

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

MATERNIDAD SUSTITUTA
GESTACIONAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:
LETICIA MARTÍNEZ VÁZQUEZ

ASESOR:
DR. JAVIER ÁLAMO GUTIÉRREZ

Ciudad Universitaria, México, 2012.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV48/2012
ASUNTO: Aprobación de Tesis

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

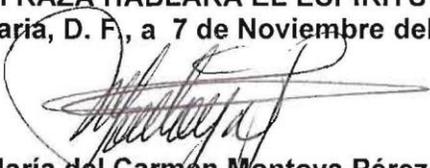
La alumna, **LETICIA MARTÍNEZ VÁZQUEZ**, quien tiene el número de cuenta **30322134-2**, elaboró en este Seminario, bajo la asesoría y responsabilidad del **Dr. Javier Álamo Gutiérrez**, la tesis denominada "**MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL**", y que consta de **175** fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 7 de Noviembre del 2012.


Mtra. María del Carmen Montoya Pérez
Directora del Seminario, turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ.
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL,
TURNO VESPERTINO.
P R E S E N T E**

Distinguida Maestra:

Acompaño al presente el trabajo de investigación de tesis intitulado "**MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL**" proyecto que fue realizado por la alumna, **LETICIA MARTÍNEZ VÁZQUEZ**, quien tiene el número de cuenta **30322134-2**, el cual **FUE CONCLUIDO**, razón por la cual lo someto a su amable consideración para que, de no existir inconveniente, se proceda a su autorización en el Seminario a su digno cargo.

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÀ EL ESPÌRITU"
Ciudad Universitaria a 6 de noviembre de 2012

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Alamo', with a horizontal line underneath.

Dr. Javier Álamo Gutiérrez

AGRADECIMIENTOS

A MI UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO Y A MI
FACULTAD DE DERECHO

Por darme la oportunidad de ser
universitaria, y de pertenecer a esta Alma
Mater porque siempre te llevaré en mi
corazón ¡Por mi raza hablará el espíritu!

A MIS PADRES

LETICIA VAZQUEZ EZQUIVEL y
RAFAEL ADAN MARTINEZ CARVAYAR

Por darme la vida, por su amor
incondicional, paciencia, apoyo,
comprensión, por sus esperanzas puestas
en mí y por todos los sacrificios realizados.

¡¡ESTE ÉXITO ES NUESTRO!!
¡¡LOS AMO!!

A MIS HERMANOS

EDUARDO RAFAEL MARTINEZ VAZQUEZ
y MARIA TERESA MARTINEZ VAZQUEZ

Por estar conmigo y apoyarme siempre, los
quiero mucho.

A MI TATA Y A MI ABUELITA TERE

Por los momentos felices que me hacen
pasar, por su amor y por sus enseñanzas de
vida.

A MIS PRINCESAS

MARISOL Y SOFIA

Por la alegría que me dan, permitirme volver
a sentir la inocencia de ser pequeña, por
existir.

A RAFAEL ERICK MORA MORA
A CORAZON ABIERTO

Por estos momentos inolvidables, tu amor a flor de piel, por estar conmigo en aquellos momentos difíciles, porque sin tu templanza y comprensión no hubiera logrado esta felicidad.
¡TE AMO!

A MI MAESTRO
DR. JAVIER ALAMO GUTIERREZ

De manera muy especial quiero manifestarle mi agradecimiento por sus enseñanzas dentro y fuera del aula, por darme la oportunidad de formarme en esta humilde profesión, por cultivar en mí la semilla del conocimiento, por su tiempo, paciencia y sabiduría para llegar a la meta. Con mi más sincero cariño y respeto.

A ANGELICA GARCIA

Por tu apoyo incondicional, por tu esfuerzo y tiempo, sin ti, esto no hubiera sido posible,
¡Lo logramos!
Te quiero.

A MIS AMIGOS

Por su amistad incondicional, por ser confidentes y cómplices de mis locuras, porque siempre están cuando tienen que estar.

*El derecho nace de las realidades humanas.
Primero existen las realidades, y después se
plasman en el derecho.*

Quiroz Cuarón



ÍNDICE

“MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL”

INTRODUCCIÓN.	Pág. I
--------------------	-----------

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

1. Historia	01
A) Código de Hammurabi.....	02
B) Los judíos	02
C) La Biblia.....	03
2. Biológicos.....	05
3. Médico - Sociales	06
A) Estados Unidos.....	09
B) Gran Bretaña.	12
C) Japón.....	13

CAPÍTULO II. MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL

1. Maternidad y concomitancia de las maternidades	14
A) Concepto.	15
a) Etimológico.	16
b) Gramatical.	17
c) Biológico.	18
d) Sociológico.	18
e) Jurídico.	18
B) Tipos de maternidades	19
C) Coexistencia y separación de maternidades.	20
D) Presupuestos determinantes de la maternidad.	22
a) <i>Mater semper certa est.</i>	22

b) Teorías para determinar la maternidad legal.	25
i) Teoría sobre la intensión	25
ii) Teoría de la contribución genética	26
iii) Teoría de la preferencia de la madre gestante.....	26
iv) Teoría sobre el mejor interés del menor	27
2. Maternidad sustituta gestacional.	28
A) Concepto de subrogación.....	28
B) Concepto de gestación	31
C) Concepto de maternidad sustituta gestacional.	31
D) Origen de la maternidad sustituta.	38
3. Madres portadoras y las técnicas de reproducción asistida	43
A) Inseminación artificial	45
a) Homóloga.	46
b) Heteróloga.	47
c) Confusa, mixta o combinada.....	47
B) Fecundación <i>in vitro</i>	48
a) Homóloga.	49
b) Heteróloga.	49
c) Con intervención de un donador.	51
4. La familia como receptora de las técnicas de reproducción asistida	51
A) Familia	52
a) Concepto de familia.	53
b) Concepto de parentesco.....	54
c) Concepto de paternidad.....	56
B) Limitación de los destinatarios.....	57
a) Matrimonio.	58
b) Concubinato.....	58
c) Parejas homosexuales y lesbianas.....	59
d) Mujeres y hombres sin pareja.....	61
i) Celibato.....	61
ii) Soltería.....	62

iii) Viudez	62
-------------------	----

**CAPÍTULO III. PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE
LA MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL EN DIVERSAS
MATERIAS**

1. Problemas jurídicos que surgen por la utilización de las técnicas de reproducción asistida	65
A) Filiación.....	65
B) Mercantilización	67
C) Donación de semen, óvulos y embriones.....	70
a) Concepto jurídico de donación.	71
b) Donación de semen.....	74
c) Donación de óvulos	78
d) Donación de embriones.....	80
D) Garantía individual de procreación o derecho humano	82
2. Responsabilidad jurídica	86
A) En los usuarios o receptores de las técnicas de reproducción asistida.	90
B) En los donadores.....	93
C) Sistema hospitalario	95
a) Responsabilidad profesional.....	95
b) Responsabilidad por falta de pericia en la práctica profesional.	96
c) Responsabilidad civil	97
d) Responsabilidad administrativa.....	97
e) Responsabilidad penal	98
D) ¿Responsabilidad del Estado?.....	98
3. Consideraciones para la futura regulación en materias como:	100
A) Civil.....	100

B) Penal	101
C) Constitucional.....	102
D) De salud	105
E) Administrativa	106

CAPÍTULO IV. DERECHO COMPARADO

1. Análisis del derecho comparado en la materia de maternidad sustituta gestacional	108
2. Análisis del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal	111
Propuesta.....	154
Conclusiones.	162
Glosario.	165
Bibliografía.	170

INTRODUCCIÓN

La ciencia y la tecnología le han dado la vuelta a las realidades históricas y por tanto a la regulación de las mismas. Las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial o fecundación *in vitro*) dan la oportunidad de ser madres a aquellas mujeres incapaces de gestar en su vientre a un hijo.

La maternidad sustituta gestacional o mejor conocida como “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler” es una práctica común consistente en que una mujer permite ser inseminada o fecundada artificialmente con el fin de gestar un bebé y posteriormente entregarlo a los padres biológicos. No existen datos oficiales de su industria debido a que no hay un marco jurídico que la regule.

En efecto, el problema radica en la falta de legislación para esta práctica porque no solo se corre el riesgo de un conflicto de maternidades sino que nuestra idiosincrasia no concibe que haya un convenio y posiblemente un pago para crear una vida.

El presente análisis pretende dejar las bases para una adecuada regulación de la maternidad sustituta gestacional o bien, mejorar la propuesta de Ley de Maternidad Sustituta Gestacional, tomando en cuenta hasta el más mínimo detalle a fin de evitar futuros conflictos entre los receptores, donadores, personal médico y en general, todos los participantes en esta práctica.

El primer capítulo de este trabajo está enfocado en los antecedentes de la maternidad sustituta gestacional; en el segundo, analizo propiamente la maternidad sustituta gestacional, desde su concepto, hasta la posibilidad de que coexistan o se separen las maternidades, tipos de maternidades, cómo determinarla, cuál es el origen de ésta nueva forma de procrear, las técnicas de reproducción asistida y la familia como receptoras de las mismas a fin de delimitar los destinatarios de la maternidad sustituta gestacional.

En el tercer capítulo baso mi atención en los problemas jurídicos que se pueden presentar en la filiación, la mercantilización, la donación de semen, óvulos y embriones, la garantía individual de procreación o derecho humano y lo que no hay que olvidar, la responsabilidad en los usuarios, donadores, sistema hospitalario y del Estado. Además realizo diversas consideraciones jurídicas de la maternidad sustituta gestacional en materia civil, penal, constitucional, de salud y administrativa.

Por lo que hace al cuarto capítulo, se realiza un análisis de derecho comparado en la materia de maternidad sustituta gestacional con la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal y la regulación en países como Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia.

Finalmente finalizo este trabajo con las conclusiones pertinentes y la propuesta de regulación que se plantea.



CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

La maternidad sustituta gestacional se presenta cuando una mujer incapaz de concebir contrata con otra para que mediante inseminación artificial o fecundación “*in vitro*” conciba un bebé, lo gestee, nazca y posteriormente sea entregado a la madre que lo encarga. Concepción sin necesidad de cópula entre la mujer contratada y el dador del esperma.

Es un tema de controversia que no cuenta con muchos antecedentes, salvo algunos que no son considerados como tales, aunque en apariencia existan diversas fuentes de las que se desprenden.

Para hacer más comprensible el contenido de esta investigación se ha estructurado en tres etapas fundamentales, con un orden cronológico acorde con los avances culturales, técnico-científicos y sociales que han surgido a lo largo del tiempo.

1. Historia

En la época de los pueblos patriarcales y poligámicos era imperativa la procreación, pues los hijos debían participar en la guerra, en la defensa contra los enemigos o en el pastoreo. En ese período no se toleraba la esterilidad femenina pues en esas sociedades primitivas significaba una grave vergüenza.

Por ello, en la antigua Mesopotamia, al varón se le permitía tener una segunda mujer cuando la primera era estéril, a fin de subsanar lo que no podía darle la primera con el objeto de asegurar la estirpe y evitar la vergüenza para su familia.



Se realizaba un reemplazo de mujeres para efectos de engendrar de forma natural, es decir mediante la relación sexual del hombre casado con otra mujer, como “madre suplente”.

Según la creencia de cada pueblo o el contexto social impetrante en un determinado tiempo y espacio, la visión ha ido cambiando pero con similares resultados. Por ejemplo:

A) Código de Hammurabi

Establecía que cuando la esposa fuese estéril –a fin de no ser repudiada- podía dar a su marido una esclava como mujer. Si la esclava no daba hijos al esposo, entonces la consorte la vendía; pero si los daba, al cónyuge no se le permitía tomar una concubina por mujer, ni despreciar a su esposa, gracias a esa “ofrenda” ambos serían padres. En caso contrario, si la mujer era incapaz de concebir y no daba una esclava a su marido, aquel tendría la aptitud de tener una concubina y recibirla en su casa.

B) Los judíos

El levirato¹ de los judíos tiene efectos de madre suplente, cuando el primer marido moría sin dejar familia, entonces, buscaban la descendencia no lograda con un segundo marido de la misma fuente genética que el fallecido.

La Ley del levirato se explica de la siguiente manera:

“Cuando dos hermanos habitan uno junto al otro y uno de los dos muere sin dejar hijos, la mujer del muerto no se casará fuera con un extranjero; su cuñado

¹ El levirato de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española proviene del latín *levir*, *-īri*, cuñado, hermano del marido. Es la Institución de la ley mosaica, que obliga al hermano del que murió sin hijos a casarse con la viuda.



*irá a ella y la tomará por mujer, y el primogénito que ella tenga llevará el nombre del hermano muerto, para que su nombre no desaparezca de Israel”.*²

En éste interviene un elemento masculino ajeno a los que anteriormente fueron cónyuges, de ahí que sea considerado antecedente de la inseminación artificial heteróloga (el semen procede de una persona distinta al marido).

C) La Biblia

El ejemplo más importante aparece en el Génesis 16: 1.6, en Sarai (posteriormente llamada Sara), esposa de Abram, quien al no poder tener descendencia dio a su esposo una sierva egipcia llamada Agar para que copularan y por medio de ella, pudieran tener hijos.

*Sarai le dijo a Abram: “<<Mira, Yavé me ha hecho estéril; entra, pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos>>. Escuchó Abram a Sarai. Tomó, pues Sarai, la mujer de Abram, a Agar, su esclava egipcia, al cabo de diez años de habitar Abram en la tierra de Canán, y se la dio por mujer a su marido, Abram. Entró éste a Agar, que concibió, y viendo que había concebido, miraba con desprecio a su señora. Dijo, pues, Sarai a Abram: <<Mira mi afrenta sobre ti cae; yo puse mi esclava en tu seno, y ella, viendo que ha concebido, me desprecia. Juzgue Yavé entre ti y mí.>>. Y Abram dijo a Sarai: <<Mira, en tus manos está tu esclava, haz con ella como bien te parezca>> [...]”.*³

Sara molesta con Agar la corrigió y ésta huyo de ella y de Abram, pero en el camino se encontró con el ángel Yavé y fue él quien la hizo regresar. De esta manera es como Abram a los 86 años, se convirtió en padre de Ismael.

Otro caso es el de Raquel y Lía, hermanas y casadas con Jacob, que al no poder tener descendencia ofrecieron a sus respectivas siervas para a través de ellas lograr la procreación deseada.

² *Sagrada Biblia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963, Deuteronomio 25:5.7, pág. 224.

³ *Ibidem*, Génesis 16:1.6, págs. 43 y 44.



“Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana, y dijo a Jacob: <<Dame hijos o me muero>>. Airóse Jacob contra Raquel, y le dijo: <<Por ventura soy yo Dios, que te ha hecho estéril>> Ella le dijo: <<Ahí tienes a mi sierva Bala; entra a ella, que para sobre mis rodillas, y tenga yo prole por ella>>. Dióle, pues, su sierva por mujer, y Jacob entró a ella. Concibió Bala, y parió a Jacob un hijo, y dijo Raquel: <<Dios me ha hecho justicia, me ha oído y me ha dado un hijo>>; por eso le llamó Dan. Concibió otra vez Bala, sierva de Raquel, y parió un segundo hijo a Jacob, diciendo Raquel: <<Lucha de Dios he luchado con mi hermana, y la he vencido>>; por eso le llamó Neftali. Viendo Lía que había dejado de tener hijos, tomó a Zelfa, su esclava y se la dio por mujer a Jacob. Zelfa, esclava de Lía, parió a Jacob un hijo, y Lía dijo: <<¡Qué buena fortuna!>>: y le llamó Gad. Parió Zelfa, esclava de Lía, un segundo hijo a Jacob; y dijo Lía <<Por dicha mía, pues los hijos me han hecho feliz>>, y le llamó Aser.”⁴

Del anterior supuesto se desprende que del encuentro sexual entre las respectivas siervas de Raquel y Lía con Jacob, se logró conservar la prole, por lo que se concluye que la “sustitución” marital de la consorte por su esclava fue con el único fin de tener descendencia reconocida o válida para el hombre y la pareja de éste. No estamos frente a un caso de maternidad sustituta gestacional, pues no fueron engendradas mediante una inseminación artificial o fecundación “*in vitro*”. La concepción fue gracias a que el esposo “entro” –como lo señala la Biblia-, en la esclava, y al copular con ella se alcanzó la progenie deseada por la pareja infértil.

Por otro lado, también es considerado como antecedente la concepción de Jesús de Nazaret al ser “obra del Espíritu Santo”, ello ha dado como resultado que esté en debate pues germina la duda, en quién es el “Espíritu Santo” ¿Es algún método de inseminación artificial?, ¿O una relación sexual directa? Sin entrar en dilemas de religión en opinión de Eric Von Däniken⁵, la Virgen María fue

⁴ *Ibidem*, Génesis 30:1.13, pág. 58

⁵ Erich Anton Paul von Däniken, escritor suizo, autor del libro *Recuerdos del futuro: enigmas insondables del pretérito*, da explicaciones inusuales a determinadas características de piezas arqueológicas, cuyo origen, según él, no estaría suficientemente documentado por la arqueología académica.



inseminada por seres que no habitan este planeta, por lo que gracias a los extraterrestres es que pudo nacer Jesús.

2. Biológicos

Hay que remitirnos a los pueblos babilónicos y a los árabes para encontrar los orígenes de la inseminación artificial. Los primeros practicaron la polinización en las palmeras para obtener mejor calidad y mayor cantidad de dátiles. Los segundos desde el siglo XIV utilizaron la inseminación artificial para adulterar la estirpe de los caballos de sus enemigos y mejorar los propios. En 1322, un árabe de Daifur recolectó clandestinamente el semen de un semental perteneciente a un jefe enemigo; apoyándose en el uso de métodos artificiales logró fecundar una yegua y obtener un potro.⁶

En 1628 Marcelo Malpighi⁷ y Bibbiena realizaron los primeros intentos corroborables de esta práctica al fecundar huevas de gusano de seda. Y en el siglo XVIII Elkhein y Loduvico Jacobi⁸ hicieron lo mismo con truchas y pájaros.

Posteriormente, en 1779 el sacerdote y fisiólogo Lázaro Spallanzani⁹ después de tener éxito en anfibios, decidió experimentar en especies vivíparas, comenzando con una perra de raza Barbets, la inyectó con semen de un perro de la misma especie y consiguió fecundarla, teniendo como resultado un parto con tres cachorritos en buen estado. Para 1803 descubrió que cuando se enfría el semen, la vida del espermatozoide se prolonga.

⁶ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, España, 1988, pág. 27.

⁷ Anatomista y biólogo italiano considerado el fundador de la Histología.

⁸ En 1725 Loduvico Jacobi logró inseminar huevos de salmón, obteniendo el semen mediante compresión en el abdomen del macho.

⁹ Sacerdote católico y profesor de matemáticas y física quien centro su atención en la inseminación artificial en animales y demostró la importancia del espermatozoide en el proceso de la fecundación.



En 1884, el americano Haepe, después de realizar diversas prácticas de inseminación artificial en perros opinaba que: “se puede obtener la fecundación con igual sencillez por medios artificiales que en la práctica natural”¹⁰

Para 1907, el científico ruso Ilya Ivanovich Ivanoff publicó un trabajo sobre sus experimentos de inseminación artificial en animales, con esa investigación demostró las ventajas de utilizarla a gran escala en su producción. Logró inseminar a un millón de vacas y quince millones de ovejas.

A mediados de la década de los cuarenta se introduce la práctica de inseminación artificial en América Latina y en los cincuenta se comienza a trabajar con semen congelado.

3. Médico-Sociales

Tratándose de seres humanos, varios científicos se disputan la primicia. No obstante, el primer intento en humanos lo produce Armand de Villeneuve en España, médico de reyes y papas, al practicar la inseminación artificial con Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV de Castilla, pero su intento no tuvo resultados positivos debido a la esterilidad del rey.¹¹

Sin embargo, se considera que el médico judío Samaya Lubel si lo logró y el resultado fue el nacimiento de la heredera al trono Juana, concepción que por intriga política se atribuyó a Beltran, apodándole por ello la Beltraneja, lo cual desmintió el rey aún antes de morir, quedando la certeza envuelta en la confabulación del poder al trono.

¹⁰ IGLESIAS, M., *Aborto, eutanasia y fecundación artificial*, Ediciones y Publicaciones Barcelona, España, 1954, pág. 221.

¹¹ MARAÑÓN, G., *Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, 12ª edición, Madrid, Espasa Calpe, 1975, pág. 56.



En 1785 Thouret, médico de la facultad de Medicina de París, logró fecundar a su mujer con una jeringa de estaño al inyectarle en la vagina su propio semen. El cirujano inglés John Hunter, director del Hospital de S. Jorge (Londres), en 1791, consiguió que la mujer de un Lord que padecía hipospadias¹² tuviera un hijo gracias a la inseminación introduciendo una esponja con semen del esposo.¹³

Sin embargo, la práctica de estas técnicas no se propagó por los conflictos ético-morales, religiosos y jurídicos de esa época, ocasionando que el avance de las nuevas técnicas fuera lento.

Ya en 1835, James Marion Sims realizó la “*copulación celestial*” obteniendo el semen del marido de una mujer que sufría de vagina “*hiperestésica*” –o en extremo sensible- la anestesió con éter y le inyectó el semen.

Posteriormente, en 1838 Girault “*publica doce observaciones de veintisiete casos experimentados, de los que consiguió resultados positivos en ocho mujeres, y una de ellas con embarazo gemelar*”.¹⁴ En esa época la mayoría de las mujeres eran estériles, de ahí que se considerara esta técnica como la solución al problema dándole una finalidad terapéutica.

Aunque la inseminación artificial aún no era aceptada por completo, en 1868, la revista médica “*Abeja Médica*” ya mencionaba 10 casos practicados con mucha facilidad. Pero, fue hasta 1883 cuando se dan las primeras declaraciones a favor de ésta técnica, una de ellas fue la Sociedad de Medicina Legal de París. No obstante ello, para el 27 de agosto de 1884, el Tribunal de Primera Instancia de Burdeos negó al doctor Lejatre la reclamación de sus honorarios por haber realizado la inseminación artificial con donante, por considerarla como un peligro social. Los motivos fueron:

¹² La hipospadia es un mal congénito que impide el desarrollo normal del pene dejando la salida del meato urinario en la parte inferior del glande, lo que genera una disfunción para el coito.

