no se desarrollará dentro de la presente investigación, sin embargo, se pone en la mesa ya que es necesario el análisis de todos estos fenómenos para comprender que el tema central exige amplios conocimientos y sobretodo conocer la extensión y que su regulación generará una expansión colateral de normas jurídicas.

⁵⁶ Morán de Vicenzi, Claudia. *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. P. 169.

⁵⁷ Idem.

Así, se puede comentar que no debe existir distinción en los centros de salud para la atención de las mujeres embarazadas y su futuro parto, independientemente del cómo o por medio de qué procedimiento se logró el embarazo.

Al respecto se concuerda con lo que Alma Arámbula Reyes comenta al respecto al derecho "relativo a la procreación, como lo establece la Constitución, es el de estar libre de interferencias en su decisión de procrear o gestar un hijo y no la garantía del Estado de asistidos(sic) para que lo obtengan."⁵⁸

III.II.II.- Filiación.

Como bien se sabe, la filiación es ese vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes.

El tema de la filiación dentro de los métodos de reproducción asistida en general, siempre ha generado controversias y el caso particular de la maternidad subrogada no es la excepción. Dentro del Derecho Civil vigente en el Distrito Federal, existen múltiples directrices y normas específicas en cuanto a la filiación en general, pero debido al constante y acelerado avance de los métodos de reproducción asistida, el dinamismo jurídico ha sido rebasado.

Estas controversias se centran de manera considerable en dos vertientes. La primera es en razón de qué se debe favorecer en este rubro, la voluntad de procreación de la pareja que solicita utilizar los métodos o los medios de prueba de filiación que existen hoy en día como derecho positivo vigente. Los hechos del parto y la sobrevalorada prueba del ADN en los juicios de filiación han vuelto a

⁵⁸ Arámbula Reyes, Alma. *Maternidad subrogada*. Centro de documentación, información y análisis, Dirección de Servicios de investigación y análisis, subdirección de política exterior, Cámara de Diputados LX legislatura, 2008. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. Consultado el 18 de abril de 2012.

nuestro sistema judicial familiar y en general al derecho procesal en México en “peritodependientes” dejando de lado la teoría de la prueba que *mutatis mutandis* debe considerar todos los elementos y tomarlos todos en cuenta como un conjunto, sin dar prioridad solamente a uno de ellos.

En el caso particular, el proyecto de ley en su artículo 19, dispone que el instrumento que se otorgará ante notario se notificará ante el Registro Civil y ante la Secretaría de Salud, para que se contemple desde la fecundación su filiación como hijo de la pareja que encargó a la mujer gestante llevar a cabo el embarazo; Esto es que desde que se suscribe y notifica a estas autoridades el instrumento, se está borrando todo rastro jurídico que pudiera llegar a tener la mujer gestante con el embrión y futuro menor. Es importante considerar también que a nivel Internacional se habla y se tutela siempre el interés superior del menor que no es otra cosa que tutelar sus derechos, uno de ellos es el respectivo a conocer su origen e identidad genéticos.

Si se tratase de la variante homóloga del procedimiento, no generaría mayor problema ya que los miembros de la pareja serían también biológicamente los padres. Situación distinta si la pareja optó por la variante heteróloga(imposible si el proyecto de ley para el Distrito Federal se publicase) y además acudieron con otorgantes anónimos. En este supuesto, si el menor deseara en un futuro conocer sus orígenes no se le puede entorpecer en el ejercicio de ese derecho, sin embargo hay dos puntos a considerar: El primero de ellos es que los centros de conservación e investigación de la fertilidad que utilizan gametos, hoy en día no cuentan con regulación específica y solamente se rigen mediante autoregulación.

En la mayoría de los casos se otorga a los dadores la certeza y la seguridad del anonimato, facilitando así que un número mayor de personas se acerquen a estos centros y realicen su aportación. Ello nos hace reflexionar si en atención al derecho que tiene el menor, estos centros deben o no conservar dicha información

y en su caso, mediante una resolución judicial, proporcionársela al menor que tenga a su favor dicha resolución.

El segundo punto es que dicho derecho al conocimiento de la identidad genética, si bien puede ser eficazmente ejercido por los menores, desde luego cumpliendo ciertos requisitos de edad y demás requerimientos de forma, es un derecho meramente declarativo pues en razón de los métodos de reproducción asistida la filiación está determinada por la voluntad de procreación de la pareja, superando así la prueba genética y la vinculación filiatoria que esta generaría en situaciones de procreación ordinaria; Así, el derecho de conocer la identidad no genera vínculo jurídico alguno entre el padre o madre genéticos y el ser humano que se originó por ese medio.

Una de las zonas que son poco claras en el proyecto y que no se consideran en el mismo es la muy probable circunstancia de que la mujer gestante esté unida en matrimonio, lo cual genera un choque con la presunción de paternidad que establece el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dispone:

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

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Con respecto a lo anterior, se excluye una parte fundamental para todos los casos y que es precisamente que sucede con el cónyuge de la mujer gestante, ya que en atención al artículo citado y a pesar de que la ley establezca la ficción jurídica de

la filiación desde la fecundación para los padres subrogados, es el Código Civil el que dispone que el cónyuge, en razón de su matrimonio, sería el padre.

Si llegase a publicarse la ley, desde luego y por un principio de jerarquía de normas, la ley especial deroga a la general y en este sentido en el caso concreto de la filiación, dicha presunción no se aplicaría pues existiría la excepción contenida en el citado artículo 19 de la ley. A efecto de esclarecer lo anterior se cita el artículo 19:

“Artículo 19. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.”

Como otro punto está el que, si llegase a publicarse la ley, se tendría que revalorar el hecho del parto, la presunción de paternidad mencionada en párrafos anteriores y desde luego los medios de prueba en juicio y tomar en cuenta el procedimiento de reproducción asistida a que se sometieron para dar origen al menor y la naturaleza jurídica del instrumento, situación que se analizará más adelante.

Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal contiene un capítulo para delitos contra la filiación y el estado civil, estableciendo un catálogo de conductas que constituyen diversos tipos penales, y que alguna de las consecuencias del procedimiento de maternidad subrogada podría encajar dentro de estos supuestos. Para aclarar lo anterior se cita el artículo 203 del citado Código que dispone:

“ARTÍCULO 203. Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

- I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda;
- II. Inscriba o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido;

- III. Omita presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación;
- IV. Declare falsamente el fallecimiento de una persona en el acta respectiva;
- V. Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda;
- VI. Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan;
- VII. Sustituya a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia; o
- VIII. Inscriba o haga registrar un divorcio o nulidad de matrimonio inexistentes o que aún no hubiesen sido declarados por sentencia que haya causado ejecutoria.

El Juez podrá prescindir de la sanción si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios, en el caso a que se refiere la fracción I de este artículo.”

Es importante hacer énfasis en la segunda fracción y que es propiamente un choque de leyes pues la ley de maternidad subrogada impone la obligación de notificar a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que desde la fecundación se establezca la filiación; Si bien podría discutirse que esto no constituye propiamente un registro (podría denominarse pre-registro), sí es acorde con la fracción segunda en relación a que el nacimiento no ha ocurrido.

Es importante también considerar que si bien el proyecto de ley, en atención a los tratados internacionales suscritos por México, deja a salvo el derecho del menor a conocer su identidad genética, es aquí el punto de controversia respecto de que, en la praxis se reduzca solamente al criterio de jueces el decidir qué derecho predomina, si el anonimato del donador de gametos (suponiendo que la pareja acudió a un centro de conservación de los mismos) o el ya multicitado interés superior del menor en todos sentidos.