¹³ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Op. Cit.*, pág. 28.

¹⁴ *Idem*.



“Sin tener que buscar cuál es, desde el punto de vista científico, el valor del procedimiento empleado, el tribunal no puede ver en el empleo de este procedimiento una causa lícita de obligación; que no consiste, en efecto, en suprimir en el hombre las causas de la esterilidad de manera que lo hace apto para la generación, y por su intromisión en lo más íntimo de un intermediario entre marido y mujer, usando de medios artificiales que reprueban la ley natural y que podrían incluso, en caso de abuso, crear un verdadero peligro social; interesa a la dignidad del matrimonio que la justicia no sancione obligaciones fundadas en su empleo”¹⁵

Estos argumentos continuaron utilizándose durante varios años por la legislatura francesa, aún cuando no fue un impedimento para que se continuara efectuando la inseminación artificial con o sin donante.

Es así que con el uso continuo de éstas técnicas se buscó la manera de conservar por más tiempo el espermatozoides, evitando así la utilización desmedida que se le estaba dando. En 1939 Lardy y Phillips dieron el primer paso hacia la consecución de medios que posibiliten el almacenamiento del espermatozoides; lo lograron al usar la yema del huevo como conservador. Para la década de los cuarenta se crearon los *“bancos de semen”*; en consecuencia los casos de embarazos logrados por medios artificiales ascendieron considerablemente, y para 1942 en los Estados Unidos de América hubo 9,489 casos registrados, con un porcentaje del 97% de éxito y en Francia se produjeron aproximadamente 1,000 partos por año.

Al respecto surgieron comentarios, sobre todo de la iglesia católica. En 1949, el Papa Pío XII en el Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos mostró su tajante oposición hacia el tema declarando que la inseminación artificial o la fecundación *“in vitro”* eran unas prácticas proscritas e inmorales.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 29.



No obstante, algunos países comenzaron a presentar iniciativas para regular el tema, pues dejaba de ser una práctica médica experimental para convertirse en uso cotidiano que al no contar con alguna regulación daba cabida al uso con diversos fines a los permitidos por la ética, la moral y la justicia. El primer país que pretendió legislar respecto de la inseminación artificial fue Suecia en 1951, pero la poca afluencia de la misma en el país y la oposición de fuertes grupos de poder evitaron que se plasmara en norma positiva. Otros tantos pensaron en legislar la materia –incluyendo México–, sin embargo, quedaron como simples proyectos olvidados.

La inseminación artificial abrió las puertas a otros métodos de procreación frente a la imposibilidad de lograrla en condiciones normalmente naturales, llegando a la actual maternidad sustituta gestacional que históricamente se ha presentado en diversos países con similitudes en su origen, desarrollo, conflictos y consecuencias de su utilización.

A) Estados Unidos

- ✓ 1909 → Addison Davis Hard, publicó en el periódico *Medical World*, una carta donde narra la primera inseminación artificial con donador de espermatozoides practicada con seres humanos en el *Jefferson Medical College* de los Estados Unidos de América, con una mujer cuyo esposo presentaba *azoospermia* (infertilidad en el hombre que no produce espermatozoides o tiene un nivel bajo de ellos en el semen). Se realizó con el espermatozoides recolectado de los más apuestos de la clase sin que la mujer supiera esa circunstancia y tanto el médico como el esposo se llevaron el secreto de la identidad del dador a la tumba. Hard, estudiante que se encontraba presente cuando ocurrió la inseminación visitó al niño nacido con esa técnica cuando aquel cumplió 25 años y le relató su origen.



- ✓ 1975 → Una pareja estéril publicó en un anuncio de periódico la petición para que una mujer aceptara ser inseminada artificialmente.
- ✓ 1982 → La oferta y la demanda de engendrar con ésta técnica creció al aparecer anuncios de 30 madres portadoras y 64 personas ansiosas de tener un hijo por ese método.
- ✓ 1985 → A petición de una pareja estéril se publicó un anuncio de prensa solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente a cambio de una remuneración. Recibieron la respuesta de una viuda californiana de 29 años, madre de tres niños, la cual accedió a gestar un hijo para el matrimonio. No se firmó documento alguno, solo se pactó el pago de los gastos médicos más la remuneración, pero tras dar a luz, la madre gestante se negó a entregar el hijo; en consecuencia, fue demandada por el padre genético del niño. No obstante, la demanda no prosperó y el niño quedó en manos de la portadora.
- ✓ 1986 → El caso más polémico es el de “Baby M”, que comenzó cuando el matrimonio Stern contrató a Mary Beth Whitehead, (mujer casada, de unos 30 años y madre de dos hijos), bajo las siguientes condiciones: un pago de 10,000.00 dólares y todos los gastos médicos por ser inseminada artificialmente con semen del señor Stern, llevar el embarazo, parir y entregar al niño o niña al señor Stern (padre biológico del bebé). Posteriormente la señora Stern adoptaría a la criatura. Se convino que el nombre de los Stern aparecería en el certificado de nacimiento y la señora Whitehead únicamente asumiría el riesgo del embarazo, pues el derecho de nombrar al niño que naciera correspondía a los Stern. El 27 de marzo de 1986 nace “Baby M”, mundialmente conocida de esa manera y fue llamada Sara Elizabeth Whitehead, por su madre natural, situación que denotó la primera muestra de incumplimiento por parte de la señora Whitehead; pues



una vez que nació la menor, manifestó su arrepentimiento para continuar con la obligación asumida, rechazó tajantemente entregar a la menor, hasta el punto de huir del país con ella.

Los Stern decidieron arreglar las cosas acudiendo a la justicia para hacer valer el “*acuerdo de subrogación gestacional*”. En primera instancia, el juez Harvey Sorkow de New Jersey entregó la custodia del bebé a los Stern determinando en la sentencia que el contrato era válido y legal, ello pensando en el bien de la niña y su prevaeciente interés.

La sentencia fue apelada por la señora Whitehead, en esa ocasión, el Tribunal Supremo del Estado declaró la nulidad del contrato por ir en contra de la ley y el orden público, reintegrándole sus derechos como madre biológica. Pero a la vez, confirmó la decisión de la corte inferior acerca de otorgar la custodia al señor Stern, padre biológico, basado nuevamente en el beneficio superior del menor.

- ✓ En el caso Anna Johnson, madre portadora, después del alumbramiento del hijo, reclamó compartir la custodia con el matrimonio formado por Mark y Crispina Colvert, quienes se opusieron rotundamente; pues el bebé fue producto de una inseminación artificial del óvulo de Crispina con semen de su marido, por tanto al no haber material genético de Anna, no tenía derecho a reclamar a la menor. La decisión de utilizar ese método respondió al hecho de que a Crispina como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada de joven, le era imposible conservar el feto en su seno.
- ✓ 1983 → Un caso opuesto de los anteriores se dio con Sherry King, de 35 años, quien accedió a ser inseminada con esperma del esposo de su



hermana infértil y aceptó dar a luz el hijo para el matrimonio sin recibir por ello contraprestación alguna.

B) Gran Bretaña

- ✓ En los años treinta, la inseminación artificial se comenzó a considerar seriamente en este país, pero hasta el 26 de julio de 1978, nació Louise Brown la primera niña engendrada como consecuencia de una fecundación “*in vitro*”, después de lograr el contacto entre gametos femenino y masculino en el laboratorio y posteriormente implantarlos en el seno materno.
- ✓ En octubre de ese mismo año, nace en Calcuta el segundo *niño de probeta* con la utilización de un embrión congelado.
- ✓ Mary Stewart, de 25 años, respondió al llamado efectuado por una pareja estéril a través de un anuncio de periódico. Entregó a un niño después de dar a luz en el Hospital de Inverneis, en Escocia, como lo había acordado.
- ✓ Una mujer inglesa en dos distintas ocasiones, logró que los tribunales de su país le permitieran inseminarse con las células reproductivas de su acaecido esposo. La primera, dos años después de haber muerto su marido y la segunda seis años más tarde. Las células habían sido extraídas por instrucciones de ella unas horas antes que su esposo muriera, mientras él estaba en estado de coma a consecuencia de un accidente. Los argumentos de la viuda, y los hechos probados ante los tribunales competentes, fueron que su esposo, en vida normal, había manifestado como su mayor anhelo tener dos hijos.¹⁶

¹⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 546.



C) Japón

- ✓ 1950 → Se comenzó a practicar en la Facultad de Medicina de la Universidad de Tokio.

- ✓ En los años sesenta se empezaron a crear los bancos de esperma.



CAPÍTULO II

MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL

Es importante conocer en qué consiste la maternidad, para comprender y definir quién es la madre en el caso de maternidad sustituta gestacional, precisar quien tiene los derechos y obligaciones con el menor, o bien determinar si las mujeres que participaron en esta práctica pueden o deben convivir con el menor como madres o si deben separarse.

El conflicto se genera en razón de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la inseminación artificial o la fecundación “*in vitro*”, al determinar a) quienes pueden acceder a éstas técnicas, que, por lo general, son aquellas personas que tienen los recursos económicos suficientes; b) quiénes pueden participar en las mismas, como receptores de los beneficios y que fungirán como los padres del menor engendrado; y c) las personas que ayudan a engendrarlo, en algunos casos mujeres vulnerables económicamente que se prestan para que en su vientre se de la gestación a cambio de dinero.

1. Maternidad y concomitancia de las maternidades

Según el contexto una persona puede llegar a tener varias “*madres*” a la vez, en razón de que existen distintos tipos de madres, dependiendo del punto de vista en que se analice.

La escritora Margaret Atwood¹⁷ en su obra maestra “El cuento de una criada” plantea la coexistencia de las maternidades, bajo una situación histórica de toma del poder por fundamentalistas religiosos que imponen una sociedad rígida, en la que someten a un grupo de mujeres en funciones especializadas muy

¹⁷ Autora canadiense que suele ser encasillada dentro del subgénero denominado literatura feminista, su obra más conocida y representativa en cuanto a su clasificación es *El cuento de una criada*, cuyo título original es “*The Handmaid's Tale*”, trad. Elsa Mateo Blanco, Barcelona, Ediciones B, 1986, páginas 384.



concretas, específicamente en la procreación, alimentación y cuidado de la criatura, pero no como madres, sino como nodrizas.

Así, a varias mujeres con una formación previa muy esencial se les prepara para ser sólo madres biológicas como meros recipientes fecundadores, aunque sus hijos fuesen criados y atendidos por las parejas que las contrataron. En la allí llamada República de Gilead, el hombre fecunda a una de estas mujeres, acompañado y auxiliado por su esposa; lograda la fecundación y el subsecuente parto, el niño es apartado de la madre biológica, que le dio a luz y es entregado a la madre de crianza para su cuidado, educación y amor. Si la madre biológico-gestante continúa en condiciones de tener futuros embarazos, seguirá conviviendo con parejas de clase alta, caso contrario irá a una zona aislada donde viven los repudiados y excluidos de la sociedad.¹⁸

La idea de Margaret Atwood es la pauta del análisis en esta investigación, pues no sólo existe la madre biológica o gestacional, sino la de crianza, la educacional, la adoptiva, etcétera, por ello definiré que se entiende por madre para así poder desmembrar los tipos de madres que coexisten al mismo tiempo y en un mismo lugar.

A) Concepto

Con el tiempo, los seres humanos evolucionan, cambian sus necesidades, surgen los avances científicos y tecnológicos y las figuras jurídicas deben adecuar las situaciones fácticas con las normativas, por igual sucede con la maternidad en su nueva especie: la maternidad sustituta gestacional, en la cual participan varias mujeres que presumen ser las madres de un mismo bebé.

¹⁸ AGUINAGA ROUSTAN Josune, *El precio de un hijo. Los dilemas de la maternidad en una sociedad desigual*, Editorial Debate, España, 2004, pág. 299.



De ahí que la maternidad se defina coloquialmente como la relación que existe entre la madre y el hijo, ahora bien, para saber si las mujeres que participan en la maternidad sustituta gestacional podrían considerarse como las madres de una misma criatura –o sólo una de ellas- y si están en aptitud de compartir la maternidad es importante analizar las acepciones de dicha palabra.

La maternidad podemos entenderla desde cinco puntos de vista:

a) Etimológico

Maternidad deriva del vocablo “madre”, el cual proviene del griego “*matér* o *matrós*” y del latín “*mater* o *matris*”. Originalmente la palabra maternidad no tenía ese significado, el título *mater* fue conferido a las diosas Minerva, Diana y Vesta debido a su virginidad. Con el tiempo, dicho término era utilizado para aquella mujer que independientemente de ser soltera, casada, viuda, libre o liberta vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres.

Para los romanos era llamada *materfamilias* e identificaba a la esposa del *paterfamilias*, carecía tanto de autoridad como de libertad, todo lo que tuviera que decidir no lo hacía ella, sino el *paterfamilias*, debido a que él dirigía la *manus* de todos los miembros de la familia y en caso de que no estuviera él se le designaba un tutor si el caso lo ameritaba.

La jurista Irene López Faugier en su libro “*La prueba científica de la Filiación*”, menciona la Ley de Manú, que contempla una frase muy cierta y aplicable a las *materfamilias*, al indicar:

“La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; sino tiene hijos, de los parientes próximos de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa”.¹⁹

¹⁹ LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La prueba científica de la filiación*, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 275.



También cita las leyes griegas y romanas, teniendo un enfoque similar:

*“Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido”.*²⁰

Es así que la mujer dentro de su familia de origen o ya casada, siempre se colocaba por debajo del varón, pues las mismas creencias le daban superioridad a él respecto de ella.

b) Gramatical

Maternidad proviene del latín *maternus* relativo a la madre y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²¹ la maternidad es definida como el *“estado o cualidad de madre”* y el vocablo madre es utilizado para denominar a la *“hembra que ha parido”*, *“hembra respecto de su hijo o hijos”*, *“mujer casada o viuda cabeza de su casa”*.²²

Para Guillermo Cabanellas la maternidad es la *“condición de madre”* o *“estado natural o jurídico de la madre”* y la madre es la *“mujer que ha dado a luz uno o más hijos”*, *“la mujer respecto de su hijo o hijos”*²³ o pudiera simplemente ser la mujer en cuyas entrañas han latido simultáneamente dos y hasta más corazones y que se prueba por el hecho del parto y la identidad del hijo.

²⁰ *Ibidem*, pág. 276.

²¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 13 de julio de 2011, 14:25 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=maternidad

²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 13 de julio de 2011, 14:30 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=madre

²³ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20ª. edición, Tomo V, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981, págs. 250-253 y 336.



c) Biológico

Se funda en la certeza que surge por el hecho del parto y la identidad del hijo. La madre biológica es la mujer que lleva a cabo el embarazo con material genético propio, quien crea una relación estrecha emocional y espiritualmente con el descendiente y le da lactancia al bebé.

d) Sociológico

Se presenta cuando una mujer vinculada o no por lazos consanguíneos toma el papel de “madre” por interés de sobrevivencia: económico, religioso, cultural o de ayuda.

e) Jurídico

El Código Civil para el Distrito Federal no contempla la definición de maternidad, pero se desprende de la institución jurídica de la filiación como consecuencia de las relaciones derivadas de la unión de los sexos. Podría definirlo como el vínculo jurídico que une a la progenitora con sus descendientes.

Estas y muchas más definiciones pueden surgir a lo largo del tiempo, empero no hay una que la defina del todo. Germaine Greer²⁴ no da un concepto de madre pero sí define el trabajo que implica serlo:

“El parto es el trabajo más duro que pueda exigirse a un ser humano; sin embargo, llega a su fin y más pronto o más tarde será olvidado. La condición de la madre, en cambio, no termina jamás, nunca se olvida. Cuando una mujer

²⁴ Germaine Greer no sólo es reconocida por ser una académica, escritora, y locutora australiana, sino por ser una de las representantes feministas más importantes del siglo XX.



*tiene una criatura, su capacidad de sufrimiento se ensancha y se profundiza más allá de lo que jamás hubiese podido imaginar”.*²⁵

La maternidad es un vínculo jurídico creado entre la madre y sus descendientes y puede concebirse de distintas perspectivas, de ahí la importancia de entender qué, los tipos de maternidades y cómo pueden coexistir varias madres y en caso de que no se pueda, cómo se separan.

B) Tipos de maternidades

La maternidad responde a la máxima romana “*mater semper certa est*”, pues el simple hecho del parto y la identidad del hijo son suficientes para determinar la maternidad del nacido, nunca se dudó del vínculo biológico entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación, sin embargo, en la actualidad esta máxima ya no lo es (aspecto que se retomará posteriormente) pues el fenómeno de la maternidad sustituta gestacional ha presentado otras formas de maternidad de acuerdo a la intervención que tengan en el proceso de procreación²⁶, como son:

- ✓ Maternidad plena: se presenta con aquella mujer que proporciona el material genético y al mismo tiempo lleva a cabo la gestación, por tanto tiene todos los derechos y obligaciones que implica la maternidad. Aquí no hay duda de quién es la madre, pues sí aplica el principio de “*mater semper certa est*”, funciona por el hecho del parto y la identidad del hijo.
- ✓ Maternidad genética: con relación a las mujeres que donan sus óvulos para llevar a cabo la fertilización.

²⁵ AGUINAGA ROUSTAN, Josune, *Op Cit.*, pág. 247.

²⁶ ARAUJO RODRÍGUEZ, Ana Lizbeth, “La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas”, 6 de mayo de 2011, 14:20 horas, <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>.



- ✓ Maternidad gestativa: son las mujeres que únicamente participan en la gestación del embrión y que no aportan material genético para la misma.
- ✓ Maternidad legal: aplica para aquella mujer que no tiene vínculos biológicos con el bebé, pero es la que asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad. Está determinada por la figura de la adopción.

Otra clasificación de la maternidad es:

- ✓ Maternidad biológica: puede ser plena si aporta el material genético llamado óvulo y si permite que la gestación se lleve a cabo en su cuerpo; puede ser no plena si sólo aporta alguno de los dos elementos antes mencionados.
- ✓ Maternidad educacional o afectiva: aplica para aquella mujer que sea madre plena o no, biológica, genética, gestativa o legal que se encargue de proporcionarle educación y amor al menor.
- ✓ Maternidad del deseo: al igual que la anterior, no necesita ser la madre biológica, basta con tener la intención de procrear o de criar a la criatura.

Las interrogantes surgen al tratar de determinar cuál de todas las maternidades antes indicadas es la más importante, la que cuenta, la que debe hacerle frente a los derechos y obligaciones para con el menor, de ahí lo importante de analizar el siguiente punto.

C) Coexistencia y separación de las maternidades

En nuestros días ya que se han presentado casos en los que la mujer que ha dado a luz no es la misma que ha aportado el material genético del nacido, ante los nuevos avances de la ciencia, el principio del Derecho Romano “*mater*



semper certa est” por el cual el hecho de la maternidad resultaba indubitable y se demostraba con el sólo hecho de la gestación y el parto, resulta inaplicable.

Cuando una mujer aporta el material genético y lleva a cabo la gestación, sin duda se trata de la madre. Doctrinariamente la madre es aquella mujer que aporta el material genético y que gesta la criatura, sin embargo, ¿Qué sucede en la maternidad sustituta gestacional? En ella intervienen dos o más mujeres en la procreación, la madre biológica aportando o no su material genético o teniendo la intención de tener un hijo y la madre sustituta llevando a cabo la gestación. Aquí es donde surge el conflicto, saber si la maternidad se puede compartir y puede coexistir al mismo tiempo o simplemente debe separarse.

La posibilidad de que intervengan terceros en el acto de la procreación ha hecho evolucionar el concepto de maternidad que en un principio fue unívoco, actualmente la maternidad ya no es única, con los adelantos de la ciencia se ha fraccionado, madres pueden ser varias y sí es posible que se presente la maternidad en un mismo momento y que coexistan, esto es, en el proceso de la gestación. Su participación al aportar el óvulo, “prestar” el útero o simplemente el deseo de tener un bebé es lo que hace que sean consideradas como madres, que coexistan y se comparta la maternidad. Existen pues, la madre biológica o gestante, madre genética, madre afectiva o sentimental.

Las maternidades deben separarse cuando nazca el hijo y determinar quién de todas las participantes o contribuyentes en el periodo de gestación será la madre legal de la criatura, por ello se han desarrollado varias teorías concluyentes de la maternidad.

Por lo general se aprecia una tajante separación de la maternidad y de la responsabilidad, por ejemplo la madre gestacional acepta la responsabilidad de la gestación o “fabricación” del niño, pero no la de la responsabilidad y crianza.



D) Presupuestos determinantes de la maternidad

Diferentes corrientes buscan establecer el presupuesto determinante de la maternidad. Desde el principio “*mater semper certa est*” que dominó el parentesco hasta uso de las técnicas de reproducción asistida.

a) “*Mater semper certa est*”

El principio “*mater semper certa est*” identificaba a la madre con la persona que alumbraba al hijo, no había otra opción –salvo tratándose de adopción-, ni siquiera podía imaginarse que la madre que diera a luz no lo fuera genéticamente.

Con la maternidad sustituta gestacional se utiliza la inseminación artificial o la fecundación “*in vitro*”, situación que altera la certeza de quién es la madre. Como menciona Arambula “La donación de gametos permite que no siempre quien da a luz coincida con la que aporte su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gestó el hijo es el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo.”²⁷

La intervención de terceros en el acto de la procreación ha permitido la evolución del concepto de maternidad, después de ser unívoco ahora se ha fraccionado. Se da un cambio social y sustancial que ha generado la aparición de una “maternidad plural”. La vieja concepción clásica de “madre no hay más que una” desaparece porque existen varias mujeres implicadas en la procreación. Por un lado, la donante del óvulo, por otro, la gestante, además de la mujer cuyo deseo es ser madre. Las preguntas que están detrás de esto son: ¿Quién es la madre? ¿La madre genética? o ¿La madre que da a luz? ¿La madre social o criadora?