Así como puede observarse, el procedimiento genera consecuencias en materia de filiación que constituyen puntos muy finos que deben ser considerados para que, de llegar a publicarse la ley, se realicen las adiciones, reformas y demás modificaciones al derecho vigente.

III.II.III.- La accesibilidad.

En este rubro se comenta acerca de la viabilidad o factibilidad preponderantemente económica que existe respecto al procedimiento de maternidad subrogada, punto que debe ser de importancia trascendental para la decisión de publicar o no la ley.

Primero que nada se debe preguntar si en el Distrito Federal existen todos los elementos para que dicho procedimiento se lleve a cabo de la manera en que se tiene intencionada. Se refiere, pues, a elementos técnicos, humanos y de infraestructura en general.

Si bien se comentaba que la ciencia médica ha dado pasos agigantados en cuestiones de genética y de fertilidad, estos avances, si es que se quieren llevar a la práctica (como debe ser toda finalidad de los descubrimientos científicos) para beneficio de la humanidad, deben contar con los medios necesarios para la misma ya que no basta el solo avance científico si no existe el medio adecuado para aplicarlo.

En la teoría, el procedimiento carece de barreras o trabas para utilizarse, pero se considera obligatorio hacer del conocimiento del lector que todo el procedimiento implica numerosos aspectos que la pareja que decida utilizarlos tendrá que tener en mente para conocer si se es apto o no para ello.

En primera instancia y como un panorama general se debe comprender que se trata de un procedimiento médico, que si bien el derecho a la salud debe ser tutelado y asegurado por el Estado, en momentos anteriores se ha discutido si el acceso a métodos de reproducción asistida consiste o se incluye dentro del derecho a la salud. El procedimiento desde que se decide su uso, implicaría del lado puramente económico:

1. Cubrir gastos por concepto de honorarios para el médico que realice los estudios y la determinación que exige la ley para que la madre subrogada acredite que padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.
2. Cubrir el arancel que al efecto expida el colegio de notarios del Distrito Federal para la suscripción y expedición del instrumento para maternidad subrogada, por concepto de honorarios que además se sumarán los derechos que se generen para la obtención de los documentos que el notario requiere para formar el instrumento, como son derechos de registro.
3. Gastos por concepto de honorarios para el médico que realizará la implantación.
4. La pareja que decida utilizar el procedimiento deberá cubrir los gastos propios para el cuidado y el desarrollo normal de la mujer embarazada, como lo es el concepto de alimentos, así como los chequeos médicos regulares y en general todo lo que la mujer gestante requiera para el sano desarrollo del producto.
5. Finalmente los gastos de parto y hospitalización, en su caso.

Existen algunos otros rubros que la ley no nos deja ver a simple vista, pero que de un análisis más profundo salen a la luz. Por ejemplo, si llegase a surgir alguna complicación post-parto, los padres subrogados deberían garantizar el bienestar de la mujer gestante incluso después del nacimiento, situación que la ley no comprende ya que se dispone que la obligación de ellos para con ella concluye con el nacimiento.

Como también se estudió en momentos anteriores, las consecuencias que genera un parto en una mujer son indubitables y en este orden de ideas se debería también prever una situación que es bastante común y que es el stress post-parto

o la depresión post-parto que requerirá para su eliminación de tratamientos psicológicos que desde luego también generan un costo adicional.

Dentro del cuerpo de la ley, en su artículo 18 establece que dentro del instrumento se podrá establecer un fideicomiso para garantizar el bienestar del menor, en caso de fallecimiento de los padres subrogados, circunstancia posible y que también es un gasto a considerar.

Así bien, el argumento que se intenta probar con lo anterior es que el procedimiento es sumamente costoso y esto, a pesar de que se pueda establecer que lo anterior solo sería aplicable a instituciones médicas privadas, es muy debatible si en el Distrito Federal se cuenta con el capital humano y económico para sufragar estos procedimientos para todos los que así deseen hacerlo, dentro de las instituciones de Salud Pública.

Se sostiene pues, que el procedimiento de maternidad subrogada, a pesar de que se expone como una solución para la infertilidad en la población del Distrito Federal, resulta falaz ya que, como se puede observar en párrafos anteriores, el mismo es sumamente costoso, restringiéndolo prácticamente para las personas con capacidades económicas holgadas.

Contra este argumento se encuentra el que se podría considerar la infertilidad como un problema de Salud Pública. Dichas áreas son prioritarias para todo gobierno, pero en particular la infertilidad podría o no serlo; Se considera que no debe (ni puede) considerarse prioritario en virtud de que existen en la enorme fila, problemas más graves de salud pública que deben atacarse y resolverse mucho antes de elevar ese nivel de seguridad social al grado en que, incluso problemas de infertilidad puedan ser resueltos mediante esta institución. Lo anterior sin realizar juicios de valor en ningún sentido, pues no se debe individualizar, cuánto vale o significa para una pareja el tener hijos, sino apelar siempre y analizar siempre en sentido social, en sentido amplio.

CAPÍTULO IV: Propuestas para mejorar el proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal.

En atención a todas las problemáticas que se evidenciaron en párrafos anteriores, con respecto al proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal, se considera siempre importante para toda investigación no solo exponer a la luz las fallas u omisiones del objeto de estudio, sino, como una muestra más de la naturaleza del ser humano, evolucionar. Ello es pues en la forma de propuestas concretas para que, de ser tomadas en cuenta, se pueda tener un conjunto de razonamientos y resultados homogéneos que puedan cubrir la mayor cantidad de vacíos y como consecuencia generar una mayor certeza y seguridad jurídicas con una legislación integral.

Primero que nada, interesa destacar que existen argumentos con respecto a la naturaleza jurídica del instrumento al que hace referencia el proyecto de ley, que se explican a continuación.

Dentro del cuerpo del proyecto de ley, se hace mención continua al instrumento para la maternidad subrogada y este mismo tratamiento deja, como se ha dicho, muchas dudas respecto de sus efectos jurídicos. También se debe evidenciar que aunque no se le trate como tal, tiene todos (o por lo menos los esenciales) los elementos para ser considerado como un contrato.

Se ha llegado a suponer que el legislador no tuvo el arrojo de darle el tratamiento de contrato por la gran cantidad de controversia jurídica que se genera al respecto, pero se considera una omisión grave, pues la teoría del contrato establece claramente que los elementos de existencia del mismo son:

1. Sujetos
2. Objeto

3. Consentimiento

Desde luego existen los sujetos que pretenden contratar, y el instrumento mismo es la forma bajo la cual debe obrar el consentimiento, el problema está en definir el objeto del contrato, pues es en virtud de éste que se puede considerar típico o atípico.

De un análisis de los contratos regulados por la legislación civil en nuestro país, se desprende que no podría considerarse, ni por analogía, dentro de ninguno de estos, así que se propone que sea considerado un contrato atípico; sumando a estos argumentos, para robustecer la idea de que debe ser considerado como contrato, dentro del texto del proyecto de ley se establece un título completo para hablar de nulidades del instrumento, e incluso se le concede a la mujer gestante la acción para demandar.

En este orden de ideas, se está hablando claramente de un contrato; sin embargo el objeto del contrato podría considerarse el útero de una mujer o más “grave” aún, un embrión humano. Esto si bien puede generar temor o reacciones negativas del lado bioético, dentro del campo del derecho se debe considerar como un régimen de excepción al tercer inciso del artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que para su validez el objeto de contrato debe estar dentro del comercio, circunstancia que no se actualiza en el contexto actual, pero que podría, como se menciona, establecerse un régimen de excepción con los debidos controles legales. Al respecto se cita el artículo en comento, que en su texto dispone:

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

Como se observa, la ley es clara e incluso hoy en día podría afirmarse que dicho contrato podría ser, inexistente por “ausencia” de objeto, o considerarlo inválido en

virtud de la nulidad absoluta⁵⁹ que opera en atención al artículo antes citado, y que desde luego es un argumento irrefutable; sin embargo, el artículo 748 del mismo ordenamiento dispone que las cosas están fuera del comercio ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley, en este sentido se hace notar el imperio que tiene la ley y que no se encuentra un argumento bajo el cual se pudiera negar esa excepción que se propone, amén de que desde luego el efecto colateral de esta es precisamente reformas a las leyes y códigos que se ven afectados y que son, de manera enunciativa: El Código Civil para el Distrito Federal, el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, la Ley del Notariado para el Distrito Federal, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entre otras.

Por otro lado, como ya se ha comentado en párrafos anteriores se considera desafortunado y poco acertado el término “subrogación” ya que aparenta ser la circunstancia que se quiere explicar respecto del procedimiento médico, sin embargo se considera y se propone utilizar el término “Maternidad Gestante por sustitución” como se ha denominado en algunos Estados de la República y que deja además mayor claridad tanto en el mundo médico como en el jurídico.

Respecto al proyecto de ley, se propone eliminar la fracción segunda del artículo diez, la cual obliga al médico tratante a certificar que el padre que contrata junto con su pareja, se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación. Como se ha argumentado anteriormente, se considera redundante solicitar dicha certificación ya que la convicción, como una forma de externar la voluntad, se encuentra ya vertida dentro del instrumento que previamente suscribió con el notario. Al efecto, si transcribe el artículo décimo en comento:

“Artículo 10. El médico tratante que realice la implantación de mórula humana o mórulas deberá certificar, que:

⁵⁹ Se ha establecido un criterio de la Suprema Corte que la diferencia entre nulidad absoluta e inexistencia del contrato es una mera discrepancia teórica.

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

En atención al artículo 27 del proyecto, se dispone que la Secretaría de Salud del Distrito Federal en coordinación con el Registro Civil llevarán un registro de los instrumentos de maternidad subrogada y los nacimientos que se efectúen mediante esta práctica; Al respecto se propone que lo anterior no se lleve a cabo pues se considera una política pública económicamente inviable y desde luego poco probable que la infraestructura actual pueda ser eficaz para llevarlo a cabo, por el contrario se considera una mejor opción, agregar campos a los certificados de nacimiento que ya se expiden hoy en día o en su caso agregar solamente un anexo con los datos que la ley pretende establecer. Dicho artículo a la letra dispone:

“**Artículo 27.** La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica.

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

El artículo 18 establece que se podrán establecer garantías en caso de fallecimiento de alguno de los padres, pero no menciona nada sobre el posible caso de que ambos padres fallecieran o que se separaran. En atención a esto se propone otorgar facultades a los jueces de lo familiar para que decidan sobre la patria potestad del menor, dándole prioridad a la mujer gestante. El citado artículo establece:

“**Artículo 18.** El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados.”

El artículo primero en su segundo párrafo, establece que la relación entre la pareja y la mujer gestante concluye con el nacimiento, se propone que dicha limitante sea suprimida pues se omitió considerar la posibilidad de que existan complicaciones post-parto para la mujer gestante que deberán ser cubiertas por la pareja, en este orden de ideas se propone también que se garanticen, de así requerirlo, los tratamientos psicológicos y médicos en favor de la mujer gestante. Dicho artículo se cita a continuación:

“**Artículo 1º.** La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada.

La Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, **cuya relación concluye con el nacimiento.**

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.”

Por otro lado, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 establece la presunción de paternidad y maternidad de los cónyuges, situación que se ve afectada por el proyecto de ley; en relación a lo anterior se propone establecer una excepción a esta presunción legal, en razón de la ley especial que regulará el procedimiento de maternidad subrogada, añadiendo un párrafo al citado artículo 324 para esclarecer que existe esa excepción determinada por la entrada en vigor de la mencionada ley.

Con respecto a la controversia comentada en relación a la comerciabilidad o no del objeto del contrato que se pretende establecer, se propone la adición del artículo 749 BIS al Código Civil para el Distrito Federal que establezca la excepción, bajo el imperio de la ley, que disponga la misma para el caso de contrato de maternidad subrogada en el Distrito Federal, haciendo la precisión de que la calidad de comercio no implica lucro y que más bien la intención de esta permisión sea que el contrato no pueda ser declarado inexistente o nulo absoluto.

Por último se debe hacer énfasis en que este procedimiento debe ser utilizado como un último recurso y con muchas restricciones, así, se propone que se debe realizar previamente un exhaustivo dictamen médico para determinar si la causa de la infertilidad de alguno o de ambos miembros de la pareja puede ser resuelta mediante medicamentos, tratamientos hormonales e incluso quirúrgicos o cualquier otro procedimiento que se encuentre disponible y que pueda dar cauce o solución para lograr la procreación de manera natural.

Respecto a esta situación, se está en desacuerdo con lo que afirma Aníbal Guzmán Ávalos al establecer que: “los medios de procreación asistida se concibieron con una finalidad terapéutica, es decir, para solucionar un problema de infertilidad de la pareja, sin embargo, actualmente se presentan como un verdadero derecho subjetivo que postula un medio de reproducción alternativo”⁶⁰

CAPÍTULO V: Legislación Nacional e Internacional sobre Maternidad Subrogada.

V.I.- Legislación Nacional.

En el presente capítulo se abordara la legislación vigente que se encuentra en nuestro país respecto de los métodos de reproducción asistida y como las distintas legislaturas de los estados que aquí se mencionan han decidido regular las

⁶⁰ *cfr.* Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 20, p. 132.

consecuencias de su uso, haciendo énfasis en que ninguna de estas legislaciones regula el procedimiento de maternidad subrogada en específico.

V.I.I.- Coahuila.

El Estado de Coahuila incluye en su Código Civil distintas disposiciones respecto de los métodos de reproducción asistida.

Existe una presunción de paternidad similar a la que tenemos en el Distrito Federal. En el artículo 434 del Código Civil del Estado de Coahuila se establecen las únicas pruebas que podrán admitirse para la impugnación de la paternidad que opera en virtud del matrimonio, exceptuando el caso de fecundación asistida.

Posteriormente se encuentra una sección completa para regular la filiación que resulta de la Fecundación Humana Asistida.

En su artículo 482, se obtiene la interpretación contextual de lo que debe entenderse por asistencia médica para la procreación, al efecto se cita el mencionado artículo:

“ARTÍCULO 482. Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural. “

Como puede observarse, la legislación de Coahuila reconoce la fecundación in vitro, la transferencia de embriones que es precisamente el paso siguiente de la fecundación in vitro, pues esta sería inútil para fines reproductivos sin su consecución natural que es aquella y finalmente la inseminación artificial.