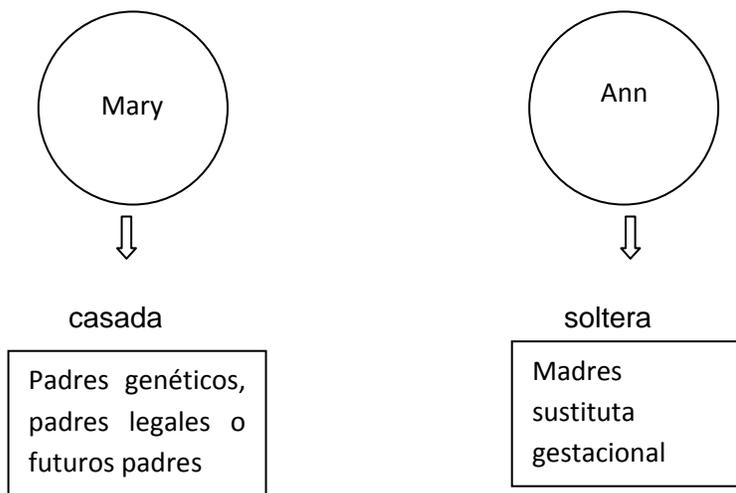
²⁷ ARAMBULA REYES, Alma, *Maternidad Subrogada*, (Investigación de la cámara de diputados) México, 2008.



Transcribiré un ejemplo para distinguir quién de las mujeres participantes en la maternidad sustituta es la madre: “Si el óvulo fecundado de Mary es implantado en el útero de Ann, ¿Quién es la madre?, ¿Quién es la subrogada?”. La figura del padre es la que marca la legalidad en el caso anterior: “Si Mary está casada con el donante del esperma, ella es la madre y Ann la subrogada. Si es Ann la que está casada, Ann es la madre y Mary la donante de óvulo.”²⁸

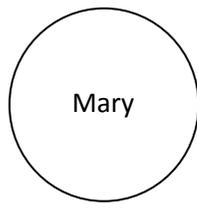
En este supuesto se pueden dar varias posibilidades para determinar cuál de las dos mujeres es la madre legal, quien es la sustituta o la donante:

CASO 1: El óvulo fecundado de Mary y su esposo es implantado en Ann, quien es soltera. En este caso los padres genéticos son Mary y su esposo, mientras que Ann, simplemente es la madre sustituta gestacional.



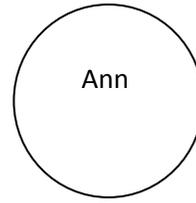
CASO 2: Mary está casada y su óvulo fecundado es implantado en Ann quien es casada, pero no cuenta con la autorización de su marido para acudir a las técnicas de reproducción asistida, ¿Qué sucede en éste caso?

²⁸ AGUINAGA ROUSTAN, Josune, *Op. Cit.*, pág. 300.



casada

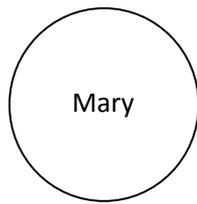
Padres genéticos,
padres legales o
futuros padres



casada /sin consentimiento
de su marido

Madres sustituta gestacional, pero se da la presunción de padre respecto del marido de Ann, pues el hijo que ella tenga será en la vigencia del matrimonio.

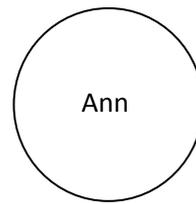
O bien, podría pasar lo siguiente:



casada

Podrían ser:

- a) Padres genéticos, padres legales o futuros padres.
- b) Donadores del material genético



casada con consentimiento
de su marido

Podrían ser:

- a) Ann simplemente la madre sustituta gestacional.
- b) Los futuros padres o padres legales del menor.

La determinación de la maternidad, la dará la figura del padre, pero se deberá analizar si está casada o no la mujer que va a participar, como gestante así como si cuenta con el consentimiento del marido para concurrir a las técnicas



de reproducción asistida, pues tomando en cuenta esos elementos podrá definirse quién es la madre legal y quién sólo fungirá como la sustituta gestacional.

b) Teorías para determinar la maternidad legal

Juristas de los Estados Unidos de América²⁹ han desarrollado cuatro mecanismos o teorías para determinar la maternidad legal en la maternidad sustituta gestacional, estas son:

i) Teoría sobre la intención

Es llamada así porque toma como presupuesto determinante al elemento volitivo, ésta teoría considera que la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura, también es conocida como “*commissinnig mother*”.

Fue desarrollada por el Estado de California basada en el caso de *Johnson vs. Calvert* en 1993, cuando la Corte se enfrentó por primera vez a la interrogante de saber si la madre legal es aquella que alumbra a la criatura o la que provee el material genético, ya que una mujer capaz de producir óvulos no podía gestar una criatura porque había sido sometida a una *histerectomía*, por tal razón ella y su marido contrataron a una mujer para ser implantada con el embrión fertilizado de ellos, pero al final, el acuerdo no se respetó y tanto la madre biológica como la que gestó a la criatura solicitaron a la Corte que determinara la maternidad legal.

De acuerdo al Código Civil del Estado de California la maternidad legal puede ser determinada mediante el parto o con la ayuda de pruebas genéticas, sin embargo, tanto la madre biológica como la genética tenían parte de razón y la Corte no sabía que decidir, en consecuencia optó por hacer una determinación de

²⁹ ALCARAZ IRRIZARRY, Diana M. y ABELLA DÍAZ, Cristina M., “Maternidad Subrogada”, 21 de julio de 2010, 13:00 horas, <http://www.clave.org/dianaycristina.pdf>



la maternidad legal en razón de la intención de las partes de tener un bebé entrando al fondo del “contrato de subrogación” independientemente de ser válido o no.

Concluyó en que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar la criatura, se basa en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, el bebé no hubiera sido concebido.

ii) Teoría de la contribución genética

Basa la determinación de la maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura, es decir, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que provee el óvulo, su presupuesto fundamental es el elemento biológico. Pero ¿Qué sucede si una tercera mujer dona el óvulo? el bebé no guarda relación entre la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criarlo, entonces ¿Quién es la madre? la única que podría reclamar la maternidad es la donante del material genético, sin embargo, su participación termina con la donación pues es su único deseo, no el de tener un hijo.

iii) Teoría de la preferencia de la madre gestante

Según esta teoría la mujer que da a luz a la criatura es la reconocida como madre legal. Está basado en el principio de “*mater semper certa est*”, pues no importa quien aporte el material genético, sino quien gaste al bebé ya que le otorgan gran valor al lazo que se crea durante el embarazo entre el bebé y la mujer gestante.



iv) Teoría sobre el mejor interés del menor

Se sustenta en el bienestar del niño independientemente de la genética y la gestación, le da amplia discreción a la Corte ya que toma en consideración factores como la capacidad que tienen las personas involucradas para proveer lo necesario al niño, tanto en el ámbito psicológico como en el físico, educación, manutención, felicidad, entre otros. Su búsqueda es lograr justicia para el menor, sólo que ésta teoría es sumamente subjetiva y podría prestarse a equivocaciones. El ejemplo más significativo es el caso de Baby M. explicado en el capítulo de antecedentes.

Puedo concluir que la madre legal será la que aporta o no el material genético, pero que tiene toda la intención de procrear y criar un bebé procurando ante todo el bienestar del menor.

Si la madre legal que propongo no aportara el material genético, ¿Se rompería el parentesco por consanguinidad? O ¿Estaríamos ante un supuesto de parentesco civil?

Al no ser necesario que la “madre” aporte el material genético, propiamente no existiría un parentesco consanguíneo sino un parentesco civil como sucede con la adopción, por lo que en caso de entrar en vigor el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada (claro con algunas precisiones que se plantean en el último capítulo), para que se reconozca en México el parentesco generado con la sustitución gestacional no debe ser necesario iniciar un procedimiento judicial, pues basta que los participantes otorguen el consentimiento en esta práctica al firmar el contrato de maternidad sustituta gestacional para que los futuros padres del menor acepten su rol y ejerzan el parentesco que pudiere generarse. Sólo en caso de que la madre sustituta gestacional decida no entregar al menor se iniciará un procedimiento para impugnar la maternidad de la substituta gestacional o bien



para hacer cumplir el contrato mencionado y deberá concluir poniendo ante todo la seguridad física y psico-emocional del menor.

Con la práctica de la maternidad sustituta gestacional, determinar la maternidad provoca un desajuste social y biológico, pues como dice Moro Almaraz *“Por un lado, quien es perfectamente capaz de proporcionar un sano material genético puede encontrarse impedida para gestar y acude a otra mujer para que la complete. La intención maternal, el llamado vínculo de sangre, coincide en la que no alumbra”*³⁰.

Aún con todos los dilemas para determinar la maternidad, la tendencia sigue inclinándose por el hecho de que madre es la que pare al hijo, pues brinda más seguridad al concepto jurídico de madre, y pese a que comúnmente es cuestionado, se ha mantenido firme aunque se concluya que la madre genética no es la que parió; sino la que tenía la intención de ser la madre.

2. Maternidad sustituta gestacional

En este punto analizaré todos los nombres que le han dado a ésta nueva especie de maternidad para demostrar por qué son incorrectos y la decisión de titular este trabajo como maternidad sustituta gestacional.

A) Concepto de subrogación

Coloquialmente podría considerarse apropiado el término de “maternidad subrogada” pues gramaticalmente la palabra subrogar³¹ significa *sustituir*, y lo que se está sustituyendo en esta nueva práctica de reproducción asistida en términos generales es el útero de la mujer que pretende ser madre. Sin embargo, como

³⁰ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Op Cit.*, pág. 253.

³¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 25 de octubre de 2011; 17:47 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=subrogar



nuestro tema está enfocado al ámbito jurídico, lo apropiado es denominar las cosas o situaciones con el tecnicismo jurídico apropiado que le corresponda, entonces desde el punto de vista legal, no es correcto denominar a la maternidad sustituta gestacional como “madres subrogadas”. Lo anterior es así, pues la subrogación es una forma de transmitir las obligaciones.

De acuerdo con el jurista Manuel Bejarano Sánchez³², la subrogación se presenta de dos maneras: a) real, cuando se substituyen unos bienes por otros y b) personal por pago, cuando el acreedor es substituido por un tercero interesado que paga la deuda o presta dinero para tal fin.

Ésta figura se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 2058 al 2061 y puede clasificarse en dos clases:

1. Legal: está instituida en la ley y produce sus efectos jurídicos por el mismo derecho –*ipso iure*- sin necesidad de que las partes lo declaren³³.

Ésta se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna por parte de los interesados cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia o el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición (Artículo 2058 del Código Civil para el Distrito Federal).

Otro supuesto es cuando la deuda es pagada por el propio deudor pero con dinero que un tercero le presta con el único objeto de pagar la deuda, y consta en un título auténtico que declara esa situación. En este caso, el prestamista queda subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, de lo contrario el

³² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 2ª. Edición, Editorial Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, 1983, págs. 427 a 435.

³³ *Idem*.



que prestó sólo tendrá los derechos que indique el contrato que suscribió (Artículo 2059 del citado código).

2. Convencional: se presenta en los casos en los cuales interviene un tercero quien no tiene interés jurídico en el pago, pero proviene de un acuerdo de voluntades que celebra con el acreedor (quien acepta ser subrogado por el tercero que le está pagando el crédito y cede su sitio de deudor al tercero) o con el deudor (quien permite al tercero sustituir al acreedor y aprovechar la situación de éste en la relación jurídica)³⁴.

La subrogación se consagra en el artículo 2072 del Código Civil para el Distrito Federal: “El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059”. No existe una obligación en subrogarle en sus derechos, pero sí lo puede hacer si lo pacta con el tercero.

Algunos autores se inclinan por mal llamarla maternidad subrogada, utilizando el significado coloquial de la palabra “subrogación” (poner una persona o cosa en lugar de otra), pero en este caso no es aplicable. En términos jurídicos el término maternidad subrogada no es el adecuado para denominar a esta nueva técnica de reproducción asistida, pues de la doctrina se desprende que subrogar en términos jurídicos se refiere a la transmisión de las obligaciones, cuando se traspaasa un crédito del acreedor original al tercero y tener un acreedor más indulgente que el anterior; más no para la maternidad sustituta gestacional, en donde se sustituye a la madre en la gestación.

³⁴ *Idem.*



B) Concepto de gestación

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁵ define la palabra “gestación” como “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.

Para De Cherney³⁶ la gestación es el estado materno que consiste en desarrollar un feto dentro del cuerpo. Por tanto, el concepto correcto que debe aplicarse a lo largo de esta tesis y como propuesta para la ley por promulgar debe ser maternidad sustituta gestacional, dado que la sustitución se da en la mujer que llevará en su interior el feto hasta el nacimiento.

C) Concepto de maternidad sustituta gestacional

La maternidad sustituta gestacional es denominada de distintas maneras en los diversos lugares en los que se presenta. Los anglosajones la denominan “surrogate mother” o “surrogated motherhood”; los franceses « mère de substitution », « mère porteuse », « mère de remplacement » o « prêt d’utérus »; los italianos utilizan “affitto di utero”, y los alemanes “Leihmutter”.

En cambio, en México se presenta un problema, ya que no se ha logrado unificar un criterio para determinar el nombre correcto y aplicable de acuerdo a su significado. Los términos utilizados son: “maternidad subrogada” (más común), “madres de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras”, “madres gestantes”, “alquiler de vientre”, “alquiler de útero”, “arrendamiento de útero”, “maternidad sustituta”, “maternidad de encargo”; y el utilizado por la tesista “maternidad sustituta gestacional”.

³⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 25 de agosto de 2011, 12:50 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=gestacion

³⁶ DECHERNEY, Alan H., *Diagnóstico y tratamiento ginecoobstétricos*, Editorial El Manual Moderno, México, 2003, pág. 211.



Enseguida, analizaré las palabras utilizadas para referirse a la maternidad sustituta gestacional, a fin de demostrar que no son aplicables a la misma y el por qué se debe calificar como sustituta gestacional.

Conceptos utilizados:

Jurídicos:

1. Préstamo: entrega de una cosa mueble o dinero, con la correspondiente obligación de devolución por parte del prestatario.
2. Arrendamiento: contrato mediante el cual las partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. (Artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal). Aplica lo mismo cuando se utiliza la palabra “alquiler”.

Biológicos:

- Gestación: es el estado materno que consiste en desarrollar un feto dentro del cuerpo.
- Útero: órgano muscular hueco del aparato reproductor femenino que aloja el embrión en desarrollo.³⁷
- Matriz: material inerte secretado por las células de tejido conectivo a las cuales rodea; con frecuencia contiene una red de fibras microscópicas gruesas entrelazadas.³⁸

Funcionales:

- ✓ Portadora: que lleva o trae algo de una parte a otra.³⁹
- ✓ Suplente: que suple; si nos vamos al significado “suplir” significa: 1. cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello. 2. ponerse en

³⁷ VILLEE, Claude A., *Biología*, 7ª. edición, Editorial Interamericana, México, 1982, pág. 778.

³⁸ *Ibidem*, pág. 770.

³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 25 de octubre de 2011, 13:45 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=portadora.



lugar de alguien para hacer sus veces, 3. reemplazar, sustituir algo por otra cosa.⁴⁰

- ✓ Sustituta: poner o colocar a una persona en lugar o posición de otra.
- ✓ Subrogada: poner una persona o cosa en lugar de otra.

Mencioné algunos conceptos de la maternidad sustituta gestacional, manejados por diversos autores a fin de estar en aptitud de proponer uno, o bien, inclinarme por el que más coincida con mi ideología.

- ✓ *Las madres subrogadas o sustitutas* son aquellas que alquilan su cuerpo mientras dure el tiempo de gestación, lo que se llama vulgarmente alquiler de útero, cuyos embarazos son producidos bien por el implante después de una fecundación “*in vitro*” con un óvulo fecundado de otra mujer; o bien por la inseminación artificial. Son mujeres que cobran por el tiempo de gestación a la mujer, hombre o pareja que quiera tener hijos y no puede por medios tradicionales.⁴¹
- ✓ Para la Diputada Maricela Contreras Julián⁴², el término de *maternidad subrogada* se utiliza para establecer la relación de subrogar, que significa sustituir o poner una persona o cosa en alguna otra, se refiere, a la práctica médica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre al producto de la concepción.
- ✓ *La subrogación de úteros* es el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.⁴³
- ✓ *Las madres por encargo o sustitutas* son mujeres que a título gratuito o mediante el pago correspondiente, proporcionan el óvulo y llevan a término,

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ AGUINAGA ROUSTAN, Josune, Op. Cit. pág. 300.

⁴² Diputada del Partido de la Revolución Democrática (PRD) que impulsó la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, 26 de agosto de 2010, 16:28 horas, www.aldf-prd.org.mx/iniciativas/noviembre09/INI-47.pdf

⁴³ ARAMBULA REYES, Alma, *Maternidad Subrogada*, (Investigación de la cámara de diputados) México, 2008.



por cuenta de terceros, la gestación de un embrión fecundado *in vitro* (*sic*)⁴⁴

- ✓ *La maternidad subrogada* es definida como aquel acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad.⁴⁵
- ✓ *El arrendamiento de útero*, también conocido como maternidad subrogada, es una modalidad *sui generis* de la gestación, que consiste en la sustitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a la madre la connotación de mujer gestante.⁴⁶
- ✓ *Técnica de reproducción asistida* conocida como *gestación por cuenta de otro* que consiste en que el embrión de una pareja se implanta en el útero de otra mujer, llamada madre subrogada, quien por un acuerdo previo, acepta que en su cuerpo se lleve a cabo la gestación y el parto, renunciando a sus derechos respecto del hijo que da a luz, en beneficio de la pareja con la que se ha obligado, que puede ser la misma con la que se ha obligado o bien persona diversa, en forma onerosa o gratuita.⁴⁷
- ✓ *Las madres de reemplazo, maternidad sustitutiva, subrogación* o simplemente *contrato de subrogación*, es una situación jurídica en que una mujer presta o arrienda su vientre durante el período de gestación, para procrear un hijo y entregarlo posteriormente a una pareja o a la persona que hizo el encargo respectivo.⁴⁸

⁴⁴ CORPORALE, María, "Aspectos civiles y penales de la maternidad por encargo", *Revista Médica y Ética*, Vol. VI, No. III, pág. 308. Citado en: GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, No. 4, 1998, pág. 853.

⁴⁵ VERA RAMÍREZ, Eduardo, *El Contrato de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*, 63 *Revista Jurídica U.P.R.*, 515, 1997. Citado en: ALCARAZ IRRIZARRY, Diana M. y ABELLA DÍAZ, Cristina M., *Op Cit.*

⁴⁶ ACOSTA VALIENTE, Enith, *Ventre de alquiler: una realidad no regulada en Chile*, 6 de mayo de 2010; 12:00 horas, <http://www.defensoriapenal.cl/noticias/dpp.php?d=5303>.

⁴⁷ SALDAÑA JUÁREZ, Jesús, "Compendios de Términos de Derecho Civil", Editorial Porrúa y UNAM. Citado GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Un hijo, tres madres y cuántos padres?*, artículo consultado el 21 de julio de 2010 en la página web: <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n395224.htm>.

⁴⁸ PARRA BENÍTEZ, Jorge, *La filiación en derecho de familia*, Editorial Leyer, Colombia, 2008, págs. 78 y 79.



- ✓ *Práctica médica* mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.⁴⁹

En cuanto a la legislación nacional, el Código Civil del Estado de Tabasco en el artículo 92 cuarto y quinto párrafo hace referencia expresa a la “maternidad sustituta y subrogada” indicándola como una excepción a la presunción del hijo nacido dentro del matrimonio:

Artículo 92

[...] En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta, se presumirá la maternidad de la madre comitente 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 genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”

Para que se presente y desarrolle esta nueva maternidad sustituta gestacional es necesario que:

1. La madre biológica sea incapaz de gestar.
2. Esté casada o sea soltera, pero quiera tener un hijo.
3. En el caso de estar casada, el marido deberá estar de acuerdo en utilizar la técnica de reproducción asistida de fecundación “*in vitro*”. (Coincido con la maestra López Faugier en que no cabe la inseminación artificial en la

⁴⁹ Informe Warnock: nombre del estudio realizado en Gran Bretaña en 1982, por una comisión presidida por la señora Warnock. Citada en *Idem*.



maternidad sustituta gestacional porque no se daría propiamente una sustitución en la maternidad ya que la gestante es la que aporta el material genético femenino para la fecundación y; por tanto sería la madre genética, biológica y legal del bebé).

4. Las partes receptoras deben pactar el pago de todos los gastos que se generen al efectuar sustitución gestacional, como la atención médica de la mujer sustituta gestacional, alimentos, vestido, calzado, los riesgos que pudieran producirse previo, durante y después de la sustitución gestacional, entre otros.
5. La madre sustituta gestacional debe entregar al menor una vez que nazca.

La maternidad sustituta gestacional, en mi apreciación, es un método utilizado por las parejas, mujeres u hombres solteros que desean tener descendencia y no pueden, funciona mediante la utilización de la fecundación “*in vitro*” en una tercera mujer, quien es fecundada con el material genético o no de los padres biológicos, gesta el producto y una vez que nace lo entrega a la pareja o persona que lo encarga, previo pago de los gastos generados durante el embarazo.

Es muy común que se permita en el matrimonio o concubinato allegarse de las técnicas de reproducción asistida para lograr el número deseado de hijos. Con el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada sólo se les da acceso a esas técnicas a los que viven en matrimonio, concubinato o a las mujeres solteras, pero si en éste país impera la igualdad entre el hombre y la mujer, ¿Por qué no permitirlo en hombres solteros? Un ejemplo actual, se observa en caso del cantante puertorriqueño Ricky Martin, quien ya tiene unos gemelos gracias a la maternidad sustituta gestacional y desea repetir el proceso para procrear una niña.