Por su parte el siguiente artículo 483 en su primer párrafo, de manera similar al proyecto de ley para maternidad subrogada en el Distrito Federal, dispone una

limitación para el uso de cualquiera de las técnicas antes citadas y que es para aquellas personas que se encuentren unidas en matrimonio o concubinato; sin embargo el propio artículo establece otro requisito y que es precisamente que la pareja sea fértil y además exista alguna otra razón biológica por la cual no pudieron concebir, habiéndolo intentado cinco años atrás a la solicitud de ser destinatarios para utilizar los métodos de reproducción asistida. El texto del artículo dispone:

“ARTÍCULO 483. Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.”

Como se desprende también de la lectura del propio Código, el matrimonio homosexual es válido en esta entidad federativa, lo cual genera una enorme incoherencia con las limitantes que establece el citado artículo 483 pues por un lado permite que matrimonios o concubinatos en general puedan acceder, salvo que hayan intentado sin éxito engendrar por cinco años, circunstancia que es materialmente imposible en un matrimonio homosexual, en razón del dualismo de gametos que se necesitan para la misma y en el mismo sentido se deja sin precisión la forma de probar dicho computo de cinco años.

Posteriormente en su segundo párrafo, se permite la variante heteróloga solo para el caso de infertilidad médicamente diagnosticada y en su último párrafo se explica que se entiende por las variantes homóloga y heteróloga.

En el artículo 486 se dispone la forma en que debe obrar el consentimiento siendo que este debe constar en escritura pública y que la justificación de la necesidad de someterse al tratamiento debe ser realizada con la certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno de ellos deberá ser de la Secretaría de Salud del Estado de Coahuila.

A su vez el artículo 488 nos muestra un considerable avance en cuanto a la consideración y consecuencias de los métodos que se pueden utilizar hoy en día, disponiendo que para el caso de que el matrimonio se disuelva por muerte, divorcio o nulidad, la cónyuge no podrá ser inseminada por gametos del que fuera su cónyuge, salvo que existiese ya fecundado de manera extracorpórea un óvulo que posteriormente será un embrión, el cual podrá ser implantado en la viuda, mujer divorciada o aquella cuyo matrimonio se anuló. En este mismo caso si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el embrión fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido.

Por último, y más en específico del tema en cuestión, el artículo 491 prohíbe del todo el contrato de maternidad subrogada, estableciendo que es inexistente y que por tanto carente de todo efecto legal. Se dispone también que si un embrión fuese implantado en una mujer cuyo material genético no fue aportado por ésta, la maternidad se atribuirá a la mujer gestante y no a la que aportó el gameto.

V.I.II.- San Luis Potosí.

Por su parte el Estado de San Luis Potosí, tiene en su territorio dos legislaciones vigentes respecto al Derecho Familiar y Civil. Por un lado normas generales contenidas dentro de su Código Civil y tienen, además, para situaciones específicas un Código Familiar.

En primer lugar, el Código Civil, establece una prohibición para heredar derivada de una falta de personalidad, aquellos que no estén concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión, salvo una ficción que el propio artículo establece y es que para efectos del mismo, se tendrán por concebidos durante el matrimonio los embriones procreados por voluntad de la pareja con fines de reproducción asistida; Permitiendo así, su futura implantación en la viuda para así ser sujeto del derecho sucesorio que se menciona. El citado artículo, textualmente establece:

“ART. 1160.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte de la o el autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Familiar para el Estado.

Para los efectos de este artículo se consideran concebidos durante el matrimonio los embriones procreados por voluntad de la pareja con fines de reproducción asistida, estándose a lo dispuesto por el artículo 1474 de este Código.”

Como se observa, el artículo nos remite a uno posterior que es el 1474 y éste dispone diversas situaciones que son un poco complejas. Se habla de las precauciones que se deben tomar cuando la mujer posiblemente se encuentre embarazada a la muerte del marido. En este escenario, la mujer deberá dar aviso a la autoridad judicial que conozca de la sucesión dentro del término de 40 días para que se notifique a los interesados. Al efecto se cita dicho artículo:

“ART. 1474.- Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado embarazada, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan derecho a la herencia, o un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de existencia de embriones fecundados in vitro por voluntad de las o los cónyuges, y no gestados a la muerte del padre.

Se podrá implantar embriones con material genético del padre después de su muerte; sin embargo, no se le podrá atribuir la paternidad a éste de no hacerlo dentro del término a que se refiere al artículo 240 del Código Familiar para el Estado.”

Como se desprende de la lectura, en el caso de la fecundación in vitro, el segundo párrafo del citado artículo establece que si existiesen embriones fecundados por voluntad de los cónyuges en vida y que no han sido gestados, se podrán implantar en la viuda. Sin embargo no se podrá establecer la paternidad en favor del difunto cónyuge, a menos que dicha implantación se haga dentro del término de 14 días siguientes al fallecimiento del marido según establece el artículo 240 del Código Familiar del Estado que a la letra manda:

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

Dicho lo anterior, el Código Familiar para el Estado en su artículo 236 nos otorga la interpretación de los métodos de reproducción asistida, y dispone que se debe entender por reproducción humana asistida la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.

Posteriormente, el artículo 238 nos da un catálogo de técnicas de reproducción asistida que podrán ser las únicas que se permitirá utilizar en el Estado y que son, prácticamente la implantación de embriones fecundados, la fecundación in vitro y

una tercera denominada fertilización ICSI, la cual se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida. para efectos de claridad, se cita textualmente el artículo:

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

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

De manera similar a las legislaciones que se han estudiado, en su artículo 239 se establecen los sujetos que podrán ser destinatarios de las mencionadas técnicas y que son las personas unidas en matrimonio o concubinato y que derivado de infertilidad diagnosticada no hubieran podido engendrar. Del mismo modo la variante heteróloga se considera el último recurso permitido cuando, de la infertilidad diagnosticada, no exista algún otro medio para la reproducción. En este sentido, también se menciona que en el caso de la variante heteróloga, no existirá filiación alguna entre el que otorgó el material genético (tercero) y el hijo resultante de la utilización de dicha variante.

En específico y de la misma manera que en el caso del Estado de Coahuila, se establece que el procedimiento de maternidad subrogada es inexistente y por tanto no produce efecto legal alguno, estableciendo también que si se implantare un embrión en una mujer distinta de la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Con respecto a la filiación, el artículo 244 establece que con respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación con respecto a la madre resulta del solo

hecho del nacimiento, no así en el caso del padre ya que solo será en el caso de reconocimiento voluntario, declaración judicial o en el caso de métodos de reproducción asistida, que éste haya manifestado su consentimiento por escrito. En este orden de ideas, se imposibilita impugnar la filiación salvo en el caso de que el hijo concebido no fuera producto del método de reproducción asistida.

V.I.III.- Tabasco.

El Estado de Tabasco es el único dentro de toda la República Mexicana que permite la maternidad subrogada y desde luego los demás métodos de reproducción asistida.

Como un primer punto, el artículo 92 del Código Civil del Estado de Tabasco en su tercer párrafo establece que en las actas de nacimiento no se podrá hacer constar mención alguna que califique la filiación bajo ninguna circunstancia, incluyendo desde luego los que hubieran nacido a consecuencia del uso de los métodos de reproducción asistida, si llegase a existir la citada mención, se testará de oficio para que quede ilegible. El tercer párrafo de dicho artículo a la letra establece:

“...En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", " hijo natural", "hijo ilegítimo", " hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido ", "hijo de madre desconocida", o " habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial ", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles...”

Por su parte el mismo artículo pero en párrafos posteriores contiene de manera expresa las situaciones de presunción de la maternidad en los casos que el mismo señala pues existen en su legislación dos especies de maternidad subrogada. La primera es denominada maternidad gestante sustituta y que no es otra cosa que la mujer que sólo se contrata para llevar a cabo la gestación, sin aportar carga genética. La segunda es la maternidad subrogada y que es la que provee tanto de la carga genética como el útero para la gestación.

En el primero de los casos (maternidad gestante sustituta) el artículo dispone que la maternidad será presumida en favor la mujer contratante que presente al hijo o hija ya que dicha situación implica también su aceptación, entendiéndose mujer o “madre contratante” a aquella que conviene en utilizar los servicios de cualquiera de los dos casos mencionados.

Para el segundo caso (maternidad subrogada) el artículo nos remite a las reglas aplicables para el caso de la adopción plena, situación que ya se ha criticado por la consecuente renuncia de obligaciones de la madre que gesta el embrión.

En el último párrafo, se establece que si el hijo naciere por medio de una madre subrogada, si ésta fuera casada no se podrá asentar a nadie más como el padre que no sea el marido de ésta, salvo que el mismo desconozca al hijo y obtenga sentencia ejecutoriada que declare esa situación. Como se observa, en este caso se obliga al marido de la madre subrogada a promover un juicio para que no opere la paternidad, a pesar de que él hubiera estado de acuerdo. La última parte del citado artículo se cita a continuación:

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

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

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

El artículo 165 del mismo ordenamiento otorga tanto a los cónyuges como a los concubinos la posibilidad de utilizar cualquier método de reproducción asistida que convengan ambos para lograr su descendencia.

Por otro lado el artículo 324 establece la presunción de paternidad de los hijos de cónyuges, incluyendo los concebidos por el uso de métodos de reproducción asistida aquellos que nazcan después de 180 días contados a la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días de la disolución de éste.

Para la situación del desconocimiento de los hijos por parte del marido, en atención al artículo 327 no lo podrá hacer alegando adulterio incluso si la mujer declarase que no son hijos de él y tampoco podrá desconocer en el caso de métodos de reproducción asistida si se hizo constar en su momento de manera fehaciente su consentimiento en la utilización. Las únicas opciones con que si procedería sería que el nacimiento se le hubiera ocultado o que lograra probar que no tuvo relaciones sexuales con la mujer 10 meses antes del nacimiento.

Como se puede observar, las legislaciones nacionales con las que se cuenta no garantizan por completo ni comprenden en específico la maternidad subrogada, que si bien existen intentos por controlar o regular las situaciones generales, se deja en zona oscura muchas circunstancias que deben existir en un ordenamiento jurídico específico, así como se desconoce si dichas inclusiones o intentos por legislar al respecto se han llevado a cabo de manera integral con las consecuentes reformas, adiciones y modificaciones a las demás normas jurídicas que se ven afectadas de manera colateral ya sea directa o indirectamente con el

uso de los métodos de reproducción asistida y más en específico de la maternidad subrogada.

V.II.- Legislación Internacional.

En el presente capítulo se abordara la legislación vigente que se encuentra en diversos países respecto de los métodos de reproducción asistida y como las distintas legislaturas Internacionales que aquí se mencionan han decidido por un lado regular las consecuencias de su uso, por otro simplemente no las prohíben (atendiendo al principio de “lo que no está prohibido está permitido) y otras las prohíben del todo. Una situación que es interesante señalar es que existen legislaciones que se han encargado de legislar al respecto desde hace más de una década, enfatizando así la necesidad y el rezago que existe en nuestro país.

V.II.I.- Estados Unidos de América.

Uno de los Países que han sido bastante flexibles al respecto es Estados Unidos de América, en particular se hará referencia a dos de los estados que tienen mayor relevancia por la facilidad con la que se accede a la maternidad subrogada y lo común que es la migración a dichos estados de extranjeros y nacionales para así lograrlo de manera legal.

Los Estados Unidos de América, cuyo sistema jurídico es el anglosajón, también conocido como “Common Law”, se basa principalmente en el análisis de sentencias judiciales de situaciones en particular que desde luego crean antecedentes y van sentando las bases para que dichas interpretaciones, análisis y resultados sirvan como directriz vinculante y obligatoria para su futura aplicación.

V.II.I.I.- Florida.

El Estado de Florida ha sido ya históricamente icónico dentro de la cultura popular de los Estados Unidos de América. Su diversidad cultural, su economía, su clima y desde luego su estrecha relación con los hispanoparlantes, debido a la constante migración han dado pie también a un liberalismo o flexibilidad en el ámbito jurídico.

El Estado de Florida, en particular la ciudad de Miami se ha vuelto famosa y es foco hoy en día del centro de atención de muchas personas ya que, en atención a la flexibilidad de las leyes, es hoy en día el lugar más propicio para poder acceder a todos los métodos de reproducción asistida disponibles de manera legal y sin mayores complicaciones.

Respecto al tema que se trata, Florida cuenta con una de las leyes más progresistas, flexibles y protectoras en el caso de maternidad subrogada, donación de óvulos, protección al futuro bebé y a los futuros padres.

Dentro de la ley de Florida se reconocen dos tipos de maternidad subrogada, la primera que se denomina “Genética” o “Tradicional” la cual consiste en que la madre biológica y gestante son la misma mujer, es decir que la mujer o madre gestante, además de llevar a cabo el embarazo, aporta su material genético para la fecundación que generalmente se realiza mediante Inseminación Artificial.

La segunda es llamada “Subrogación Gestacional” y es prácticamente la versión homóloga de la que ya se ha hablado, donde la aportación genética es otorgada por la pareja, se genera un embrión mediante fecundación in vitro, y después se inserta en la mujer gestante que al final del embarazo entregará al bebé.

La sección de la ley que regula en específico la maternidad subrogada tradicional se encuentra en el Estatuto de la Florida 63.212 (1) (i) la cual describe y permite a una pareja solicitar los servicios de una mujer que gestará el embrión generado

por la mitad de la carga genética de la pareja, es decir del varón, ello mediante un acuerdo (convenio) firmado por escrito, donde la mujer gestante está de acuerdo en que desde el momento del nacimiento la pareja obtendrá la custodia del menor para posteriormente promover la adopción del mismo. El mencionado acuerdo que debe constar por escrito es necesario que exista antes del nacimiento y puede ser revocado durante un plazo de 7 días después del nacimiento.

El lucro que pudiese llegar a obtener o no la mujer en razón de la gestación está prohibido, sólo se obliga a la pareja contratante a realizar los gastos necesarios y razonables respecto de la alimentación, la vivienda, asesoría legal, tratamientos médicos y psicológicos o en su caso psiquiátricos que requiera la mujer gestante en lo directamente relacionado en los periodos prenatal, de parto y postparto.

Por su parte la sección que regula la otra modalidad llamada subrogación gestacional, es el Estatuto de la Florida 742.15 bajo el cual se establecen requisitos similares al Estatuto anterior y que básicamente se firma un acuerdo previo y por escrito donde se establecen las condiciones bajo las cuales operará la subrogación. La diferencia estriba en que en este caso, dicho acuerdo o convenio es revisado directamente por la corte del Estado para verificar que se apege al citado Estatuto y así autorizar la futura expedición de un certificado de nacimiento, evitando así el proceso para adopción que si se requiere en el primer caso.