“Ricky Martin, quien también recurrió a este tipo de maternidad subrogada en 2008 para tener a sus mellizos, Matteo y Valentino, el que más habría ayudado al artista durante todo el proceso, que, al igual que la mayoría de los casos famosos, habría tenido lugar en California, uno de los Estados donde hay más clínicas de maternidad subrogada.”⁵⁰

Quizá en un futuro se incluya en la regulación que se haga de la maternidad sustituta gestacional a las parejas homosexuales, pues el primer paso ya lo dieron al permitirles casarse entre sí, ahora están en la lucha porque se apruebe la adopción para ellos –aunque no está prohibida- y una vez que esto suceda podría abrirse el paso para la utilización de la maternidad sustituta gestacional.

Actualmente, con el avance de la ciencia, en países del primer mundo pese a que ya tienen regulada la maternidad sustituta gestacional, lejos de ser solo un método utilizado para continuar con la prole, se ha convertido en un mercado

⁵⁰ *Vientres de alquiler.....Famosos pagan por ser padres*, 29 de abril de 2011, 17:25, <http://listas.20minutos.es/lista/vientres-de-alquiler-famosos-pagan-por-ser-padres-286626/>



sujeto a la ley de la oferta y la demanda. Por ejemplo en los Estados Unidos de América existe un amplio mercado de óvulos y de servicios reproductivos.

Por otra parte, la reacción de los grupos de mujeres ante este nuevo fenómeno es muy variada, pues mientras algunas lo aceptan otras lo rechazan. Las que lo aceptan creen que esto supone un control de las mujeres sobre su propio cuerpo, su autonomía personal y propicia la igualdad de oportunidades; quienes lo rechazan consideran que es la última opresión y explotación que podían sufrir las mujeres, porque serían las mujeres más pobres las que encarnan a la <<madre máquina>>.⁵¹

D) Origen de la maternidad sustituta

La procreación se ha visto como una necesidad de la familia, porque la existencia de hijos era imprescindible para la guerra, la defensa y el pastoreo. Sin embargo, se han presentado diversos problemas que impiden que se logre la procreación y se recurra a los métodos de reproducción asistida.

El desarrollo de la ingeniería genética propone poner fin a los problemas de esterilidad (incapacidad para crear gametos) e infertilidad (incapacidad para concebir o mantener el embrión en la matriz), al obstáculo que se opone al deseo de dos personas de crear juntos a otro ser humano derivado de la ausencia de concepción después de un año de relaciones sexuales frecuentes.

Surgen muchas interrogantes como ¿La legislación es acorde con los avances de la ingeniería genética?, ¿Existe un derecho a la procreación asistida? o ¿La procreación es obsoleta frente a la procreación asistida?, ¿Existe prohibición expresa para usar estos métodos?

⁵¹ AGUINAGA ROUSTAN, Josune, *Op. Cit.* pág. 300.



Con el fin de evitar su manipulación al margen de la ley, es que se propone se promulgue el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada con las observaciones realizadas en el último capítulo de este trabajo, incluyendo el cambio de título.

La maternidad sustituta gestacional surge como una respuesta a la esterilidad, posteriormente como una acción terapéutica, y hoy en día es una opción solo familiar viable.

Para descubrir cuáles son las causas que generan la esterilidad en las parejas mencionaré cuáles son los ingredientes para lograr la procreación:

1. Los ovarios deben producir óvulos sanos.
2. Las Trompas de Falopio deben encontrarse libres de obstrucción, para permitir que el óvulo pase por ellas y se encuentre con los espermatozoides.
3. Los espermatozoides deben estar sanos a su vez, para poder llegar a unirse satisfactoriamente con los óvulos en las trompas de Falopio.
4. El revestimiento del útero no debe estar dañado, sino dispuesto de tal manera que el óvulo fertilizado pueda “implantarse” en él (sujetarse con éxito en el revestimiento del útero).
5. Después deberán producirse las hormonas necesarias para nutrir el óvulo fertilizado e implantarlo⁵².

Teniendo lo anterior, no sería necesario recurrir a la maternidad sustituta gestacional, no obstante, es importante mencionar que la “*American Society for Reproductive Medicine*”⁵³ informa que las mujeres menores de 30 años tienen un 20% de posibilidades de quedar embarazadas en cualquier mes y estas

⁵² NAGLE, Doreen, *Todavía puedo ser mamá. Guía de la maternidad a partir de los 35 años*, 11ª. Edición, Editorial Océano, España, 2003, pág. 136

⁵³ *Ibidem*, pág. 133.



posibilidades se reducen hasta un 5% cuando una mujer alcanza los 40. He ahí la importancia de no dejar transcurrir mucho tiempo pues resulta ser un factor crucial.

A diferencia de las mujeres que se encuentran en la veintena o a principios de la treintena, una mujer que pase de los 35 años, puede detectar la existencia de problemas para quedar embarazada y de inmediato debe buscar ayuda de un especialista en fertilidad.

No sólo la mujer es responsable de no tener descendencia, también los hombres tienen un reloj biológico, cuya alarma suena mucho antes que el de una mujer. Según la revista "*Journal of Human Reproduction*", una vez rebasada la edad de 24 años, cuanto mayor es el hombre, más difícil le resulta dejar encinta a su pareja⁵⁴.

Las causas más comunes de la infertilidad femenina son: ⁵⁵ y ⁵⁶.

1. Retraso del embarazo: la infertilidad afecta sobre todo al grupo de mujeres que retrasan el embarazo, pues la capacidad de concebir disminuye entre un 30 y un 40% desde mediados de la treintena hasta mediados de los 40; a la edad de los 50 años, llega casi a cero. Las mujeres nacen con todos los óvulos de que dispondrán a lo largo de su vida, unos 2 millones, mientras que los hombres producen alrededor de 72 millones de espermatozoides nuevos cada día. Los óvulos sanos y fértiles se agotan aproximadamente entre cinco y diez años antes del comienzo de la menopausia.
2. Síndrome del ovario poliquístico: se presenta en las mujeres cuyos problemas hormonales las hacen producir óvulos en exceso, los cuales posteriormente se convierten en quistes que evitan la fertilidad.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 134.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 133 a 136.

⁵⁶ TABOADA, Leonor, *La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fertilización in vitro*, Editorial Icaria, Barcelona, 1986, págs. 22-25.



3. Desequilibrios hormonales: la presencia de demasiadas hormonas masculinas puede ser una de las causas.
4. Exceso o insuficiencia de grasa corporal: el exceso de peso o la delgadez extrema, los ejercicios físicos en exceso, la mala alimentación y los tóxicos industriales son factores reconocidos en la esterilidad.
5. Enfermedades crónicas: como diabetes o hepatitis, pueden dificultar la concepción, la tuberculosis es causa de infertilidad.
6. Endometriosis: es el crecimiento de tejido fuera del útero, ese crecimiento de tejido se puede convertir en tumores generalmente benignos los cuales provocan dolor, infertilidad y flujo menstrual abundante.
7. Tratamientos médicos o uso de dispositivos intrauterinos.
8. Disfunción de fecundidad: se refiere a la incapacidad para llevar un embarazo a buen término.
9. Malos hábitos de vida: el consumo de alcohol, tabaco, drogas o ciertos medicamentos puede influir en la capacidad para concebir.
10. Factores ambientales.
11. Antecedentes de abortos.
12. Enfermedades de transmisión sexual: si son mal tratadas como la gonorrea, la sífilis y clamidia trachomatis, también son responsables de bloqueos tubáricos.
13. Obstrucción de las trompas de Falopio: el bloqueo tubárico, que impide el paso del óvulo desde la trompa hacia el útero al estar totalmente bloqueadas las trompas, si lo están parcialmente, puede impedir la bajada del óvulo pero no la subida de espermatozoides.
14. Desconocimiento del ciclo de la ovulación.
15. Citología vaginal anormal: es la presencia de células anormales en el cuello del útero o cérvix que pudieran producir cáncer.
16. Embarazos ectópicos: es un embarazo desarrollado fuera del útero, se da en la trompa y es de riesgo porque la trompa no puede resistir durante



mucho tiempo el crecimiento del embrión y una hemorragia interna puede poner en peligro la vida de la mujer.

17. La clamidia: está considerada como un grave factor de riesgo, especialmente porque puede ser asintomática y no se detecta con las citologías sino con pruebas especiales.
18. Los tumores de útero y las lesiones de cuello de útero también pueden ser causa de esterilidad.
19. Esterilidad idiopática: es de origen desconocido pues se presenta sin ninguna causa aparente puesto que ni el hombre ni la mujer muestran inaptitud para el embarazo aunque éste no se produzca.
20. Causas desconocidas e inusuales: como problemas uterinos y cervicouterinos.
21. Tratamientos con radiación.

Las causas más comunes de la infertilidad masculina son:

1. La vasectomía.
2. Oligospermia: se da en los hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides.
3. Varones que se ha sometido a un tratamiento químico o radioterápico.
4. En sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar el acto sexual.
5. Azoospermia secretora: si no hay producción de espermatozoides.
6. Azoospermia excretora: cuando no hay conductos secretores o están obstruidos y los espermatozoides no pueden ser expulsados.
7. Astenospermia: cuando los espermatozoides tienen escasa movilidad o vigor.
8. Esterilidad idiopática.

Las anteriores causas son solo algunas de las generadoras de la esterilidad e infertilidad en hombres y mujeres por ello la recurrencia a la maternidad sustituta



gestacional, pues el ser estéril o infértil aparece como un estigma degenerativo para las personas que lo padecen y desde la antigüedad se veía como un castigo divino por los pecados cometidos.

En la iniciativa de ley que presenta la diputada Maricela Contreras Julián se plasma la importancia de usar a “la maternidad subrogada” para facilitar a las mujeres que se encuentran en la imposibilidad física –o aún psicológica- de llevar a término un embarazo o un parto, tener la posibilidad de ser madres sin ponerse en riesgo.

3. Madres portadoras y las técnicas de reproducción asistida

Aunque las técnicas de reproducción asistida se conocen desde hace tiempo, siempre han sido objeto de cuestionamientos éticos, morales y jurídicos, no habían sido aceptadas del todo, pero con el paso del tiempo no sólo son una opción sino se han convertido en una necesidad para la perpetuación de la especie.

Como refiere el Maestro Ernesto Gutiérrez y Gutiérrez la “Inseminación en los Seres Humanos” es un procedimiento fisiológico que ha venido a poner en crisis a la moral y al Derecho, y en especial de éste, a la filiación, al matrimonio, al divorcio, y al derecho sucesorio por lo que se refiere a la sucesión legítima de los descendientes.⁵⁷

Lo anterior es tan cierto, que por ello es necesario entender en qué consiste la inseminación artificial y la fecundación “*in vitro*” a fin de proponer una adecuada reglamentación de la materia, dejando fuera todo el cúmulo de perjuicios y opiniones en contra, pues ya es parte de nuestra realidad histórica y por tanto necesita estar regulada.

⁵⁷GUTIÉRREZ Y GUTIÉRREZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 549.



Las técnicas de reproducción asistida dan paso a la maternidad sustituta gestacional y con ello a las madres portadoras quienes son mujeres fértiles que funcionan como madres sustitutas gestacionales al permitir ser fecundadas “*in vitro*” con el material genético de la pareja contratante o de donantes, gestan la criatura y una vez producido el alumbramiento, renuncian a la custodia del menor, a favor de los padres biológicos, para que ejerzan el parentesco que se genere.

Por su modalidad, las técnicas de reproducción asistida pueden ser gratuitas o retributivas, y desde el punto de vista de los elementos personales y atendiendo en primer lugar a la portadora, ésta puede ser célibe, soltera, casada, viuda o divorciada. De encontrarse ligada con un vínculo conyugal, puede realizar la gestación con el consentimiento del esposo o sin él.⁵⁸

Existen grupos de mujeres que aceptan estas prácticas y otras que no, este tipo de cuestiones propicia discusiones acerca de si esto supone la compra de niños, si con estas técnicas se produce una propiedad sobre un ser humano que estaría más cerca de ser un esclavo que un ser humano libre.⁵⁹

Para Leonor Taboada, el perjuicio contra la madre “alquilada” como ave de rapiña o como simple incubadora quedó patentizado en un programa de TV3 emitido durante el verano de 1986. En el programa, “Vosté Jutja” el tema que se juzgaba era el de una mujer “portadora” que se negaba a entregar el hijo “por encargo”. Varios grupos de personas, distribuidos por distintas zonas de Catalunya, opinaron que había que condenar a la madre que alquiló el útero y entregar el niño a los “compradores” puesto que ella había aceptado dinero y firmado un contrato para entregar “un producto”.⁶⁰

⁵⁸ AGUINAGA ROUSTAN, Josune, *Op. Cit.* págs. 299 y 300.

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ TABOADA, Leonor, *Op. Cit.*, págs. 37 y 38.



A) Inseminación artificial

Desde el punto de vista biológico, la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado.⁶¹

La inseminación artificial es la introducción de esperma en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual.

Para el Maestro Gutiérrez y González, la inseminación artificial es el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra – útero- por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito.⁶²

Para algunos autores, la inseminación artificial consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual.

Para Taboada, la inseminación artificial es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen del donante).⁶³

Para Soto, la inseminación artificial ocurre cuando los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las Trompas de Falopio, usando un método distinto de la copulación sexual.⁶⁴

Rafael Rodríguez Moreno estima que la inseminación artificial es depositar en la vagina o en el útero de la mujer, esperma del esposo o de un tercer donante,

⁶¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 20.

⁶² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Op. Cit.*, pág. 553.

⁶³ TABOADA, Leonor, *Op. Cit.*, págs. 33-35.

⁶⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, pág. 21.



para tratar de obtener por este sistema el embarazo de la mujer, como recurso extremo en el tratamiento de la esterilidad masculina y femenina.⁶⁵

Recibe el nombre de “artificial” porque la conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace en forma natural, falta el acto copulatorio, aunque la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza.

La inseminación artificial puede ser homóloga, heteróloga o confusa; según sea la fuente de donde se obtenga el semen.

a) Homóloga

Recoge ese nombre porque el esperma se toma del marido o del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén casados (concubinario) y se hace llegar al óvulo de la esposa o concubina, introduciéndolo en el útero.

Generalmente se utiliza cuando existen obstáculos orgánicos que impiden la fecundación, puede ser por la imposibilidad de depositar en forma natural el semen en el fondo de la vagina o cuando la acidez de la matriz es tal que paraliza a los espermias antes de que lleguen a las trompas; también puede ser causada por malformaciones congénitas del aparato sexual masculino o femenino, por falta de condiciones adecuadas en el semen del varón, para la fecundación, por alteraciones en el moco del cuello del útero o por el rechazo inmunológico del semen a nivel de la vagina o cuello del útero, entre otros.

Para el maestro Gutiérrez y González la inseminación homóloga también llamada por él “autoinseminación” es la que se practica dentro del matrimonio, o

⁶⁵ PARRA BENITEZ, Jorge, *La filiación en derecho de familia*, Editorial Leyer, Colombia, 2008, pág. 75.



del concubinato, inseminando a la esposa o concubina con el semen o esperma de su pareja.⁶⁶

b) Heteróloga

Se llama así porque el semen procede de un varón distinto del esposo, o concubino generalmente anónimo.

La inseminación heteróloga o “heteroinseminación” como la llama el maestro Gutiérrez y González puede darse en mujeres casadas o en concubinato y en mujeres solteras y se practica con el semen de un “*tradens*” (el que transmite) y se le entrega a un “*accipens*” (quien recibe).

Este tipo de inseminación es la que presenta más problemas al término de la misma, tanto para la gestante como para la pareja receptora e incluso el donante, por ello quienes la frecuentan más son las mujeres solteras y lesbianas. Pero ahora con la nueva modalidad de la maternidad, es también la técnica básica del “alquiler de úteros” en la que se insemina a una mujer, con semen del hombre cuya pareja es estéril o infértil, quién llevará el embarazo a término y un vez que haya parido, entregará al niño.⁶⁷

c) Confusa, mixta o combinada

Se crea una mezcla con esperma de dos o más varones, generalmente del marido o concubinario de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios dadores, se utiliza cuando los espermatozoides del esposo o concubinario no son del todo aptos para fecundar, por lo que al mezclarlos con los de otros hombres, ayuda a consolidar la personalidad del esposo, a fin de hacerle suponer o creer que tal vez él sea el padre genético del hijo de su mujer.

⁶⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Op cit.*, pág. 557

⁶⁷ TABOADA, Leonor, *Op. Cit.*, págs. 33-35.



B) Fecundación *in vitro*

Para Soto, la fecundación "*in vitro*" consiste en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que éste fenómeno se realice "*intra corpore*".⁶⁸

Mientras que para Taboada, en la fecundación "*in vitro*" el procedimiento es distinto, pues la fecundación se realiza en una probeta, aunque también puede ser homóloga y heteróloga, ello depende de si se trata del óvulo de la cónyuge o de una tercera mujer, del semen del marido o de un donante. En ésta se sule a la Trompa de Falopio artificial, en sus funciones de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.⁶⁹

Desde el punto de vista terapéutico, se dice que si el problema de la mujer consiste en la obstrucción de las trompas de Falopio sin que esté comprometida su ovulación y su capacidad para gestar, la solución clínica sería la fecundación homóloga "*in vitro*" de uno o varios de sus óvulos y posteriormente la transferencia de los mismos a su útero. Pero si el defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, la recomendación médica sería recibir en donación un óvulo ajeno o embrión, igual para el caso de que el marido sea también estéril o infértil.

Y, cuando radique en la infertilidad, esto es la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces se podría recurrir a la maternidad substituta gestacional, a fin de que se sustituya esa función, aportando la pareja infértil el material genético, sin embargo, si se trata de esterilidad e infertilidad a la vez, la maternidad substituta gestacional podría ser con la

⁶⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, pág. 33.

⁶⁹ TABOADA, Leonor, *Op. Cit.*, págs. 33-35.



aportación del óvulo donado de la sustituta inseminada con el esperma del marido de la estéril e infértil.⁷⁰

La fecundación “*in vitro*” básicamente necesita de tres pasos para desarrollarse:

- a) La obtención del óvulo u óvulos, extrayéndolos de la cavidad abdominal.
- b) La puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación.
- c) La transferencia del embrión al interior del útero, para que allí se realice el proceso de implantación y continúe el desarrollo embrionario.

De lo anterior se concluye nuevamente que lo único artificial es la manera de realizar la fecundación, pues todo lo demás continúa su proceso natural.

a) Homóloga

Los portadores de las células germinales coinciden en su totalidad con los que serán los futuros padres, aportan tanto el semen como el óvulo para posteriormente implantar el cigoto resultante en el útero de la mujer que llevará a cabo el embarazo.

b) Heteróloga

Sucede cuando la portadora o madre sustituta gestacional es la donante del óvulo e inseminada artificialmente con el esperma del varón de la pareja contratante.

⁷⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, págs. 35 y 36.



El procedimiento para que se dé la fecundación “*in vitro*” se puede resumir de la siguiente manera:

- 1) Superovulación⁷¹,
- 2) Laparoscopia y una técnica adecuada de extracción, mediante una intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros,
- 3) Cultivo del óvulo, una vez extraído se le ubica en el fluido de cultivo en la incubadora,
- 4) Fecundación “*in vitro*” con semen previamente recolectado, analizado y preparado para la unión de ambos gametos en la incubadora,
- 5) Incubación por algunos días a fin de constatar su desarrollo normal y finalmente,
- 6) Transferencia del embrión al útero femenino.

Lo anterior significa que primero se administran a la paciente medicamentos para estimular los ovarios, aumentando así las posibilidades de lograr un embarazo. Después, los óvulos se retiran del ovario mediante una ecografía transvaginal y manteniendo a la paciente sedada, pero sin aplicarle anestesia general. Acto seguido, tiene lugar la fecundación de los óvulos y el cultivo de los embriones en el laboratorio. Finalmente, se procede a la colocación de los embriones en el útero para su implantación, es lo que se conoce como “transferencia del embriones”.⁷²

El ciclo de la fecundación “*in vitro*” generalmente tarda dos meses, un mes es utilizado para preparar a la mujer y el otro mes es para intentar la fecundación hasta que se logre. Por lo general se recurre a la fecundación “*in vitro*” cuando hay esterilidad femenina por malformación o disfunción de los ovarios, por anomalías en las Trompas de Falopio o endometriosis.

⁷¹ Es la estimulación del ovario con métodos hormonales para la maduración folicular y mayor liberación de óvulos.

⁷² *Ibidem*, pág. 40.



Esta técnica de fecundación “*in vitro*” coloca a la madre sustituta en una posición única: se convierte en la madre de nacimiento, pero no en la madre genética.⁷³

c) Con intervención de un donador

Se puede presentar el caso de que una mujer done su óvulo para que sea fecundado con semen del marido o concubino de la madre biológica y posteriormente sea introducido en el útero de la portadora.

O bien, puede darse el supuesto a la inversa, que se trate de un donador de semen para que sea fecundado con el óvulo de la madre biológica y posteriormente sea implantado para la gestación en una madre gestacional.

Generalmente es utilizado por las mujeres mayores que no pueden concebir y que la única manera de lograrlo es utilizando el óvulo o útero de otra mujer.

4. La familia como receptora de las técnicas de reproducción asistida

La familia desde los tiempos antiguos ha tenido como fin la perpetuación de la especie y jamás se puso en duda la maternidad, pues se determinaba presuntivamente mediante el parto, la paternidad era la única que necesitaba tomar en cuenta la época de la concepción para inferirla.

Con la tecnología actual, ya no es impensable que la mujer que da a luz no sea la que hubiese aportado el material genético, pues la posibilidad de extraer o transferir óvulos de una mujer a otra o de fecundarlos “*in vitro*” y colocarlos

⁷³ NAGLE, Doreen, *Op. Cit.*, págs. 140 a 142.



después en un útero de una sustituta. La simplicidad técnica está generando conflictos legales en la actualidad.