En el mismo sentido que el anterior, la compensación o lucro está prohibido.

V.II.I.II.- California.

El segundo Estado que se estudiará es California, cuya historia es por demás interesante siendo hoy por hoy una de las ciudades con mayor crecimiento y estabilidad económica de todo el mundo. Siendo el estado con más población de todos los Estados Unidos de América es evidente que la diversidad de población que compone a este Estado ha dado como resultado una legislación flexible y

tolerante respecto de todo tipo de dinámicas sociales, en específico sobre métodos de reproducción asistida.

Al respecto existen 3 procedimientos cuyas sentencias o resoluciones lograron crear un fuerte y notorio precedente, marcando la primera legislación del Estado en relación a la maternidad subrogada.

El primero de ellos es el caso *Johnson vs Calvert* suscitado en 1993. La corte dictó su sentencia en el sentido de que la mujer que gesta un embrión por encargo de una pareja, no tiene derechos ni filiación alguna con el bebé, razonamiento por el cual también se decretó que los contratos de maternidad subrogada son legales y ejecutables en el Estado de California. En el mismo sentido la corte, robusteciendo el argumento, mencionó que existen dos maneras de probar la maternidad en el Estado de California de acuerdo al Código-Ley Familiar y que son el simple hecho del parto o pruebas de ADN. Cuando llegó a existir el caso en que dos mujeres pudieran probar que son la madre del bebé, en razón de la maternidad subrogada, se estableció que será considerada como la madre a aquella mujer que promovió y deseó que naciera un bebé y que lo criaría como suyo.

El segundo caso fue en 1994, llamado *re marriage of Moschetta* en el cual la corte se inclinó en un sentido distinto al caso previo, ya que en este se estableció que los contratos de maternidad subrogada no podían ser de ejecución forzosa, ni siquiera por medio de procedimiento judicial, y que sólo se estaría a lo establecido de manera específica en dicho contrato. En este caso particular se debate la filiación de la madre, ya que se trató de una maternidad subrogada tradicional donde la mujer gestante es también la biológica. El punto a considerar es que, en un principio, la pareja que contrató era precisamente eso: una pareja unida en matrimonio, situación que cambió justo antes del nacimiento del bebé ya que la pareja se separó y promovieron divorcio; en este sentido la controversia se sentó en la maternidad. La corte dictó su sentencia determinando que, en razón de que

en el contrato que se firmó, la madre de alquiler sólo se obligó a establecer y ceder la custodia individual en favor del marido que la contrató, no así de su esposa, para la cual sólo ofreció ayuda para una posible adopción. Así se determinó que los padres son el ex marido y la madre de alquiler, compartiendo la custodia, dejando a la ex esposa sin derecho alguno sobre el bebé.

Cuatro años más tarde, en 1998, se resolvió el caso llamado *re marriage of Buzzanca*, el cual presentó un nuevo problema ya que se trató de una maternidad subrogada compleja, es decir, participaron por un lado la pareja unida en matrimonio que solicita la maternidad subrogada a una mujer que desde luego accede y quien también es casada y dos donadores anónimos de gametos, presentando así la posibilidad de que seis personas distintas pudieran manifestar que tienen derechos sobre el futuro bebé.

La controversia, al igual que en los casos anteriores, sucedió cuando la pareja que solicitó la maternidad subrogada se divorció antes del nacimiento del bebé. El ex cónyuge pretendía renunciar a toda responsabilidad para con el bebé, argumentando que la madre sería la mujer que gestó el embrión y el padre, el cónyuge de ésta. Por su parte, la mujer gestante no reclamó la maternidad del bebé. De igual forma se argumentó en el juicio que a pesar de que existiera un contrato firmado de maternidad subrogada, la corte, si bien no podía hacerlo de ejecución forzosa, si podía realizar determinaciones legales respecto a lo contenido en dicho contrato.

Tomando como antecedente los dos casos mencionados, se estableció que los padres son aquella pareja que en su tiempo pretendió y solicitó de manera expresa la intervención de una madre subrogada. Así nuevamente se confirmó que, incluso a pesar de que no se tuvieran nexos genéticos, el sólo hecho de haber solicitado y expresado su voluntad en el sentido de requerir los servicios de una mujer y además de donadores anónimos de gametos, se tomaría como la

máxima para determinar que ellos, aun a pesar de estar divorciados, serán los padres del bebé.

Con todos estos casos como antecedentes, la legislación del Estado ha también evolucionado en tal sentido que incluso se ha determinado el caso de personas solteras e incluso de parejas homosexuales. En el primero de los casos, desde mucho tiempo atrás una mujer soltera podía acudir a un banco de semen y ser madre soltera, no así el caso de los hombres que necesariamente necesitan la intervención de una o dos mujeres, podría ser una mujer gestante sustituta utilizando la inseminación artificial o una mujer que otorgue su óvulo y otra mujer gestante sustituta; En cualquiera de los casos, era casi imposible que el hombre soltero fuere el padre del bebé sin compartir la filiación con alguna de las mujeres que participaron en el procedimiento, pues si eso fuera lo deseado se tendría que promover un juicio de desconocimiento o abandono por parte de la mujer gestante para así conceder la custodia solamente al padre.

El caso de *re marriage of Buzzanca* fue el que logró que dicha situación fuera superable al conceder a las cláusulas del contrato una potestad superior, teniéndose a ellas como la última expresión de la voluntad de las partes y si en ella la mujer gestante sustituta declaró que desconocía desde ese momento al producto como su hijo, la corte se debería inclinar en el sentido de conceder esto y así determinar la paternidad solamente al padre que deseó contratar y que la mujer gestante no es la madre; Sin embargo, si ésta última cambiara de idea y deseará ser la madre, nada podría hacer el padre para objetar dicho deseo.

Para el caso de parejas homosexuales sean hombres o mujeres, la corte ha decidido que se dé el mismo tratamiento, en igualdad de oportunidad que todos los demás, pues es un matrimonio totalmente válido en el Estado, asentando en el certificado de nacimiento a la pareja como los padres del bebé. Dicho certificado de nacimiento debe ir siempre acompañado de una sentencia de la corte donde se establezca quienes deben ser asentados como padres en el mencionado

certificado, de lo contrario se estará a lo dispuesto por la costumbre y las presunciones legales mencionadas; Es decir que la mujer gestante y su cónyuge, si fuera el caso, serán los únicos que podrán ser asentados en el certificado.

V.II.II.- España.

España siempre ha sido una ventana a la cual nuestro país gusta de mirar respecto de todo avance en la rama del Derecho pues dicha nación siempre se encuentra en constante estudio y ha sido de obligada consulta en doctrina y legislación de todos los países que compartimos el sistema jurídico Romano-Germánico, y no es la excepción en cuanto a los métodos de reproducción asistida.

Desde 1988 La nación Española legisló respecto de los métodos de reproducción asistida con su ley 35/1988 de 22 de noviembre del mismo año y que estuvo vigente hasta el 28 de mayo de 2006. Durante ese tiempo y como bien se conoce en la exposición de motivos de la mencionada ley, los avances médicos en esta rama han sido evidentes; métodos como la inseminación artificial con gametos del varón miembro de la pareja o de un donador se utilizan desde muchos años atrás, incluso en España el primer banco de semen existe desde 1978 y a la fecha han nacido ya más de 2000 niños utilizando dicho procedimiento.