La familia siempre se ha caracterizado por ser una institución sagrada conformada por la unión de personas unidas por un vínculo de sangre, recientemente la concepción de este tipo de familia ha cambiado, lo más importante ya no es la moralidad de los individuos, los intereses espirituales de los niños, el buen funcionamiento de la sociedad, una relación sexual continuada, deberes y derechos entre los esposos, esa unión que definía a la familia ha cambiado.

La familia moderna no sigue los mismos fines que la antigua, el mejor ejemplo de ello es la maternidad sustituta gestacional, pues pueden hacer uso de ella tanto hombres como mujeres solteros con deseos de ser padres, pero entonces dónde queda la figura de la familia y la idea que el menor al crecer en un hogar rodeado de amor por parte de ambos progenitores contribuirá a que sea una mejor persona. El interés superior del menor, donde tenga un sano desarrollo tanto físico como emocional, pasa a segundo término, ya que lo más importante es la satisfacción de los deseos propios, tener descendencia aunque no se tenga que ofrecerle al nuevo integrante.

Abordaré un poco lo referente a la familia, para aterrizar en los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida, así como de la maternidad substituta gestacional.

A) Familia

La familia es una institución universal que todavía continúa ejerciendo las funciones educativas, religiosas protectoras, recreativas, productivas y biológica.



Sin duda, la función biológica es la piedra angular de la sociedad, de ella depende la organización de un grupo social.

La función biológica de la familia ha sido sometida a diversos cambios en las últimas décadas, unas a favor del descenso de la fecundidad y otras a su elevación. El cambio de la base familiar de lo rural a lo urbano, la disminución del tamaño medio de la vivienda, las limitantes económicas que se generan al tener muchos hijos, el aumento de la educación de la mujer que tiende a reducir su fecundidad, la disminución de los incentivos religiosos en pro de las familias numerosas, el aumento de mujeres casadas que trabajan fuera del hogar, así como la propagación del conocimiento de los anticonceptivos entre la población es lo que ha generado el descenso de fecundidad.

La tecnología, permite elevar la fecundidad de las mujeres por ende la familia no puede permanecer inalterable en una sociedad en pleno cambio.

Es importante regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, pues de no hacerlo, la familia dejaría de ser una institución estable para convertirse en una mera e inestable relación personal con ciertos tintes institucionales.⁷⁴

a) Concepto de familia

Conceptos de familia hay muchos –hasta 23 según un reporte de la Secretaría de Desarrollo Social-, y sólo tomaré como referencia para el tema en estudio dos opiniones:

Sociológicamente la familia es el núcleo primario de la sociedad y el conjunto de familias componen el grupo social, desde el punto de vista económico

⁷⁴ E. MERRILL, Francis, *Introducción a la sociología*, trad. de Antonio Gobernado, Editorial Aguilar, España, 1969, pág. 314.



la familia es la unión de los esfuerzos para alcanzar los satisfactores a las necesidades de todos los miembros del núcleo familiar.⁷⁵

La familia surge como respuesta a la necesidad del ser humano de convivir, generalmente con una persona del sexo opuesto a fin de procrear.

Jurídicamente, la familia es *“el conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar, y tengan por ley.”*⁷⁶

b) Concepto de parentesco

El parentesco es uno de los elementos del concepto de familia, no existe una definición establecida en la ley, para el maestro Gutiérrez y González el *“parentesco es el vínculo jurídico, permanente, por regla general, que reconoce o crea la ley, entre dos o más personas físicas, ya en razón de tener ellas sangre común, ya como consecuencia de un contrato de matrimonio, ya de un contrato de concubinato, ya finalmente, de una acto que imita el engendramiento y que acepta y sanciona la ley”*.⁷⁷

En el Código Civil para el Distrito Federal sólo se reconocen como parentesco los de consanguinidad, consanguíneo por equiparación, afinidad y civil.

De conformidad con el artículo 293 del citado código:

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

⁷⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 4.

⁷⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Op. Cit.*, pág. 140.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 156.



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

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

El autor en cita define al parentesco por consanguinidad como el “*vínculo jurídico permanente, vitalicio, que se crea entre dos o más personas físicas, en atención a que entre ellas hay un lazo sanguíneo, por tener alguna persona física como ascendiente común.*”⁷⁸

Y en el artículo 294 del mismo ordenamiento se determina:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.”

El maestro Gutiérrez y González lo describe de dos maneras:

- a) *Es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de matrimonio, entre la esposa y los parientes consanguíneos del esposo, y entre éste y los parientes consanguíneos de la esposa.*
- b) *O es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de concubinato, entre la concubina y los parientes consanguíneos del concubino, y entre el concubino y los parientes consanguíneos de la concubina.*

Y en el artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal se establece que:

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 157.



“El parentesco civil es el que nace de la adopción en los términos del artículo 410-D”.

En palabras del doctrinario antes referido, es el *“vínculo jurídico que se establece, por disposición de ley, ya sea sólo entre adoptante y adoptado, ya entre adoptado, adoptante y toda la familia consanguínea del adoptante”*

c) Concepto de paternidad

La ley no define qué se entiende por paternidad, sin embargo, sí hace mención de cuando se presumen hijos del padre, y esto es de conformidad con el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal:

*“**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 ex-cónyuge.

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

No obstante lo anterior, como presunción legal que es, admite prueba en contrario. El haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que ha precedido al nacimiento.

En el caso de la maternidad sustituta gestacional, la unión carnal entre un hombre y una mujer no se requiere, pues no hay cópula, por lo que la simple donación del semen debiera ser insuficiente para atribuir la paternidad al donador que lo hace en pro de la investigación.



La voluntad de tener el hijo es el dato distintivo de la procreación asistida para atribuir la paternidad, de ahí que se deba distinguir entre la voluntad de usar el propio semen para la fecundación de una mujer determinada a fin de tener juntos sus propios hijos; y la voluntad de entregar el semen a otros que hagan con él lo que deseen, como es el caso de la donación de gametos a un banco de espermias.

Por ello, es necesario crear una reglamentación de la paternidad y la maternidad con la utilización de las técnicas de reproducción asistida que asegure a los usuarios de las mismas que el nacido va a ser legalmente hijo suyo, sin posibilidad de impugnaciones y con una firme determinación de la filiación.

B) Limitación de los destinatarios

El nacido con la utilización de estas técnicas ¿Tiene dos madres biológicas?, si es así, ¿Cuál tiene la patria potestad?, ¿La pareja homosexual tiene derecho a engendrar? O ¿Sólo deben permitirse esas prácticas a parejas casadas o unidas en concubinato?

En un inicio las técnicas de reproducción asistida fueron consideradas únicamente como terapéuticas a una enfermedad, a la esterilidad generada en la pareja que generalmente se trataba de un matrimonio.

Como cita Moro Almaraz, la esterilidad no debe verse sólo en la “pareja”, ahora debe verse en la “individualidad” y con ello los juicios de valor deben modificarse.⁷⁹

Analizaré quienes deben ser los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida y en qué condiciones.

⁷⁹ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Op. Cit.*, pág. 177.



a) Matrimonio

El matrimonio es el destinatario por excelencia, sin duda es aceptado sin discusión alguna pues por regla general es estable. Esa estabilidad y la legalidad es la que da más confianza para el hijo que va a nacer porque está alejado de los conflictos que pudieran generarse en otros supuestos de destinatarios.

Lo más importante es el bienestar del menor y en el matrimonio de parejas heterosexuales se da un ambiente natural e idóneo para acoger al menor que está por llegar, con unos padres que proporcionarán al niño un adecuado y normal desarrollo de su personalidad.

Santosuosso, opina que *“ya es bastante para un sujeto ser fruto de la IA, lo que puede ocasionarle múltiples traumas, para añadirle también el riesgo de una válida figura paterna, o de tener por progenitores a dos lesbianas”*⁸⁰

Pareciera que se trata de violar los derechos humanos, sin embargo, no es así, simplemente se trata de garantizar una familia “normal” al menor que está por nacer y que tiene todo el derecho a acceder a un padre y una madre. Para la religión católica, el matrimonio es el único ámbito lícito para la procreación.⁸¹

b) Concubinato

La figura del concubinato como receptora de las técnicas de reproducción asistida, aún está en duda pues a pesar que los concubinos desarrollan una vida “marital”, su estabilidad está constantemente amenazada porque en cualquier momento pueden terminarlo. Pese a ello ocupa el segundo lugar para ser

⁸⁰ SANTOSUOSSO, F. *La fecondazione artificiale humana*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1984, págs. 98-99. Citado en MORO ALMARAZ, *Op. Cit.*, pág. 182.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 183.



calificado como destinatario y de acuerdo al proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal en caso de que se practiquen las técnicas de reproducción asistida durante el concubinato, la filiación que se genere seguirá las mismas reglas como si se diese en un matrimonio.

c) Parejas homosexuales y lesbianas

Se ha generado un rechazo generalizado a estas parejas destinatarias al ser consideradas un mal ejemplo para el menor y no permitirles un adecuado desarrollo psico-emocional, pero ¿qué sucede con los derechos de las mujeres de ser madres y de los hombres de ser padre? Todo parece indicar que se les está violentando su derecho fundamental consagrado en el artículo 4º Constitucional, que establece que todos los hombres y mujeres somos iguales ante la ley, de lo que se desprende que tanto hombres como mujeres tienen el derecho fundamental de tener el número de hijos deseados, más aún bajo el principio de que lo que no está prohibido está permitido.

Luis Rodríguez Manzanera⁸², en su libro de “Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología” señala que teóricamente una pareja homosexual, puede hacer uso de estas técnicas, pues en una pareja homosexual femenina se puede dar la fusión de dos óvulos y posteriormente implantar el producto en el útero de una de ellas. Si se trata de una pareja homosexual masculina se pueden fusionar ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, los cuales serán transferidos posteriormente a un útero alquilado, o bien, pueden optar por intentar el embarazo abdominal masculino implantando el producto en el útero peritoneal, con soporte hormonal al inicio y finalmente terminará con una cesárea.

⁸² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología”, *Criminalia 60 aniversario*, Academia de Ciencias Penales Año LX, No. 4, México, D.F. Nov-Dic., 1994, México, Porrúa, 1994.



En México aún no es “aceptado” que las parejas homosexuales o de lesbianas recurran a las técnicas de reproducción asistida, no obstante que ya esté permitido el matrimonio de éstas parejas y al derecho a la procreación esté consagrado en nuestra Carta Magna, en teoría seamos los hombres y mujeres libres e iguales ante la ley.

En otros países ya es permitido que las parejas de homosexuales o lesbianas ejerzan su derecho de maternidad o paternidad según sea el caso, no sólo a través de la adopción sino con la maternidad sustituta gestacional, tal es el caso del cantante Elton John quien a poco tiempo de casado en vínculo homosexual ahora es padre de un hermoso bebé.



*“Elton John, uno de los cantantes más exitosos de Gran Bretaña, también utilizó el sistema de vientre de alquiler para tener a su primer hijo. En diciembre pasado, el cantante anunció que, junto a su pareja David Furnish, habían sido padres mediante este método. Recientemente, el artista comentó que, para la comodidad de su hijo Zachary, la madre de alquiler envía su leche por correspondencia, para que el niño pueda tomar”.*⁸³

⁸³ *Vientres de alquiler.....Famosos pagan por ser padres*, 29 de abril de 2011, 18:00, <http://listas.20minutos.es/lista/vientres-de-alquiler-famosos-pagan-por-ser-padres-286626/>



d) Mujeres y hombres sin pareja

Existen argumentos a favor y en contra que mujeres u hombres sin pareja puedan ser receptores de las técnicas de reproducción asistida.

A favor existe el derecho consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contempla la libertad de procreación y al estar determinado en la Norma Suprema, debe respetarse y el principio de que lo que no está prohibido está permitido.

En contra encontramos más argumentos, comenzando por el conflicto que se crea por el hecho que una mujer u hombre soltero, viudo o divorciado traiga al mundo a un hijo sin padre o madre porque de inicio el menor sería huérfano y le estaría vulnerando el derecho de todo niño de tener una familia⁸⁴. Por otro lado, el hecho que las técnicas de reproducción asistida únicamente constituyen una opción terapéutica para las parejas unidas en matrimonio que no pueden concebir un hijo, en la vía tradicional.

i) Celibato

En el proyecto de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal – próxima a promulgarse-, no está regulado que los hombres célibes puedan recurrir a las técnicas de reproducción asistida, acción que de entrada muestra una discriminación en contra del sexo masculino, pues para la Ley Suprema, hombres y mujeres son iguales ante la ley, por tanto tienen los mismos derechos y al no permitirles ser receptores de éstas técnicas se les está dando un trato desigual y negando el derecho de tener acceso a una familia.

⁸⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 19 “Derechos del niño”: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición del menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.



En México no se tiene noticia de que un hombre célibe haya tenido senda a la técnica de reproducción asistida vía una madre sustituta gestacional, pero sí se sabe que el puertorriqueño Ricky Martín quien siendo soltero pudo ser padre de gemelos gracias a la maternidad sustituta gestacional, independientemente de sus preferencias sexuales. Lo mismo sucedió con el cantante Miguel Bosé, quien pudo ser padre mediante la “contratación de una madre de alquiler.”



“Miguel era padre de dos gemelos nacidos de una mujer que alquiló su vientre en Estados Unidos”.⁸⁵

ii) Soltería

Las mujeres solteras no tienen problemas para ser consideradas destinatarias de la maternidad sustituta gestacional, al ser la excepción a los destinatarios (matrimonio o concubinato), de acuerdo a la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, ellas si pueden ser madres con la utilización de la inseminación artificial o la fecundación “*in vitro*”, siempre y cuando reúnan los requisitos que se piden a las mujeres casadas o concubinas.

iii) Viudez

También es conocida como inseminación “*post mortem*”, y se presenta cuando el donante del semen o los donantes del embrión han fallecido antes de

⁸⁵ Àgatha Estera, *Miguel Bosé padre a través de la maternidad subrogada*, 27 de abril de 2011, 18:20 horas, <http://www.enfamiliarg.com/noticias/miguel-bose-padre-a-traves-de-la-maternidad-subrogada/>



que sea implantado en la mujer receptora quien puede ser la viuda o concubina del que donó el material genético o una tercera mujer que recibe el embrión fecundado con el semen del viudo, es decir, una madre sustituta gestacional quien prestará su útero para lograr la fecundación pero no pretenderá asumir la maternidad sino entregar al niño al cónyuge viudo o concubina del fallecido, una vez que nazca.

Ello sólo podría pasar si se congelan los gametos o embriones y son utilizados una vez que un integrante de la pareja fallezca, en México aún no está regulado éste apartado.

El origen de éstos destinatarios más que terapéuticos o por el deseo de tener un hijo y no poder, se realiza para tratar de reemplazar al ser amado, “reviviendo” al esposo o esposa, concubinario o concubina muerta a través de un hijo póstumo, por tanto, si la viuda no sufre esterilidad o infertilidad, no tiene ningún derecho ni frente al médico ni a cargo del Estado, para hacerse inseminar.⁸⁶

Para algunos autores, el problema en estos destinatarios, más que la filiación que siempre existirá, se presenta en el derecho sucesorio, pero suponiendo que el hijo nacido por inseminación artificial “*post mortem*” no tenga derechos hereditarios, ello no significa que no pueda llevar el apellido del padre o madre y emparentar con la familia de aquellos, exigiendo a los mismos que le provean de alimentos, siempre y cuando el menor nazca dentro de los 300 días de la muerte de su progenitor como lo señala el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal considerándolo hijo de matrimonio.

⁸⁶ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Op. Cit.* pág. 104.



CAPÍTULO III

PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUSTITUTA GESTACIONAL EN DIVERSAS MATERIAS

En éste capítulo analizaré los problemas jurídicos que se presentan con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, empezando por supuesto con la filiación que podría surgir entre los donadores del material genético y el menor, el problema económico que se generaría, pues podría prestarse a la comercialización de los gametos y entonces ¿estaríamos frente a un acto de comercio? También surge el conflicto en determinar si se produce o no una donación de los gametos o si se trata de otro acto jurídico; y ¿qué sucede con la garantía de procreación consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?, actualmente derecho humano.

También hay que determinar la responsabilidad jurídica en la que pueden incurrir los participantes en la maternidad substituta gestacional: usuarios o destinatarios, donadores, el sistema hospitalario incluyendo en ese apartado al personal que participe en las técnicas de reproducción asistida y ¿por qué no?, el Estado.

Los anteriores conflictos serán detallados en las siguientes páginas, los cuales ayudarán a proponer una futura regulación de la maternidad substituta gestacional en diversas materias como en civil, penal, constitucional, mercantil, de salud y administrativa.



1. Problemas jurídicos que surgen por la utilización de las técnicas de reproducción asistida

El principal problema que surge con la maternidad sustituta gestacional consiste en determinar si se trata de un “acto jurídico”, en específico de un “contrato” y si éste es lícito y ejecutable, pues la materia no está regulada del todo.

En la actualidad aún nos enfrentamos a un mundo en donde prevalecen argumentos en contra de las técnicas de reproducción asistida, por tratarse de un hecho antinatural y contrario a la dignidad de las personas pues se cree que la mujer que fungirá como madre sustituta gestacional no sólo se está denigrando ella como persona sino que pareciera que comercializa con el menor que pretende procrear. Pero también hay quienes piensan que el uso de las técnicas de reproducción asistida no genera ningún mal, al contrario, abre la posibilidad de descendencia para quienes se ven impedidos por la enfermedad o el defecto físico.⁸⁷

Es así que los “contratos” o “acuerdos de sustitución gestacional” que celebraban los interesados, crean diversas incidencias, generalmente porque la madre gestante rechaza entregar al recién nacido, como el caso de “Baby M.” suscitado entre los Strern vs. Whitehead (mencionado en el capítulo primero). Con esta idea doy inicio al primer conflicto que se genera.

A) Filiación

La procreación trae consigo una serie de implicaciones jurídicas de gran trascendencia, de tal acontecimiento surge una nueva personalidad jurídica, sujeta a la condición suspensiva de que el concebido nazca vivo y viable.⁸⁸

⁸⁷ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Op. Cit.*, pág. 67.

⁸⁸ DOMINGUEZ MARTINEZ, José Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 453.



La filiación encuentra su origen en la procreación, con la participación de los elementos requeridos para ello y produce automáticamente los derechos y obligaciones del hijo ante sus progenitores. Domínguez Martínez, refiere que la filiación puede ser observada desde dos ángulos; uno amplio y otro restringido. Desde el primer punto de vista, es la relación jurídica existente entre descendientes y ascendientes sin consideración en cuanto al número de generaciones entre uno y otro, el restringido es estrictamente considerado, la filiación como el vínculo entre el hijo y su progenitor, de manera directa e inmediata.⁸⁹

Con el uso de las técnicas de reproducción asistida la relación sexual coital se ve desplazada, sin embargo, si la misma pareja es la que aporta el material genético, no hay duda de quiénes son los padres, pero cuando participa un “donante” la maternidad o paternidad se convierte en una ficción jurídica asumida por los padres que reciben al menor aún sin hacer aportación genética, pues a partir de que otorgan el consentimiento para ser los receptores deberán actuar “*como si*” fueran los padres.

Los problemas se presentan con la admisibilidad de los “contratos o acuerdos de sustitución gestacional” o “Instrumentos de Maternidad Subrogada”, y la determinación de la filiación materna originada por la maternidad compartida, que fue analizada en el capítulo segundo, consistente en definir si se debe dar la separación de la mujer que aportó el material genético y la que llevó a cabo la gestación.

Como se mencionó, los conflictos se generan por la intervención de dos o más mujeres en la procreación de una misma persona, al romper el dogma de la idea original de la maternidad y por consiguiente no facilitar que se tenga certeza de quien es la madre del nacido. Mientras se utilicen las técnicas de reproducción

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 454.



asistida en la vigencia del matrimonio o concubinato, aquellos que se logren concebir serán considerados como hijos de matrimonio incluso aunque hubieran emanado de la “donación de gametos”, pues opera la presunción de hijos de los cónyuges si nacieron dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo (Artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal), siempre y cuando no se impugne la paternidad o maternidad.

B) Mercantilización

Esta nueva forma de engendrar un hijo puede generar que una mujer físicamente capaz de gestar recurra a otra para que se embarace por ella, con el fin de no perder la figura o no pasar por el periodo del embarazo; pues con éste se sube de peso, hay cansancio constante, sueño, se hinchan los pies, se come más y el dolor del parto es inigualable a cualquier dolor.

De permitir que se recurra a las técnicas de reproducción asistida por esa causa, lo único que conseguiría es que surja una explotación comercial, lo cual no está considerado por el artículo 75 del Código de Comercio en relación con el 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de que la cosa objeto del contrato, debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

El artículo 75 del Código de Comercio señala cuáles son las actividades que se reputan actos de comercio, el no encuadrar la maternidad sustituta gestacional en las fracciones que establece dicho artículo, no significa que pueda aplicarse el principio de derecho que reza: *“lo que no está prohibido, está permitido”*, pues si se relaciona con el precepto 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, el comercializar el útero de una mujer sustituta gestacional o condicionar la entrega de un bebé al pago que se pacte entre las partes, no está dentro del comercio y realizar esa práctica (por las razones indicadas al inicio de



este punto) daría pauta a la explotación de la mujer por su propia especie al estar contraviniendo los ordenamientos legales invocados.

En ese orden de ideas, es de concluirse, que de la interpretación de ambos artículos realizada de manera conjunta, no se debe mercantilizar con el uso de las técnicas de reproducción asistida, no obstante es de resaltar que en la realidad si acontece esta comercialización.

Mientras no se apruebe el proyecto de “Ley de Maternidad Subrogada” propuesta por la Diputada Maricela Contreras Julián, constituye un delito el hacer uso de las técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer receptora así como su mercantilización pues podría confundirse con las conductas ilícitas de trata de personas o venta de órganos, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para la creación de agencias especializadas que se encarguen de relacionar a los interesados, formalizar los “contratos” y vigilar su cumplimiento; conformadas por médicos, abogados, psicólogos y un catálogo de mujeres dispuestas a engendrar a un menor a cambio de una buena cantidad de dinero.

Aunque no está regulada la maternidad sustituta gestacional ha generado mucha demanda, Mónica Vázquez Ruíz⁹⁰ cita algunos anuncios encontrados vía Internet, tanto de personas que se anuncian de manera independiente; como de aquellas que lo hacen mediante catálogos de agencias y clínicas de reproducción asistida, entre ellos tenemos:

- 1) “soy mexicana, tengo 20 años de edad. Vivo en Cuernavaca, Morelos. Me gustaría ser madre subrogada para parejas heterosexuales. Tengo pasaporte vigente y puedo viajar a cualquier parte del mundo. Ofrezco discreción. Atte. Rosalie”
- 2) “Mujer desesperada alquila vientre a cambio de casa sencilla”

⁹⁰ VÁZQUEZ RUIZ, Mónica, “¿Se puede comercializar con la vida? Vientre en alquiler”, *Revista Mujer Ejecutiva*, México, Año XI, Noviembre 2010, págs. 12 a 15.



- 3) "Fabiana de 33 años colgó carteles en las principales avenidas de Montevideo, Uruguay"
- 4) "Hola, mi nombre es Leandra. Tengo experiencia en la subrogación tradicional. Estoy disponible para aportar mi material genético o por *In Vitro*. Pido una compensación de 30 mil dólares en dos pagos. Motivos; cumplir los propósitos de Dios y servir a los demás"

En países donde está más avanzada la regulación de la materia, -como en algunos Estados de Estados Unidos de América- únicamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida en los gastos necesarios (médicos, psicológicos, alimentación, hospitalización, transporte). En otros simplemente se paga a los abogados por su intervención para realizar el "contrato de sustitución gestacional". Pero en la mayoría se prohíbe recibir dinero en forma de retribución por el "servicio" prestado, a fin de evitar que la gestación sea una nueva forma de ganarse la vida.

Por el contrario, en la India la participación como madre sustituta se realiza de manera comercial, con dinero de por medio, pero existe una gran lista de espera. Es así que las madres substitutas gestacionales se están convirtiendo en un mercado en crecimiento, pues en el caso de que una mujer no quiera gestar al futuro bebé en el país de residencia, provoca que las parejas viajen a clínicas de fertilidad alrededor del mundo en busca de una madre sustituta gestacional. A este nuevo mercado que se está generando, algunos lo reconocen como "turismo reproductivo".⁹¹

Quienes defienden los "contratos de sustitución gestacional" consideran que negarle el derecho a la madre sustituta de recibir un pago a manera de compensación por el servicio prestado, viola en su perjuicio el derecho de igualdad consagrado en el artículo 4° de nuestra Carta Magna,⁹² ya que mientras a ellas les prohíben recibir dinero alguno, a los "donadores de semen" sí se les paga.

⁹¹ VÁZQUEZ RUIZ, Mónica, *Op. Cit.*, pág. 13.

⁹² En su primer párrafo establece: "El hombre y la mujer son iguales ante la ley [...]"



Es de concluirse, de manera general y particular, que la disposición de órganos y tejidos del cuerpo humano no es materia de comercio, pues la disposición lícita de éstos debe ser por principios altruistas y sin ánimo de lucro.⁹³

C) Donación de semen, óvulos y embriones

La donación de semen o de óvulos no crea una relación de filiación, aunque facilite los medios para concebir una vida, pues el donador no es quien pone en marcha el mecanismo para la procreación, sino el deseo de una pareja de ser padres.

La “donación” de gametos produce aceptación y rechazo, por la determinación de la filiación, quienes están a favor es porque lo consideran un acto altruista hacia personas que desean un hijo y debido a diversos problemas no pueden concebirlo. Esto sin pensar siquiera en la filiación que pudiere generarse debido a que al aceptar la donación de los gametos y la utilización de las técnicas de reproducción asistida, a su vez consienten en cumplir con los derechos y obligaciones para con el menor que esté por nacer. Quienes no aprueban la donación de gametos argumentan que las personas que aportaron el material genético no lo hicieron con la intención de convertirse en padres o madres por tanto, no debe fincárseles filiación con los concebidos ni mucho menos los derechos y obligaciones de la misma.

Es conveniente analizar si es correcto o no utilizar la palabra “donación” al referirse a la aportación de gametos para la realización de las técnicas de reproducción asistida.

⁹³ Se desprende del artículo 20 bis 2, de la Sección Primera de Disposiciones Generales, Capítulo III De la Donación y Trasplantes en el Distrito Federal, Título Primero de la Ley de Salud para el Distrito Federal.



a) Concepto jurídico de donación

Según el maestro Gutiérrez y González la donación de gametos no se trata propiamente de una “donación” con lo cual coincide, pues de acuerdo al artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes”

Y de acuerdo con el artículo 2340 del mismo ordenamiento:

“La donación es perfecta desde que el donatario acepta y hace saber la aceptación al donador”

Entonces si para que se dé una donación es necesario que se conozca quien es el donador y exista la aceptación del donatario, el maestro Gutiérrez y González pregunta: ¿Qué sucede cuando el semen es obtenido de un “banco de semen”?, en este caso nunca se sabría quien es el donador por el secreto que guardan esas instituciones para evitar que exista una relación de filiación entre el “donador” y el producto que se genere de la inseminación artificial. Ello no significa que no exista “donación”, pues ésta se realiza entre el donador y el “banco de semen” como donatario.

Ahora bien, en la maternidad sustituta gestacional, la donación se realiza con el “banco de semen” como donador y los receptores del semen u óvulos como donatarios (mejor aún sub-donatarios), sin dar a conocer quién es el hombre o mujer que aportó el material genético, a fin de no generar una “filiación”, de ser así incluso tendría derecho a la sucesión *mortis causa*, consecuencia en el supuesto de la maternidad sustituta gestacional con utilización de donadores, no se pretende lograr.



Conforme a derecho positivo, puedo concluir que no es del todo correcto utilizar el término de “donación” para referirse a la aportación del material genético, pero entonces, ¿cuál será el término adecuado? El maestro Gutiérrez y González ha propuesto la palabra “dador” al que aporta su material genético para que alguien más utilice las técnicas de reproducción asistida.

Pero incluso con este término es necesario hacer un análisis de esa terminología. Si utilizamos el ejemplo del Maestro Gutiérrez y González estamos frente a una donación si el donante recibe la aceptación del donatario. Entonces, si al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida se hace con la aportación de gametos de un familiar, amigos, o conocidos y tanto ellos como los receptores aceptan ¿Se trata de una donación? Todo parece indicar que sí, pero cuando se estudia nuevamente el concepto de “donación” surge la interrogante, pues la donación como ya se dijo solamente aplica sobre los bienes, en específico, los presentes.

Ahora bien, es preciso saber si un gameto es un “bien” o no. En términos de lo dispuesto por los artículos 747, 748, 749 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, se interpreta que son “bienes” todo aquello que puede ser objeto de apropiación y que no esté excluido del comercio; están fuera del comercio por su naturaleza (las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente) y por disposición de ley, las que ella declara irreductiblemente a propiedad particular. De la numeración de bienes muebles, inmuebles que realiza el código civil se desprende que los “gametos” no son considerados como “bienes”.

Entonces, regresando a nuestra interrogante ¿Estamos frente a una donación o no? ¿Qué sucede si la Inseminación Artificial o Fecundación “*In Vitro*” se realiza con gametos de terceros sin que se conozca quiénes son?, ¿Hay donación?



Como respuesta a estas preguntas considero que podemos encuadrar a la aportación de gametos para lograr las técnicas de reproducción asistida, como una ficción jurídica de la donación, por el enfoque que le dan las clínicas de reproducción asistida, al considerar que la donación es un acto de generosidad en el que hombres y mujeres ceden voluntariamente sus gametos (óvulos y espermatozoides) para que sean utilizados para ayudar a pacientes infértiles que desean por sobre todo tener un hijo.

No obstante dicho concepto que propagan, la realidad de la contribución de óvulos o espermatozoides por parte de un tercero es consecuencia de un pago realizado a los supuestos “donadores” por parte de los receptores de dicho material genético, por lo que la verdad jurídica es que se trata de una compraventa.

La supuesta donación de gametos no es tal, en virtud de que los receptores de las técnicas de reproducción asistida deciden acudir a las clínicas de reproducción asistida –que no están haciendo labor social desinteresada- e incluso cubrir el costo así como el tratamiento, mediante un plan de financiamiento.

El más claro ejemplo lo maneja el Instituto Ingenes⁹⁴, el cual consiste en:

- “1. Te ofrecemos hasta 12 meses sin intereses al pagar con tarjetas American Express y Bancomer.
2. Al pagar de contado, nuestros pacientes obtienen un descuento del 25%.
3. Financiamiento bancario.- Grupo Financiero IXE ofrece a nuestros pacientes un crédito de hasta 3 años y 5 veces su ingreso mensual.

⁹⁴ Clínica de reproducción asistida, 20 de julio de 2012, 10:12 horas, <http://www.ingen.es.com/#&panel1-4>.



4. Plan de pagos Ingenes.- Creamos un plan de autofinanciamiento sin intereses en el que nuestros pacientes van haciendo aportaciones mensuales fijas, para así acceder al tratamiento una vez liquidado su costo total. El monto de las aportaciones varía según el tratamiento que se requiera y las circunstancias de cada paciente.”

Se aprecia incluso una deformación idiomático jurídica, pues realmente no media un autofinanciamiento sino un pago por adelantado en parcialidades.

Incluso ha diseñado el Seguro de Protección Ingenes, que brinda a las personas que optan por los métodos de reproducción asistida un segundo ciclo de fecundación “*in vitro*” sin costo adicional en caso de que no se obtengan los resultados esperados en el primer intento.

La clara conclusión es que se trata de una compraventa de gametos (óvulos, espermias o embriones) disfrazada de donación.

b) Donación de semen

La utilización de semen de un hombre distinto al marido había sido una práctica secreta y constante por los médicos y estudiantes de medicina hasta que surgieron las reconocidas técnicas de reproducción asistida y se utilizó el semen de terceros tanto en la inseminación artificial como en la fecundación *in vitro*. El problema con el uso del semen consiste en determinar su licitud, así como diferenciar su utilización respecto al adulterio y finalmente organizar sus consecuencias jurídicas.

Para determinar si su uso es lícito o no, es necesario preguntarse si ¿Los gametos humanos están dentro del comercio? Esta pregunta ya se había contestado en apartados que anteceden y se dijo que de acuerdo al artículo 75 del Código de Comercio los gametos humanos no entran en el comercio, ni cualquier



parte separable del cuerpo humano. Pues incluso, a partir de la abolición de la esclavitud se considera que el cuerpo no puede ser objeto de contrato por estar fuera del comercio. Sin embargo, algunos piensan que se ha “cosificado” el cuerpo humano, cuando se habla de sus órganos debido a que se pueden separar del cuerpo, utilizar o intercambiar por otras personas, compra y venta de órganos y en el caso del semen ocurre lo mismo ya que la misma práctica médica ha provocado que sea objeto de intercambio.

Moro Almaraz considera que los gametos o embriones pueden ser considerados como cosas ante la imposibilidad de considerarlos personas⁹⁵ y a fin de evitar que se genere filiación entre el donador y el producto que nazca al hacer uso de la donación de semen hay que tomar en cuenta dos principios fundamentales: gratuidad y anonimato.

En algunos países pese a que se maneja el principio de gratuidad, se permite que se dé una remuneración a cambio de reclutar el semen, en otros esa ayuda es considerada como “indemnización” o “compensación” por las molestias ocasionadas. En esa tesitura, considero válido aportar una cantidad de dinero a las madres sustitutas gestacionales a manera de retribución únicamente si ésta no hizo aporte de material genético, ya que de haberlo hecho, parecería que se trata de un acto de comercio prohibido por la ley.

Para determinar si su uso es lícito o no, es necesario regular lo relativo al consentimiento de los donantes y la creación de bancos de semen a fin de que se proporcione información completa a todos los participantes y se cuide la salud del futuro descendiente.

De igual manera es necesario tomar en cuenta para una futura regulación si estará permitido o no la elaboración de fichas tipológicas para diferenciar el color

⁹⁵ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Op. Cit.*, pág. 115 a 119.



de piel y aspectos físicos, ya que de permitirlo podría confundirse con discriminación o racismo, lo cual está prohibido por el artículo 1° de nuestra Carta Magna⁹⁶.

Al respecto M. Careaba considera que al usar las técnicas de reproducción asistida se desea que el donante tenga una serie de características para obtener un buen producto, entre ellas: que tenga buena salud, inteligencia, personalidad sólida y estable, fecundidad, personalidad agradable, ausencia de tabúes culturales, firmeza de carácter, buena moralidad, ser feliz en su vida conyugal, que no hubiere provocado abortos a su esposa, sin antecedentes familiares de enfermedades congénitas o mentales, no ser un conocido de la pareja en particular de la madre, tener un nivel de educación superior a la media, ser conocido personalmente por el médico que va a proceder a la inseminación artificial y no ser susceptible de sufrir sentimiento de culpabilidad u obsesiones.⁹⁷

Tal pareciera que se pretende que el donador sea un “super hombre” y el niño que nazca un “super niño”. Las características que considera Careaba están más allá de la realidad, pues aunque se pudieran juntar todas en un donador, ello no es garantía que el menor salga con las mismas características, todo dependerá de la vida que lleve posteriormente.

Por otra parte con la donación de semen, la determinación de la paternidad es cuestionable, al no poderse identificar al tercero, donante del semen. ¿Qué sucede en el caso de que se pueda determinar la paternidad del nacido con la donación de semen?, ¿existiría algún tipo de responsabilidad con el nacido? Cuando se trata de una mujer casada no existe tanto el problema para determinar la paternidad del nacido ya que el marido de la mujer fecundada será el padre de

⁹⁶ El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su último párrafo establece: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

⁹⁷ M. Careaba, “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”, citado en LEMA AÑON, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999, pág. 117.



la criatura, por presunción legal aunque ello no garantiza que no se genere una impugnación de la paternidad, pero en el caso de que sea una adulta soltera sí pudiera generar conflicto porque podría imputarse la paternidad al donador del semen.

El reporte Warnock recomendaba que los terceros donantes de gametos fuesen desconocidos por la pareja receptora y a la inversa, con el objetivo de evitar interferencias de tipo afectivo y problemas psicológicos en las personas participantes (destinatarios y donantes) y en particular en los nacidos bajo tales circunstancias.

Quienes apoyan esta recomendación argumentan que el anonimato facilita el reclutamiento de donantes al evitar el riesgo de crear filiación y por tanto llegar a tener responsabilidades parentales con respecto a los nacidos ya sean económicas o afectivas. También evitaría la creación de una nueva industria, el “turismo reproductor” que se presenta cuando no se encuentra una mujer que quiera gestar al futuro bebé en el país de residencia, las parejas viajan a clínicas de fertilidad alrededor del mundo en busca de una madre sustituta.⁹⁸

El anonimato protege a los donadores de establecer filiación con los menores y evitar futuras demandas derivadas de su origen genético. Además ayuda a los receptores, por un segundo olvidan su problema de esterilidad para pretender o aparentar ser los padres biológicos del menor nacido con estas técnicas. Por otra parte, el anonimato ayudaría a impedir que los menores sufran un futuro daño psicológico al enterarse del origen de su nacimiento.

En oposición a la recomendación del mencionado reporte se encuentran los que opinan que los nacidos tienen derecho a conocer su origen biológico, ya que el anonimato se opone al interés de los descendientes de saber el origen de su

⁹⁸ VÁZQUEZ RUIZ, Mónica, *Op. Cit.*, pág. 13.



nacimiento lo que es más digno de protección jurídica. Además consideran que es conveniente tener ese dato por si los descendientes llegasen a padecer enfermedades congénitas o para evitar matrimonios incestuosos accidentales. Para esta corriente el hecho de que se conozca quien es el donador no significa que pueda tener legitimación para reclamar la paternidad de los hijos, lo que se está defendiendo es el derecho de los hijos a conocer la identidad del padre biológico.

Pero ahí surge una interrogante ¿Dónde queda el derecho que tiene el donador de proteger su identidad? El donador también tiene derecho a quedar protegido mediante su anonimato, sin embargo, para México y algunos otros países son más los derechos de los niños que los de un adulto. En nuestro país es más importante salvaguardar los derechos del menor y si reconocemos como tal el derecho que tiene a conocer la identidad del padre biológico, éste estará por encima de la protección que pueda tener el donante.

No hay duda que los derechos de los niños siempre serán lo más importante, aún cuando, considero que en el caso de éstas técnicas de reproducción asistida es necesario proteger el anonimato del donante, pues de no hacerlo se provocaría que la donación de gametos disminuyera por el temor a una demanda sobre pensión alimenticia; y en consecuencia las parejas con problemas de fertilidad no podrían tener descendencia al ser imposible o casi nulo el acceso a éstas técnicas.

c) Donación de óvulos

Con la donación de óvulos se presentan las mismas interrogantes que con la donación de semen respecto de su licitud, gratuidad, anonimato y filiación.

La donación de óvulos está enmarcada en la fecundación “*in vitro*”, pues su propia naturaleza lo requiere. Los problemas para la obtención de óvulos se debe



a su complejidad técnica, ya que genera una serie de molestias, medicación, determinados cortes físicos y emocionales, así como riesgos para la salud de la mujer a quien se le extraen, situaciones que deben tomarse en cuenta para la regulación que se haga al respecto.

Además, hay que tomar en cuenta que no existe como en el caso del semen, la posibilidad de almacenamiento de óvulos para una fecundación posterior con garantías aceptables para mantener su integridad, el éxito de la operación y la salud de la posible descendencia, aunado a la imposibilidad de congelar óvulos, lo que hace necesario coordinar por medio de hormonas los ciclos de la donante y de la receptora.

Al ser difícil obtener los óvulos⁹⁹, hay quienes recurren a métodos contrarios a la dignidad de las personas y sancionados por la ley, como:

- ✓ Obtenerlos sin el consentimiento de las mujeres, aprovechando la realización de alguna otra operación.
- ✓ Se ha propuesto la extracción en cadáveres de mujeres o de fetos femeninos muertos.
- ✓ Compraventa de óvulos, mediante anuncios en periódicos solicitándolos a cambio de una contraprestación o indemnización por las molestias causadas.
- ✓ Obtener los óvulos cuando se le extraigan a otra paciente que también se somete a una fecundación “*in vitro*” contando con su consentimiento.
- ✓ Que el médico se aproveche de una paciente y ejerza presión a favor de otra paciente.
- ✓ Obtener los óvulos de una mujer sin que consienta en donarlos y a la que se le extraen con motivo de otra intervención.

⁹⁹ En algunos países como en España es preciso esperar hasta dos años para conseguir los óvulos.



Con el fin de evitar las anteriores circunstancias es necesario realizar una reforma en materia penal, sanitaria y administrativa para tipificar estas conductas y sancionarlas, con ello se evitaría la concurrencia a las mismas.

En cuanto, al principio de anonimato y gratuidad, aplica lo mismo que en la donación de semen, tema ya abordado en el apartado anterior.

d) Donación de embriones

Es más sencillo conseguir la donación de embriones que la donación de óvulos o espermatozoides, ello a su posibilidad de almacenamiento y uso. Es decir, cuando en un tratamiento de fecundación "*in vitro*" sobran y no serán utilizados por sus progenitores a pesar de que hubieren sido creados para que dichas personas pudieran tener descendencia. Pueden donarse debido a que ya tuvieron descendencia utilizando otros embriones, porque renuncian a su propósito de manera voluntaria, por motivos de salud, al haber transcurrido el tiempo máximo autorizado para su conservación, la separación o divorcio de la pareja que deseaba hacer uso de ellos, en última instancia por la muerte de alguno de ellos; a esos embriones que sobran después de hacer uso de las técnicas de reproducción asistida se les conoce como supernumerarios y puede decirse que la donación de embriones se equipara a la adopción prenatal.

Como ya mencioné, aparentemente resulta fácil la donación de embriones, pero si éste no es el problema entonces ¿Cuál es? El conflicto se genera cuando la mujer o pareja receptora tiene inconveniente en acoger un embrión de otra pareja; ya que significa que genéticamente no va a tener nada que ver con los que lo reciben, se trata pues de una pareja que pareciera estable pero no lo es. Esto origina incertidumbre en la seguridad física, emocional y hasta jurídica del menor, dado que si no son capaces de verlo como su hijo aunque no lo sea, no serán capaces de criarlo como se debe.



Este tipo de situaciones son las que se deben prever con la regulación de las técnicas de reproducción asistida, quizá debieran realizarse estudios psicológicos a fondo a aquellas parejas que utilizarán la donación de embriones, con el único objetivo de salvaguardar la integridad emocional y aún física del menor que se procrea. Sin duda existe una posibilidad que el menor sea aceptado por parejas infértiles por problemas sea con gametos masculinos o femeninos.

En la actualidad aún persiste la duda si son lícitos los contratos sobre embriones de forma que sea aceptable su donación. En algunos países está prohibida esta posibilidad, porque consideran que los embriones contienen una forma humana, la que por ningún motivo es susceptible de contrato y mucho menos de una “donación prenatal”.

¿Qué sucede en México? Aún no está regulado lo referente a la donación de gametos (óvulos y espermatozoides), mucho menos la donación de embriones. Con la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada se pretende regular lo primero, pues un óvulo o esperma donados de manera separada no crea vida y por tanto es susceptible de donación; sin embargo, al tocar el punto de la donación de embriones, se genera un conflicto pues tal pareciera que se está comercializando una vida, lo cual pareciera es contrario a la ley.

Permitir la donación de embriones abriría paso a la comercialización de los mismos por lo que considero que no es prudente permitir que se donen embriones, pues un embrión¹⁰⁰ ya es una vida humana –si bien, aún no es persona- y esa “donación” sería una “compraventa” disfrazada, lo cual está prohibido empezando por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como por el Código Penal para el Distrito Federal, el Código Civil para

¹⁰⁰ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, un embrión es:

1. Un ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.

2. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo.

12 de septiembre de 2011, 19:33 horas, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=embrión



el Distrito Federal, el Código de Comercio, la Ley General de Salud y la Ley General de Salud para el Distrito Federal.