La revolucionaria ley de 1988 fue de las primeras legislaciones en el mundo en regular los métodos de reproducción asistida; dicha ley reconocía como tales a la inseminación artificial, la fecundación in vitro y su consecuente transferencia de embrión.

La ley regula de manera eficaz sobre al ámbito de aplicación de dichos procedimientos, los supuestos bajo los cuales se podrán realizar, se regula también el tema de la donación u otorgamiento anónimo de gametos para su futura utilización tanto en investigación como para fines reproductivos, los sujetos

que participan de manera directa o indirecta así como los que se ven afectados por la utilización de cualquiera de estos métodos; asimismo se otorga a los centros públicos o privados que se dediquen a la investigación, tratamiento y realización de las técnicas, el carácter de centros o servicios sanitarios que se deberán regular por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad. Se dispone de un capítulo de sanciones e infracciones, y mediante un Real Decreto se establece la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida, de carácter permanente y tendrá como finalidad principal la orientación sobre la realización de los métodos de reproducción asistida así como la recopilación de información que vaya surgiendo de los resultados de la investigación y que además contará con amplias facultades para el control y análisis de todo lo relativo a la aplicación de la ley y de la realización de los métodos en la praxis.

En relación al tema de la maternidad subrogada, desde entonces la nación Española ha decidido negarle todo efecto jurídico a los contratos o cualquier otro negocio mediante el cual se pacte la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que posteriormente renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, ya que si de facto se realizara un procedimiento de esta naturaleza, la filiación materna será determinada solamente por el hecho del parto, dejando a salvo las acciones que pudiera ejercitar el padre biológico respecto a la filiación de este.

Posteriormente se hicieron modificaciones a esta ley después de varios años de su entrada en vigor y de su eficaz cumplimiento. El 21 de noviembre de 2003 se realizó una modificación a esta ley con la publicación de la modificación 45/2003. Dichas reformas se centraron prácticamente en la modificación de los artículos 4 y 11 de la ley y que se ve motivada por el perfeccionamiento de la técnica, en virtud de que antes se necesitaban múltiples embriones para asegurar el embarazo, dejando muchas veces embriones sin utilizar o por el contrario se generaban embarazos múltiples. Así, la reforma se enfoca en limitar el uso y el tiempo en que se puedan conservar gametos y desde luego los futuros embriones.

El notorio avance al respecto de estos rubros no fue suficiente para que la sociedad Española considerase la posibilidad de permitir la maternidad subrogada pues desde la ley de 1988 el artículo 10 no ha sufrido modificación alguna, prohibiendo desde entonces otorgar efectos jurídicos a los mencionados contratos de subrogación.

Tres años después se publica una nueva ley que recoge todos los antecedentes de las dos previas, derogándolas y dejando sólo en vigor la actual ley 14/2006 de 26 de mayo del mismo año.

Dicha ley tuvo importantes modificaciones, siendo la más importante la referente a la creación de un registro de actividad de los centros de reproducción asistida, cuyos reportes deberán ser anuales y prácticamente serán una auditoría y un control de calidad de cada centro para así contar con información veraz y suficiente para que la población pueda elegir la opción que deseen y que desde luego le otorgue mayor seguridad en todos los ámbitos.

Cabe señalar que a pesar de contar con sustanciosas reformas, el tema de la maternidad subrogada continuó sin ser autorizado o parcialmente autorizado hasta el 2010 mediante la publicación de directrices específicas, las cuales fueron hechas el 7 de octubre de 2010 en el Boletín Oficial del Estado número 243 Sección primera en la página 84805 y que se refiere al supuesto de que se requiera inscribir a un menor nacido en el extranjero derivado de un contrato de maternidad subrogada, situación que antes era denegada de pleno.

La posibilidad surge en la mencionada directriz, estableciendo que la inscripción procederá cuando a la solicitud se acompañe la resolución judicial dictada por Tribunal competente del país donde se contrató, donde se establezca la filiación del nacido. Dicha resolución judicial, deberá pasar por el procedimiento de

derecho internacional conocido como exequátur⁶¹, acompañando también a la solicitud el auto que da por concluido el mencionado procedimiento.

Existe una segunda posibilidad más sucinta y que es aquel caso en el que la resolución judicial haya derivado de un procedimiento equiparable a una jurisdicción voluntaria. Si así fuere, la inscripción no estará sometida al requisito del exequátur, bastando solamente su reconocimiento por vía incidental. Si no se acompañase ninguna resolución judicial, ya sea homologada por exequátur o una jurisdicción voluntaria asimilada vía incidental, la inscripción será denegada, dejando a salvo que el solicitante intente por vía de acción, la inscripción.

Finalmente se establecen los requisitos para la asimilación por vía incidental en los casos de un procedimiento similar a una Jurisdicción Voluntaria en España y que básicamente consiste en que la resolución se haya basado en pleno derecho del país que la emitió, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, que en todo momento prevaleció sobre todos los demás intereses el del menor y que la voluntad que externo la mujer gestante fue totalmente libre de vicios de la voluntad así como que la resolución ha quedado totalmente firme o agotados todos aquellos medios de impugnación posibles.

Tampoco serán admitidos como títulos aptos para solicitar la inscripción, cualquier certificación registral extranjera o la simple declaración médica de nacimiento en donde no conste la identidad de la mujer gestante.

⁶¹ Debe entenderse como aquel conjunto de reglas mediante las cuales un Estado (sujeto de Derecho Internacional) verifica si una sentencia que emana de un Tribunal de otro Estado reúne o no los requisitos para que se le reconozcan efectos jurídicos en su Estado o que se pueda homologar.

Conclusiones

La reproducción asistida en los seres humanos y los métodos para la realización de la misma, despiertan mucho interés y curiosidad para las personas que llegan a conocer de los beneficios que puede traerles la utilización de ellos.

Como bien se señaló en el curso de la presente investigación, se encontró un escenario en el cual no siempre se consideran todas las consecuencias de su uso, siendo el motivo de la investigación el evidenciar dichas consecuencias. Así pues, los resultados que arrojó la misma se vieron con mayor intensidad en los tres siguientes rubros:

- Jurídico
- Social
- Moral

En ese sentido y en relación al primer rubro, se advirtió que en efecto el Estado Mexicano se encuentra gravemente rezagado en cuanto a la regulación de métodos de reproducción asistida en general y en particular por lo que hace a la “Maternidad Subrogada”, la misma resulta casi nula.

Como se evidenció, nos encontramos con un rezago de casi cincuenta años en relación con otros países que han atacado el problema desde su generación y han logrado contemplar y preveer una gama impresionante de posibilidades y consecuencias derivadas del uso de dicho método de reproducción asistida, sirviendo lo anterior como ejemplo de la necesidad de contar con un instrumento jurídico idóneo para otorgar certeza y seguridad jurídica a los individuos que deseen utilizar dicho método. En ese orden de ideas, se encontró que si bien muchas legislaturas de distintas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han incorporado ciertos dispositivos jurídicos con la intención de otorgar claridad jurídica al respecto de su uso, lo cierto es que ninguno de ellos ha

logrado contemplar la totalidad de las variables, situación alarmante pues si bien es cierto que se legisló al respecto, también lo es que no se legisló de la mejor manera, dejando muchas circunstancias sin amparo legal, lo cual genera que se realicen en un marco de ilegalidad. Así, se puede afirmar válidamente que los métodos de reproducción asistida y la “maternidad subrogada” en particular, han rebasado la dinámica jurídica en México.