No obstante lo anterior, hay quienes están a favor de la donación de embriones; su justificación es que la equiparan a una adopción solo que en la etapa prenatal y consideran que es el mejor destino que pueden tener, en lugar de su destrucción.

D) Garantía individual de procreación o derecho humano

Antes que se diera la reforma constitucional en materia de derechos humanos, quienes estaban a favor de la validez y legalidad del “Instrumento de Maternidad Subrogada”, argumentaban que la procreación era una garantía individual consagrada en el artículo 4° Constitucional¹⁰¹ y su impedimento constituiría una violación a la misma, siendo que el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza humana, por lo que el Estado no puede prohibir la decisión de una pareja de tener o no un hijo. Una vez que la decisión de tener un hijo está hecha, el método empleado para tenerlo sea natural o mediante las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad sustituta gestacional, debe estar protegido por la norma suprema, la Constitución.

Ahora bien, hay que analizar quién es el que está ejerciendo el derecho a procrear. Aparentemente en el caso de la maternidad sustituta gestacional, la que está ejerciendo el derecho a la procreación consagrado en la Constitución, es la sustituta, pues ella es la que procrea y a quien en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones de terceros. Sin embargo, no es así, pues finalmente el hijo que gestará no será suyo, entonces, de esa interpretación, la mujer protegida por la Constitución es la madre biológica, quien ejerce ese derecho

¹⁰¹ El artículo 4° Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.



fundamental sin demandar compensación o pago alguno por su ejercicio, situación que con la sustituta gestacional no ocurre, aunque debiera ser de esa manera.

Sobre el derecho a procrear, existen dos cuestiones debatidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial:

- ✓ La existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual, en especial de la mujer; y
- ✓ El recurso a la maternidad substituta gestacional como una forma admisible de participación en la procreación.

Si la Constitución consagra el derecho a la procreación como derecho individual, debe permitirse que se lleve a cabo por cualquier método y si el único que puede utilizarse es la maternidad substituta gestacional, entonces, el Estado debe proveer todos los medios necesarios para evitar los conflictos que pudieran suscitarse y procurando de esta manera la perpetuación de la especie.

El desarrollo de las técnicas de procreación asistida ha permitido que las personas que carecen de la posibilidad natural para procrear puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el aprovechamiento de su propio material genético o el de terceras personas, evitando así frustraciones que pueden acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja. Además disminuye el riesgo de transmisiones de enfermedades genéticas hereditarias o simplemente son utilizadas como medio para satisfacer el ideal de paternidad o maternidad.

La doctrina usa como sinónimos de la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear (ya sea mediante coito o utilización de la fecundación artificial):



1. Derecho a procrear
2. Derecho a ser padres
3. Derecho a reproducirse
4. Derecho a tener hijos

Los que afirman la existencia de un derecho a procrear o de un derecho a la reproducción, le asignan una connotación preponderantemente negativa, es decir limitan la injerencia de terceros y la del propio Estado en la capacidad para procrear. Los que defienden la existencia del derecho a tener un hijo o del derecho a ser padres resaltan su aspecto positivo, como un derecho a la paternidad o maternidad por medio de la fecundación natural o mediante técnicas artificiales.¹⁰²

Hay incluso quienes analizan si también les asiste el derecho de procrear a los compañeros “*more uxorio*”,¹⁰³ como a los cónyuges. En el caso específico de México, este dilema ya ha sido superado, simplemente hay que revisar lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero; para la ley, matrimonio y concubinato casi son sinónimos en cuanto a derechos y obligaciones (las reglas que rigen en el matrimonio se aplican para el concubinato) y nuestra Carta Magna, no hace distingo al respecto.

En el Boletín “Dialogar para construir” de Héctor Alexis Hernández González, los derechos reproductivos se refieren al ejercicio de la facultad reproductiva y se basan en el derecho básico fundamental de todas las personas para decidir de manera libre e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas.¹⁰⁴ Es decir, el derecho a la reproducción comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear y mantener a la prole, entre ellos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

¹⁰² MORÁN DE VICENZI, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, pág. 163.

¹⁰³ Unión de hecho, pareja de hecho, matrimonio de hecho, unión libre, concubinato.

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Héctor Alexis, *Dialogar para construir*, Boletín enero, 2005, pág. 3.



Si el avance de la tecnología permite llevar a cabo esta forma de procreación, el recurso a las técnicas reproductivas se convierte en una manifestación más de este derecho. Es así, que el derecho a procrear de acuerdo al artículo 4° Constitucional comprende los siguientes derechos:

- 1) Derecho a fundar una familia.
- 2) Derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos.
- 3) Derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar.
- 4) Derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluidas las técnicas de reproducción asistida.

Por su parte Morán de Vicenci¹⁰⁵, opina que el derecho a procrear 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.

También afirma que la tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo término “procrear” hace referencia al hecho de que una persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio del coito, lo cual excluiría la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, de manera que si se concibe a un hijo con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de ese hombre o mujer y no de quien lo deseó. De ahí que ella considere como derecho a la reproducción, el derecho a procrear el propio hijo y por consiguiente, no existe un derecho a procrear con técnicas de reproducción asistida.

¹⁰⁵ MORAN DE VICENCI, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 169.



En contravención a los argumentos vertidos por Morán de Vicenci, considero que el derecho a la reproducción consiste en el ejercicio de la facultad reproductiva, es decir, poder tener hijos no importando si para ello se requiere de la Inseminación Artificial, la Fecundación “*In Vitro*” o incluso de la maternidad sustituta gestacional, con esto quiero decir, que no importa el medio por el cual se logre la procreación, siempre y cuando no sea ilícito, lo importante es el libre ejercicio de ese derecho que nos otorga la Constitución.

2. Responsabilidad jurídica

El consentimiento, el derecho a la intimidad, los daños a la integridad física, la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y otros aspectos jurídicos se presentan al usar las técnicas de reproducción asistida.

Mediante el Instrumento de Maternidad Subrogada que contempla el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, para la utilización de las técnicas de reproducción asistida es necesario que las partes manifiesten su consentimiento, para dar vida a un nuevo tipo de acto jurídico.

Hay quienes están a favor de la intervención genética en el ser humano siempre y cuando tenga como fin la actividad terapéutica, se realice con el consentimiento informado y este exenta de vicios de voluntad (otorgado de manera libre, consciente y por escrito) por parte de los receptores; de no ser así, se pondría en peligro la integridad de las personas

Para que opere el consentimiento se requiere en primer lugar, el elemento volitivo que define la aceptación de los derechos y obligaciones que se asumirán con el objetivo de lograr la concepción de un ser humano; en segundo lugar, que la persona a la que se le manifiesta la voluntad, esté capacitada para actuar y disponer sobre el cuerpo de otra y lograr el objetivo.



De lo anterior se concluye que es necesario crear un marco de aplicación de las técnicas de reproducción asistida que incluya sus condiciones, requisitos, efectos jurídicos y prohibiciones, así como las pautas de mejores prácticas para los profesionales médicos.¹⁰⁶

Su importancia radica en que otras materias o ramas del derecho se ven afectadas, por ejemplo, el derecho civil o familiar, en lo referente al apartado de los contratos y en materia de filiación; en el derecho penal se tienen que establecer las limitaciones del actuar médico a fin de determinar las sanciones; en el derecho administrativo, se tiene que establecer una regulación de los centros y actividades médicas, incluyendo también las sanciones; en el derecho constitucional, dado que se ven afectados los derechos fundamentales de las demás personas; en el derecho mercantil, para excluir de manera escrita el cuerpo humano y sus partes como efecto del comercio y finalmente en el derecho de salud, que se relaciona con la regulación constitucional y administrativa.

De allí que, el Estado debe procurar que las técnicas de reproducción asistida no se ocupen sólo del deseo de las personas que quieren ser padres; sino de procurar que la decisión que tomen los interesados atienda ante todo el bienestar del futuro hijo. Por ello, debe crear métodos legitimados jurídicamente para poner freno a toda posible arbitrariedad.

Para poder entender este tema es necesario puntualizar que la responsabilidad jurídica surge cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio.

La responsabilidad jurídica es género cuyas especies son: la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La primera descansa en la teoría de la

¹⁰⁶ Problemas planteados por Romeo Casabona, citado en HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿Y la muerte?*, 2ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2000, pág. 55.



culpa, originada por el hecho ilícito que impone un análisis del matiz de la conducta del sujeto; mientras que la segunda se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder con la ración de los daños que produzca con dicho objeto; por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta; y no viole ninguna disposición normativa.¹⁰⁷

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies: la civil y la penal. La civil comprende una reparación económica consistente en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o un riesgo creado. Por otra parte, la penal se traduce en un castigo que recae sobre quien ha cometido un delito (una acción u omisión típica, antijurídica y culpable).

Delimitar los linderos del ilícito civil y del penal es un problema, para ello he optado por decir que en la materia civil, que si al actuar se transgrede una norma de orden público o se atenta contra las buenas costumbres se comete un hecho ilícito y se causa es un daño en consecuencia hay que repararlo mediante la imposición de una sanción pecuniaria a manera de indemnización por los daños y perjuicios causados. Mientras que en la materia penal, quien comete el delito es castigado mediante la imposición de un castigo consistente en imponerle una pena.

La responsabilidad civil, es la consecuencia del hecho ilícito y surge entonces la obligación de reparar los daños y perjuicios causados; tradicionalmente y atendiendo a su origen se clasifica en extracontractual y contractual. Hay responsabilidad extracontractual cuando la norma trasgredida es de observancia general, habrá responsabilidad contractual cuando la trasgresión proviene de una cláusula particular, es decir, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico.

¹⁰⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, págs. 245 y 246.



Contrario a lo anterior, el maestro Gutiérrez y González¹⁰⁸, opina que *“el hecho ilícito que consiste en violar un contrato, no es contractual sino también extracontractual, por su origen, toda vez que surge de la violación que se hace de un contrato, y esa violación no es parte de las normas o cláusulas contractuales”*, y refiere que la norma o cláusula contractual tiene por esencia ser cumplida, el “no cumplir”, como no es parte, ni de la esencia del contrato, está fuera de él, de ahí que el incumplimiento sea extracontractual porque está “fuera” o “extra” del contrato, aunque se origine con la vida del mismo.

De esta manera, el referido doctrinario concluye que: *“El contrato impone la necesidad de cumplirlo y esa es su esencia. Cuando una parte no lo cumple, o lo cumple mal, cae en la realización de un hecho ilícito; realiza una conducta “extra” o “fuera” que no está comprendida en el contrato; esa conducta precisamente es contraria a la vida de un contrato, está fuera de la hipótesis de la convención.”* Y que por ello *“es también un hecho ilícito extracontractual, aunque con motivo de un contrato”*.

Por lo que al hablar de responsabilidad contractual, se refiere a la *“responsabilidad de cumplir puntualmente el contrato, y no como equivocadamente se dice que lo sea la de reparar el hecho ilícito de violar el contrato.”*

De lo anterior se desprende que la responsabilidad jurídica está presente en cada momento, incluyendo las técnicas de reproducción asistida, pues los sujetos participantes pueden transgredir el orden jurídico establecido, de manera contractual o extracontractual, ya sea en presencia de culpa, dolo o sin ellos. Los usuarios de éstas técnicas pueden causar daño a su pareja o al hijo, y por tanto

¹⁰⁸ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 13ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 603 a 607.



son responsables frente a ellos; incluso puede ser que el personal médico sea responsable culposamente frente a los usuarios de las técnicas, por el riesgo creado al utilizar de instrumentos peligrosos.

A) En los usuarios o receptores de las técnicas de reproducción asistida

Para poder determinar la responsabilidad jurídica en las personas que utilizan las técnicas de reproducción asistida, es importante comenzar por definir quienes serán usuarios de dichas técnicas.

Se debe entender por usuario a la persona física que se somete a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que disfruta como destinatario final la maternidad y/o paternidad que de ellas resultare.

En términos generales, cuando pensamos en quienes podrían ser usuarios de esta nueva forma de procreación, lo primero que se nos viene a la mente es un matrimonio, porque dentro de su fin también se encuentra el procrear hijos, igual, podríamos pensar en la figura del concubinato, no obstante que no exista un papel de por medio que una a la pareja, en México, es equiparada con el matrimonio, por tanto, el fin de procrear hijos también se tiene.

Ahora bien, si desmembramos lo establecido en el artículo 4° Constitucional, en el sentido, que tanto hombre y mujer son iguales ante la ley implica que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En ese entendido, podría pensarse que tanto mujeres u hombres casados, en concubinato, solteros, parejas homosexuales (hombres y mujeres), tienen el derecho de procrear.

Hay quienes están a favor de la última idea mencionada, otros están en contra. En la mayoría de los casos únicamente coinciden en que las mujeres



solteras sí sean usuarias de éstas técnicas siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos y exámenes antes de iniciarlas. En el capítulo segundo de este trabajo, se había externado la opinión al respecto, en el sentido, que únicamente los matrimonios, concubinos, hombres y mujeres solteros puedan considerarse como usuarios de las técnicas de reproducción asistida.

Ahora bien, para iniciar cualquier método de procreación asistida con la práctica de la maternidad sustituta gestacional se requiere la manifestación del consentimiento de la mujer que será la sustituta gestacional, la esposa, concubina o la soltera. También se requiere el consentimiento del esposo o compañero. Para algunos tratándose de fecundación homóloga, el hecho de la sola aportación del semen mediante la masturbación produce [o por extracción seminal en el epidídimo] un consentimiento tácito del mismo para la concepción del hijo; para otros, es necesario que el marido otorgue su consentimiento expresamente, es decir, autorice al médico para que realice la fecundación de la mujer.¹⁰⁹

Con el Instrumento de Maternidad Subrogada que regula el proyecto de Ley analizado en esta tesis, la simple suscripción hace las veces de manifestación de la voluntad. En caso que no se suscriba éste instrumento, lo ideal sería que el consentimiento sea otorgado de manera escrita para deslindar responsabilidades, sobre todo al momento de impugnar la paternidad.

El verdadero problema se presenta en la heteróloga, pues el esposo o el concubinario deben aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoides de otro hombre, en consecuencia, debe aceptar la paternidad de un hijo con el que no va a estar ligado por vínculos genéticos; y por tanto la responsabilidad inherente a ella.

¹⁰⁹ GUZMÁN ÁVALOS, Anibal, *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas. Un nuevo modo de filiación*, Editorial Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz México, 2001, pág. 76.



Existen puristas del derecho que afirman categóricamente que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública. Existen autores que recomiendan establecer una vigencia al consentimiento otorgado, es decir, hasta que la mujer logre el embarazo. Sin embargo, podría ser revocado antes que se haga efectiva la fecundación artificial de la mujer pero nunca después que se hayan realizado. En el supuesto que el marido muera y no se haya logrado la inseminación artificial, el consentimiento otorgado por el marido puede considerarse caduco, a menos que se haya establecido lo contrario, con la procreación "*post mortem*".¹¹⁰

Es importante, que el consentimiento esté ausente de vicios que pudieran provocar su nulidad, debe ser otorgado una vez que las partes se encuentren bien informadas, es decir, que se les haya explicado a los usuarios, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, posibilidades reales de éxito; así como los riesgos que las técnicas traen consigo, sus bondades y desventajas, no sólo desde el punto de vista médico, sino también jurídico y psicológico.

Para ello es indispensable considerar que quienes participen como auxiliares para lograr este tipo de procreación, no sólo sean los médicos, es indispensable que también participen psicólogos, trabajadores sociales y obviamente abogados, especializados en la materia.

Suponiendo que existiera algún vicio del consentimiento otorgado por el varón para realizar la procreación asistida de su compañera, lo procedente es la impugnación de la paternidad. Si el vicio del consentimiento opera en la mujer que va a ser inseminada o fecundada artificialmente, una vez realizada la fecundación, no puede tener más alcance que la responsabilidad para el médico, el centro médico, o ambos, en la medida que les pueda ser imputado; pues si la concepción

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 78 y 79.



fuera con material genético de ella, no podría solicitar la impugnación de la maternidad ni mucho menos la nulidad del niño como su hijo.

En este contexto, se puede generar responsabilidad civil para el padre legal, cuando haya otorgado su consentimiento para que su mujer fuera inseminada, pero posteriormente se rehusare a reconocer al hijo o intentara el desconocimiento de la paternidad alegando imposibilidad física para tener “acceso carnal” con la madre. Entonces deberá responder por los daños y perjuicios causados frente a la mujer y el niño.

Si es la mujer, la que accede a la inseminación sin el consentimiento de su marido, ella será la obligada a responder de los daños y perjuicios que le cause al marido independientemente que aquel proceda al desconocimiento de la paternidad. Podría incluso, tener responsabilidad frente al hijo por haberlo privado de una paternidad; aunque esto sea técnicamente posible cuando el hijo cumpla la mayoría de edad. Es difícil llevarlo a la realidad, pues esa mujer es quien además de darle la vida, es quien lo atendió durante la primera etapa de su existencia.

B) En los donadores

Se da el nombre de donador a la persona que dispone de sus gametos (óvulos o espermias) en favor de otra a fin que se realice una inseminación o fecundación artificial. El consentimiento del donante consiste en aceptar que le sean extraídos los gametos necesarios para lograr la fecundación, sin la aceptación de la paternidad o maternidad genética que pudiera derivarse.¹¹¹

Aníbal Guzmán considera que el anonimato del donador es uno de los puntos más controvertidos en la aplicación de las técnicas de procreación asistida

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 81



por el conflicto de intereses que se originan entre el donador y el niño, por lo cual menciona tres posiciones:

- 1) Los que están a favor del anonimato absoluto, basado en la privacidad, integridad e intimidad del individuo, pues por un lado protegen los intereses del donador; y por el otro, los de la pareja o una persona soltera que recurre a la procreación asistida con donadores. Sin embargo, se olvidan no sólo del derecho que tiene el menor de conocer sus orígenes; sino que también de las consecuencias que ello podría generar como: el hecho que la donación como acto jurídico puro, no esté sometido a condición o término (por ejemplo, cuando el semen es depositado en los bancos de semen, es la institución la que decide cómo y cuándo debe utilizarse), el riesgo de consanguinidad al no tener noticia cierta del origen y el hecho que no produzca ningún lazo de unión entre el donante y su hijo.
- 2) Los que ponen en primera instancia el derecho que tiene el niño de conocer sus orígenes, pues su idea es que los infantes necesitan más protección y son titulares del derecho inalienable e innegable de conocer sus orígenes.

Ésta postura es correcta al defender ante todo el derecho del menor de conocer sus orígenes, pero no significa que por ello será más feliz y podrá realizarse ampliamente, pues el no conocerlos no es impedimento para lograr realizarse como persona.

- 3) Ésta postura se basa en el sistema ecléctico cuyo fundamento es que el hijo puede conocer su origen genético con exclusión de la identidad del donador salvo que se requiera clínicamente por su salud.

En conclusión, los donadores únicamente podrían incurrir en responsabilidad si su conducta fue dolosa o negligente y con ello causará



enfermedades transmisibles vía hereditaria o se ocasionan malformaciones congénitas en el feto o niño.¹¹²

C) Sistema Hospitalario

Al hacer referencia al sistema hospitalario, se incluye al médico, personal médico y a las instituciones que prestan ciertos servicios en el proceso de inseminación o fecundación asistida.

En cuanto al consentimiento, éste queda más que probado cuando el médico o la institución manifiestan su voluntad para la realización de las técnicas de procreación asistida con la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, integrado entre paciente y médico; siempre y cuando, se manejen en el marco de licitud que permite la actividad terapéutica.

La responsabilidad es la que se torna más compleja, puede ser de diversos tipos, a saber:

a) Responsabilidad profesional

El médico que practica las técnicas de reproducción asistida está sujeto al principio de discreción en un sentido irrestricto de su ética profesional, como lo consigna el juramento hipocrático del Siglo V A.C. “[...] callar todo cuanto vea y oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiere a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto”.

La utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo debe ser conocida por el médico y la pareja, ya que violar ese secreto causa

¹¹² MARTÍNEZ CALCERADA, citado en *Ibidem*, pág. 86



responsabilidad hacia la pareja y por tanto, la reparación del daño que la indiscreción hubiese causado.¹¹³

Las instituciones autorizadas para la realización de éstas técnicas, deben llevar un expediente médico y conservar una ficha secreta relativa al donante, que permita limitar el número de inseminaciones con los gametos de una misma persona a fin de evitar la consanguinidad y conocer las características del donante frente a posibles problemas patológicos del niño concebido.¹¹⁴ Revelar la información contenida en ese expediente médico arrojaría una responsabilidad de la institución y el personal médico con la pareja receptora de las técnicas de reproducción asistida e incluso con el propio donante de gametos. La única excepción para tener acceso a ese expediente es el caso que sea de importancia vital por ejemplo si hay problemas de salud.

b) Responsabilidad por falta de pericia en la práctica profesional

Si el personal médico o el propio médico incurrieran en algún ilícito prescrito por la ley, los harían responsables frente a los usuarios o receptores de las técnicas y los donantes de gametos, especialmente cuando se trata de la disposición de gametos femeninos, según los principios de la responsabilidad contractual; y hacia el nacido, según los principios de la responsabilidad extracontractual por daños de naturaleza diversa.¹¹⁵

El médico siempre será responsable de las lesiones en la integridad física de la paciente, ya sea al momento de la intervención o como consecuencia de la misma. Es así que al realizar la concepción debe adoptar las precauciones necesarias para hacer posible el nacimiento de un individuo sano.

¹¹³ *Ibidem*, pág. 87.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 88.

¹¹⁵ COLORERO, Mario, citado en *Ibidem*, págs. 88 y 89.