Lo anterior se desprende del análisis profundo del derecho positivo y vigente en el Estado Mexicano, toda vez que instituciones de derecho modernas como lo son los derechos humanos, y conceptos duros como la paternidad, maternidad y la filiación se ven duramente modificadas por la utilización de métodos de reproducción asistida.

Por otro lado, se dio luz de que en sistemas jurídicos diversos como lo son el common law y el pragmatismo que lo rodea, no se verificó mayor discrepancia para la utilización del multicitado método. En ese orden de ideas, y por lo que hace al Estado Español, mismo que comparte el sistema jurídico romano-germánico con México, la gran diferencia estribó en que la composición social fue más elástica y se adaptó mejor a los cambios que en su tiempo se dieron.

En ese sentido, se obtuvieron hallazgos muy importantes en el ámbito social, ya que se demostró que la sociedad mexicana, por un lado modernista, exige de sus instituciones reformas integrales a sus estructuras para integrar las nuevas vertientes a la comunidad, pero por otro lado se demuestra inmadura, renuente y ciega a los cambios que se requieren para incorporar y dar debida atención a sus legítimas demandas; se concluye pues, que la sociedad mexicana no se encuentra lista para los cambios de paradigmas jurídicos y sociales que la misma exige.

Si bien se conocieron diversas posturas de los factores sociales, la realidad es que el tema de la familia y del génesis de la misma fue nodal para la presente investigación, pues como se ha ido verificando a lo largo de los años, ha sido

siempre una institución con un rol social determinante para los individuos pues se le ha considerado la célula de la familia y el medio de inclusión a la sociedad de las personas; así, se tuvo como resultado que la incorporación cotidiana de métodos de reproducción asistida, ha generado en los padres de familia situaciones que antes no se tenían, pues la presión social que se genera derivada de las herramientas de mejora genética que se tienen a la mano, resulta ya un imperativo para que los padres, en su naturaleza protectora y con el elemento volitivo de buscar lo mejor para sus hijos, incorpore a su rol social el buscar las mejores condiciones para sus hijos y en consecuencia para ellos mismos, situación que se considera vital para robustecer la afirmación de que los métodos de reproducción asistida requieren y necesariamente generan un cambio radical en la sociedad. Lo anterior, se ve enfatizado por la figura de la filiación, institución jurídica fundamental dentro del Derecho Familiar y que se tomó como elemento indispensable sujeto de tutela por las normas jurídicas.

La hipótesis planteada en el presente trabajo se ve comprobada en virtud de que existe la necesidad imperante y verificada de legislar en México la “Maternidad Subrogada”, método que se ha venido utilizando fuera del marco legal, y que de no verse encuadrada en el mismo en un futuro próximo, se llegará invariablemente a una violación al estado de Derecho y una violación constante a las garantías individuales. Tomando en consideración lo anterior, y una vez comprobada la hipótesis, se considera necesario señalar que el marco en el que se pretende incorporar la legislación en comento, no resulta el medio idóneo para la consecución del espíritu de la misma, que es la certeza y seguridad jurídica.

Si bien las aportaciones que se realizaron en el presente trabajo no son novedosas, si buscaron la manera de emular un acto legislativo inclusivo y general, en el que se tomaran en cuenta todas las repercusiones de incorporar una nueva ley al cauce del derecho vigente mexicano, buscando por supuesto llevar a cabo uno de los fines del Estado, el bien común.

Fuentes de Información

Bibliografía

- **BRENA SESMA**, Ingrid. El derecho y la salud. Temas a reflexionar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- **GUZMÁN ÁVALOS**, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas: un nuevo modo de filiación, Xalapa, Veracruz, Dirección Editorial Universidad Veracruzana, 2001.
- **LÓPEZ FAUGIER**, Irene. La prueba científica de la filiación, México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, 2005.
- **MORO ALMARÁZ**, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Barcelona, España, Librería Bosch, 1988.
- **HERNÁNDEZ RAMÍREZ**, Adriana, *et al.*, Ley de Maternidad Subrogada Del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 132, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- **GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto. Derecho de las obligaciones, 16a. Ed., México, Porrúa, 2007.
- **GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto. Derecho civil familia, México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, 2004.
- **SOBERANES FERNÁNDEZ**, José Luis, *et al.* Locuciones Latinas Jurídicas, México, Porrúa, 2008.
- **MORÁN DE VICENZI**, Claudia. El Concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005.
- **ALKORTA IDIAKEZ**, Itziar. Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003.
- **BECK-GERNSHEIM**, Elisabeth. La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós Contextos, 2003.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/132/el/el11.pdf>

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Para el Distrito Federal.
- Código Civil Para el Estado de Tabasco.
- Código Civil Para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Código Civil Para el Estado de San Luis Potosí.
- Código Familiar Para el Estado de San Luis Potosí.

- Ley General de Salud.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.

HEMEROGRAFÍA:

- **GÜITRON FUENTEVILLA**, Julián. (2011, 23 de enero). ¿Gestación o maternidad subrogada? El sol de México en línea. Obtenido el 6 de marzo de 2012 en <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1936223.htm>

REVISTAS:

- **GALVÁN RIVERA**, Flavio. La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil, Revista Jurídica de Posgrado, México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, publicación trimestral, Año 1, No. 2, Abril-Junio de 1995.

ESTENOGRAFÍA:

- **CERVANTES BARRIOS**, Antonia. Foro Maternidad Subrogada en el Distrito Federal. Estenografía Parlamentaria, Comisión de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V legislatura, 2010. Disponible en: www.aldf.gob.mx/archivo-81cca4c33f9bee357f6b551fa39cece0.pdf consultado el 20 de marzo de 2010.
- **RIVERA LÓPEZ**, Eduardo. Simposio aspectos éticos y legales de las técnicas de reproducción asistida y las diferentes alternativas terapéuticas. Versión Escrita, Sociedad Argentina de Andrología, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Buenos Aires, Argentina, 29 y 30 de abril de 2011. Disponible en: http://www.redlara.com/PDF_RED/Aspectos%20bio%C3%A9ticos%20publicaci%C3%B3n.pdf consultado el 25 de mayo de 2012.
- **ARÁMBULA REYES**, Alma. Maternidad subrogada. Centro de documentación, información y análisis, Dirección de Servicios de investigación y análisis, subdirección de política exterior, Cámara de Diputados LX legislatura, 2008. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. Consultado el 18 de abril de 2012.

PÁGINAS WEB:

http://www.dreamababy.com/surrogacy_fl-safe.htm

<http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2011/742.15>

<http://univision34.univision.com/noticias/local/article/2011-05-10/mujer-renta-ventre-cuatro-veces-gana-100-mil-california>

http://www.creatingfamilies.com/IP/IP_Info.aspx?Type=105

http://www.creatingfamilies.com/home/surrogacy_law_state.aspx?State=CA

http://articles.cnn.com/2001-08-13/justice/surrogate.dispute_1_surrogacy-california-couple-adoptive-parents?_s=PM:LAW

<http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html>

<http://www.selectsurrogate.com/surrogacy-laws-by-state.html#CA>

<http://www.aspenlawschool.com/books/johnsonkrause/moschetto.doc>

<http://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-marriage-of-buzzanca/>

<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l45-2003.html

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

<http://ddd.uab.es/pub/papers/02102862n53/02102862n53p37.pdf>

http://www.redlara.com/PDF_RED/Aspectos%20bio%C3%A9ticos%20publicaci%C3%B3n.pdf