Existe el llamado error "*in procedendo*", que también es causa de responsabilidad, generado por el nacimiento de un ser perteneciente a un origen étnico diverso a aquel a la que pertenecen los padres. Por otra parte, aún es rechazado por la mayoría, la manipulación de la carga genética y la predeterminación del sexo realizada por los médicos.

c) Responsabilidad civil

Es generada por la responsabilidad, tanto, objetiva como subjetiva, cuando: el médico no cuenta con el instrumental necesario para realizar el procedimiento, o cuando por su falta de pericia no funcione correctamente; si no les informó a los pacientes las consecuencias de las intervenciones a que serán sometidos; si se viola el secreto médico o no se adoptan las medidas necesarias para garantizar el anonimato; no se practican las pruebas o análisis y como consecuencia se insemina una mujer no apta; se recomienda un procedimiento inadecuado, se selecciona un semen no idóneo generando con ello que se transmitan enfermedades hereditarias o congénitas evitables con un estudio previo; si se omiten los consentimientos requeridos o producen algún vicio del consentimiento, por lo que se deberán reparar los daños y perjuicios que se puedan generar.

d) Responsabilidad administrativa

Se presenta al transgredir el orden público y el interés social al momento de no seguir al pie de la letra las normas ya establecidas en determinada materia, por ejemplo: si se desvían de los lineamientos o manuales sobre la utilización del semen para evitar inseminaciones en personas consanguíneas; cuando por diversas circunstancias no se permite la gratuidad del procedimiento de donación o cuando la vigilancia sobre las condiciones sanitarias de las instituciones autorizadas son mínimas.



e) Responsabilidad penal

Existe responsabilidad penal al encuadrar en los supuestos contemplados en el Código Penal para el Distrito Federal, ello ocurre si la inseminación artificial es realizada mediante violencia física, intimidación, trasgresión del secreto profesional, o se realiza en mujer casada sin el consentimiento del marido, o incluso sin el consentimiento de la mujer.

Los anteriores son ejemplos de los distintos tipos de responsabilidades que se pueden generar tanto en los usuarios, donadores y personal médico, es ahí precisamente donde la atención se debe fijar para regular las conductas que puedan orillar a cometer una responsabilidad, y en consecuencia se tenga que pagar el daño causado; ya sea pecuniariamente o con pena privativa de libertad.

D) ¿Responsabilidad del Estado?

El Estado, no obstante que es un sujeto que no participa directamente en las técnicas de reproducción asistida, si tiene participación en la política demográfica, sanitaria, administrativa y legislativa.

En ese entendido, no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse, los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida y sobre todo, cuando para la concepción se utilizan las técnicas que requieren un control sanitario.¹¹⁶

No es conveniente dejar que los usuarios o receptores de las técnicas de reproducción asistida sean los que decidan todo lo referente a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, de ocurrir eso, estaríamos en un caos total, al

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 92



no existir norma alguna que regule la procedencia de dichas técnicas, cada uno haría lo que quisiera con tal de conseguir la procreación, sin importar si se daña a los demás. Por ello es necesaria la intervención estatal a través de la acción legislativa para que cree las bases y principios que enmarquen las actividad en la sociedad, fije los límites de la práctica y la investigación científica que desarrollan estas técnicas.

Se requiere el control inexcusable del Estado, por la trascendencia social que tienen los métodos de procreación asistida, debiendo establecer las condiciones técnicas para aplicarlas y las exigencias de idoneidad y capacidad de los médicos y de los institutos de salud donde se prestan estos servicios. Permitiendo su práctica sólo en centros autorizados por la Secretaría de Salud, de lo contrario, se promovería un uso clandestino confiado al consultorio de un médico todo poderoso, quien controlaría la totalidad de los procesos.¹¹⁷

Es misión del legislador promulgar una ley que tenga una eficacia y vigencia social lo más apegada a la realidad, es decir la norma que se emita debe ser derecho vigente, como dice Villoro Toranzo, de acuerdo a la realidad histórica de la sociedad, pues de nada sirve que se emita una norma que no sea aplicada ni acatada. Por ello, debe ser expresión de los valores socioculturales, pues si se trata de una norma rígida o idealista, puede imponerse quizá la clandestinidad; de no adaptarse, la procreación asistida va a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial.¹¹⁸

Es así, que aunque el Estado no desee involucrarse en la utilización de las técnicas de reproducción asistida, es su deber lograr –mediante sus legisladores– que se regulen de manera correcta, sin dejar cabos sueltos en cuanto a las responsabilidades de todos los participantes, así como de las sanciones que se deben imponer a quienes quebranten la ley.

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 93.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 94.



3. Consideraciones para la futura regulación en materias como:

A) Civil

El derecho de fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo el derecho a tener hijos y educarlos.

Hay quienes afirman que si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos, a un embrión donado o a una madre sustituta gestacional, no están ejerciendo su derecho a la reproducción; sino demostrando su interés en mantener una vida de y en familia.

Es necesario que se realicen adecuaciones en la regulación en específico en materia de filiación con el fin que se pueda tener acceso a la maternidad sustituta gestacional, para salvaguardar los derechos de los donadores y de los bebés nacidos mediante estas técnicas.

Ello así pues podría suceder que el menor procreado demande alimentos al donador de gametos, al comprobarse que es el padre o madre biológica la demanda procedería y sería condenado a alimentos; e incluso podría ser privado de su libertad por no haber cumplido la obligación alimentaria de acuerdo con las últimas reformas en materia penal en cuestión de alimentos. Otros problemas que puede enfrentar es que el menor sea sujeto de herencia legítima por parte del padre biológico.

Ahora bien, por lo que hace al menor, suponiendo que le toque vivir en una familia bien acomodada ¿Qué sucede si queda huérfano y el padre biológico



(donador de gametos) se entera? Éste podría demandar el reconocimiento de paternidad y pretender para sí lo que le corresponde al menor.

Por ello, es necesario establecer una serie de candados tanto para los donadores como para los responsables legales de los menores nacidos por esa técnica, pues de no hacerlo en un futuro se generarían una serie de conflictos que no hubieran tenido razón de ser, de haberse regulado esta situación mediante reformas o la creación de leyes.

B) Penal

Es importante tomar en cuenta todas las conductas de los involucrados en las técnicas de reproducción asistida para establecer el tipo penal, en caso de realizar una conducta contraria a la establecida.

En los apartados anteriores, mencionaba lo relativo a la responsabilidad de regular la materia penal de estas técnicas. Podría encuadrar que el esposo o esposa sin el consentimiento de su cónyuge proceda con la ayuda de un médico o institución a la inseminación o fecundación “*in vitro*” en una madre sustituta gestacional; o incluso la inseminación “*post mortem*”.

El Código Penal Federal regula en el Título Segundo, Capítulo I, como delito contra la libertad reproductiva, en la Procreación asistida, la Inseminación Artificial y la Esterilización Forzada. Sin embargo, ésta regulación queda superada por la realidad, los avances científicos han alcanzado y dejado atrás el derecho, al introducir la figura de maternidad sustituta gestacional por lo que debe adecuarse el derecho penal para sancionar todo lo que no esté conforme a la norma de la materia.



Aún está en la mesa de debates lo relativo a la maternidad substituta gestacional, pues pese a que existe el proyecto de ley, todavía no ha sido promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal; quizá porque aún está en duda su licitud, pero sobre todo si las parejas del mismo sexo podrán usar la “gestación subrogada”¹¹⁹.

Como dice Aníbal Guzmán, no hay que pasar por alto el que se contemple o se pongan candados a la gestación de un ser humano fuera del útero de la mujer, a la gestación de híbridos, ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies, o viceversa; el tráfico ilegal de gametos o embriones y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación; o el daño que se cause a un embrión con el fin de conocer el sexo del bebé, pues esta conducta no está calificada como delito.¹²⁰

C) Constitucional

En materia constitucional, el problema principal versa sobre los límites de la libertad de procrear. De ahí, la importancia de establecer los parámetros de dicha libertad mediante diversas medidas que la regulen.

Morán de Vicenzi¹²¹, cita a algunos autores que hacen reflexiones respecto de los límites a la libertad de procrear, entre ellos encontramos a:

- ✓ Gómez Sánchez que considera que los límites del derecho a la reproducción se encuentra en el propio texto constitucional y se derivan del ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los otros.

¹¹⁹ LLANOS Raúl, *Confían en que se aprobará ley de maternidad subrogada*, Periódico “La Jornada”, México, 17 de octubre de 2011, 15:00 horas, <http://www.jornada.unam.mx/2011/10/17/capital/042n2cap>.

¹²⁰ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op Cit*, pág. 81.

¹²¹ MORAN DE VICENZI, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 189 y 190.



- ✓ Porras del Corral considera que el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber.
- ✓ Vega Gutiérrez dice que los límites del derecho a procrear vienen dados por los propios deberes que corresponden a cada persona.

Para dicha autora, los límites de la libertad de procrear tienen su origen en la propia naturaleza, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, con especial consideración los derechos del hijo.

Sin duda se debe analizar el derecho a la reproducción desde dos puntos de vista:

- ✓ Considerado como un derecho autónomo derivado de la dignidad de la persona, sujeto a sus propios límites, o
- ✓ Reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y consiguientemente sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva.

En el primer punto de vista, el individuo es observado de manera independiente a los demás, con los límites que él mismo se impone; sin embargo, el segundo punto de vista considera al individuo como parte de una sociedad que por el hecho de formar parte de ella, se somete a las normas que la regulan, pues se establecen los límites de los derechos de cada persona, en la especie, el límite a la libertad de procrear.

El derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, incluyendo



el acceso a tratamientos contra la infertilidad, en control de la calidad de la descendencia y la planificación familiar.¹²²

En el párrafo 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, se indica que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir de manera libre y responsable el número y el espaciamiento de sus hijos con la información y medios para hacerlo, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Ahora bien, retomando el tema central de esta tesis, considero que el derecho a procrear asiste a las parejas o personas ya descritas, sean, matrimonios, concubinatos, mujeres u hombres solos, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural o mediante las técnicas de reproducción asistida sin ir más allá de los límites establecidos en las leyes, es decir, la libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro.

Otro conflicto que se presenta es el relacionado a la titularidad del derecho a procrear, pues para dar una solución se tiene que analizar si se reconocerá o no, el acceso de las personas solas, estériles o no y de las parejas homosexuales a las técnicas de reproducción asistida.¹²³

Las técnicas de reproducción asistida con ayuda de los bancos de semen están generando que una sola voluntad sea suficiente para la procreación. Pero de acuerdo a lo estudiado a lo largo de esta investigación, la voluntad de una persona no es suficiente para acudir a las técnicas de procreación asistida, en el supuesto de conocer quiénes serán los donadores de los gametos, pues cuando

¹²² MORAN DE VICENZI, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 179.

¹²³ MORAN DE VICENZI, Claudia, *Op. Cit.*, pág. 186.



se acude a los bancos de semen, son dichas instituciones las que manifiestan su consentimiento al firmar de común acuerdo con la pareja que utilizará los gametos necesarios para preservar la especie humana.

Algunos autores consideran que la madre sustituta gestacional es la titular del derecho de reproducción, pues gracias a ella la gestación llega a su término. En contra, se encuentran los que afirman que la titularidad de ese derecho, es de la mujer que pretende ser madre mediante una mujer “subrogada”. En mi opinión, la titular del derecho de procreación es aquella mujer que aporta el material genético para lograr la fecundación, pero además que desea ser la madre de ese menor y que asume dicho rol.

D) De salud

En esta materia, es necesario que el Estado proporcione los recursos sanitarios públicos necesarios para la realización de las técnicas de reproducción asistida.

Se requiere una regulación que contemple los lineamientos que deben seguir las instituciones que contarán con autorización para realizar dichas técnicas, a fin de evitar los problemas que se pudieren dar con las mismas instituciones, con los médicos y personal médico que asista e incluso con los donantes de gametos o con su adecuada utilización con el fin de evitar nacimientos de niños con degeneraciones físicas o psíquicas.

Por lo anterior, es necesaria la reforma en materia de salud, a fin de contemplar la maternidad sustituta gestacional en todas sus modalidades.



E) Administrativa

En su momento, se habló de la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir las instituciones de salud, el personal médico e incluso el propio Estado, si no se han cumplido las exigencias de orden público establecidas, como normas sobre utilización del semen para evitar inseminaciones en personas consanguíneas, gratuidad del procedimiento de donación, vigilancia sobre las condiciones sanitarias mínimas de los centros y lo que se requiera.

La regulación en materia administrativa va de la mano con la de salud, por tanto, al hacer una modificación, reforma o adición en una, la otra debe seguir el mismo camino, sin desligar el contexto en la demás legislaciones aplicables.



CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

Los avances científicos han evolucionado, y con ellos conceptos tan antiguos como el propio hombre. Los cambios más frecuentes se han dado en la maternidad y paternidad que afectan de manera directa las relaciones familiares. Por ello comenzaré por analizar los problemas que surgen con la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada en comparación con países como Estados Unidos de América –específicamente los Estados de Florida y California-, Gran Bretaña y Francia tomando en cuenta las variables que se desarrollaron en capítulos anteriores.

La Asamblea Legislativa presentó el proyecto de Decreto por el que se expedirá la: **“Ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal”**. El primer problema es el propio título, dado que no es apropiado, en virtud de que es tomado de las palabras inglesas “*surrogacy*” que no significa subrogación sino sucedáneo, suplente o sustituto y “*surrogate*” (*a person or thing acting as a substitute*). La pésima traducción que se realiza de dichos vocablos conlleva a que en México se utilice de manera equivocada.

Estoy totalmente de acuerdo que se regule la materia de la maternidad mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero, si se desea expedir una ley, propongo que el título de la misma sea “Ley de Maternidad Sustituta Gestacional”, pues es en la gestación donde se realiza la sustitución de la madre con el fin de procurar la especie en aquella pareja que es incapaz de procrear.



1. Análisis de derecho comparado en la materia de maternidad sustituta gestacional.

En los países que tomo de referencia para hacer el análisis de derecho comparado, no existe una ley en concreto que regule la maternidad sustituta gestacional.

En Estados Unidos de América, en los Estados de Florida y California, en sus respectivos Códigos Civiles se regula la maternidad sustituta de una manera muy particular y específica; y en lo que es omiso el Código, los casos se resuelven por precedentes; al pertenecer a la familia del “*common law*”.

En Gran Bretaña, esta técnica no está regulada en el Código Civil sino en el Acta del 16 de julio de 1985 denominada: “*Surrogacy Arrangements, Act 1985*”, en ella se manejan todas las especificaciones del caso. Existe también un Manual de procedimiento que no es ley, sin embargo, es tomado como base para las omisiones que deja el Acta de 1985, al aclarar cómo se debe manejar la maternidad sustituta gestacional.

En Francia, el artículo 10 de la Ley No. 94-653 del 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, la cual adicionó al Código Civil Francés los artículos 311-19 y 311-20 que regulan lo referente a la reproducción asistida con la intervención de un tercero donante, pues los franceses consideran nulo el acuerdo para la procreación o gestación por cuenta de terceros.

Análisis de derecho comparado en la materia de maternidad sustituta gestacional					
VARIABLE	ESTADOS UNIDOS		GRAN BRETAÑA	FRANCIA	MÉXICO
	CALIFORNIA	FLORIDA			
Objeto de la MSG:					
Fines terapéuticos	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ



Fines de lucro	NO	½	NO	NO	NO
Definición de la MSG					
MSG:	SI	SI	SI	NO	SI
IA (Tradicional)	SÍ	SÍ	SI	No la define CC	NO
FIV (Gestacional)	NO	NO	SI	NO	SÍ
Destinatarios:					
Matrimonio		SÍ	SI	SI	SÍ
Concubinato		NO	SI	SI	SÍ
Soltero		NO	SI (educar al niño)	NO	SÍ
Ley de MSG	NO	NO		NO	Propuesta de Ley
Lugar:					
Instituciones de salud pública o privadas que cuentan con autorización.	No dice	No dice	SI	NO	SÍ
Cualquier lugar	No dice	No dice	NO	NO	NO
Intervención:					
Abogados	SÍ	SÍ	NO	NO se menciona	SÍ
Personal de salud	SÍ	SÍ	SI	SI	SÍ
Entrevistas a las partes	SÍ	SÍ	NO	NO	SÍ
Comercialización	NO	NO	NO	NO	NO
Visita domiciliaria a la gestante	No dice	No dice	NO	No dice	SÍ
Constancia de preparación psicológica de las partes	No dice	No dice	NO	No dice	SÍ
Candidatas aprobadas:					
Parentesco entre las partes	No dice	No dice	NO	No dice	SÍ



Cualquier mujer	Sí	Sí	SI	Si	Sí (por excepción)
Indemnización a la gestante (pago de gastos médicos)	No dice	½	SI	No	Sí (en caso de existir dependientes económicos)
Registro de gestantes	No dice	Si	NO	No	Sí
Derechos de filiación:					
A favor de la madre y padre genéticos después de juicio de impugnación de la maternidad o paternidad	No dice	Sí	NO	SI	Sí
A favor de la mujer gestante	No dice	Sí (si se demuestra que el menor no es hijo de los padres)	SI	SI	NO
Certificado de parentesco	NO	SI	SI	NO	NO
Acta nacimiento del menor anotando a la MSG	No dice	Sí	SI	NO	
Revocación del Instrumento para la MSG:				Certificación de uso de la IA ante notario o juez (revocable)	
Antes de la transferencia de embriones	No dice	Sí (causa de incumplimiento)		SI	Sí
Posterior a la transferencia de embriones	No dice	Sí (causa de incumplimiento)		NO	NO (implica pago de años y perjuicios)
Congelación de gametos	No dice	No dice	SI	No dice	No dice
Donantes de gametos	NO	NO	SI	SI	No dice
Anonimato del	No dice	No hay	SI	SI	No dice



donante		donantes			
<i>Post mortem</i>	No dice	No dice	----	No	No dice
Prohibición MSG	NO	NO	NO	SI	Si hasta que se promulgue.

Cuadro comparativo tomando en cuenta los Códigos Civiles de los Estados o países referenciados para el estudio (elaboración propia)

2. Análisis del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal

El análisis se realizará tomando como eje el Proyecto de Decreto de Ley de Maternidad Subrogada dividida en títulos y las variables del cuadro de derecho comparado.

Refiere el proyecto:

“TÍTULO PRIMERO/CAPÍTULO ÚNICO/DISPOSICIONES GENERALES

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

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

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

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



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

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

En los artículos anteriores ya se comienza a manejar el fin que tiene la maternidad sustituta gestacional, la definición utilizada, los usuarios y si es factible o no que se realice un pago.

Tanto en México, como en Estados Unidos de América y Francia, las técnicas de reproducción asistida son utilizadas con fines terapéuticos para auxiliar a la procreación de aquellas parejas infértiles, en tanto que, en Gran Bretaña, ésta técnica no es primordialmente con fines terapéuticos sino para la investigación sobre los embriones.

Según la definición que se maneja en el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, la fecundación “*in vitro*” homóloga sería la única permitida, por transferencia de embriones producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida en matrimonio o concubinato quienes aportan su material genético.

En Estados Unidos, a la maternidad sustituta gestacional la denominan “acuerdos de sustitución” (en traducción contextual y no literal) “madres de alquiler” o “sustitutas gestacionales”. Estos acuerdos se presentan de dos maneras:



- ✓ *Sustitución tradicional: situación contractual por el que una mujer accede a que se le insemine artificialmente, usando su propio óvulo y el esperma de un hombre que por lo general es el futuro padre del bebé, está de acuerdo en llevar a término el embarazo y una vez que nazca el niño entregarlo a los padres previstos renunciando a todos sus derechos como madre del niño. Por el hecho de usar su propio óvulo es considerada como la madre biológica, genética y gestacional del menor.*¹²⁴
- ✓ *Sustitución gestacional: situación contractual por el que una mujer accede a que se le implante en su útero vía fecundación in vitro un embrión fecundado con gametos (óvulo y espermatozoide) de los futuros padres o de donantes para llevar a cabo el embarazo y cuando nazca el niño entregarlo a los futuros padres y renunciar a los derechos como madre del niño. En este caso, los que hayan aportado los gametos son los progenitores del niño.*¹²⁵

En el Estado de California se admiten los acuerdos de sustitución, pues la práctica es constante y el mayor número de casos se presenta allí, con la peculiaridad, que se da en personas que no viven en ese Estado, porque viajan a él con la finalidad de someterse a un acuerdo de sustitución.

Su regulación es poca, el único requisito que indica para celebrar un acuerdo de sustitución es acudir a un abogado o a una agencia dedicada a ésta “industria”. La Sección 7606 de su Código de Familia define al acuerdo de sustitución de la siguiente manera:

“Acuerdo de reproducción asistida: escrito que incluye a una persona que intenta ser el padre legal de un niño (s) nacido por reproducción asistida y que definen los términos de la relación entre los padres contratantes.”

Mientras que el Estado de Florida sólo permite los acuerdos de sustitución gestacional y los regula en su Código Civil de Familia.

¹²⁴ Traducción realizada por la tesista, del artículo de GUGUCHEVA, Magdalena, *Surrogacy in America*, 2010, pág.6.

¹²⁵ *Idem*.



Gran Bretaña también define a la maternidad sustituta gestacional: apartado 1 inciso (2) como:

*“Madre sustituta” significa una mujer que se embaraza en el cumplimiento de un acuerdo a) concertado antes del inicio del embarazo, y b) concertado con miras a que cualquier infante producto de ese embarazo, será entregado en el cumplimiento del acuerdo, y los derechos parentales serán ejercidos (en tanto practicable), por otra y otras personas.*¹²⁶

Francia simplemente no lo hace, pues no está permitida la práctica, ello así, pues consta en el artículo 16.7, del capítulo segundo, El respeto del cuerpo humano del título primero, de los Derechos Civiles del Código Civil Francés:

*“Tout convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”*¹²⁷

Ahora bien, respecto a los usuarios en caso de maternidad sustituta gestacional, la propuesta del proyecto de Ley nos indica que tiene que ser una pareja unida en matrimonio o que viva en concubinato y como excepción a esos supuestos *“las mujeres en estado civil diferente al señalado”*. Determinación ambigua de los receptores de las técnicas al señalar que las mujeres solteras que cumplan con los requisitos de la ley, podrán tener acceso a la maternidad sustituta gestacional, ello por la manera en que está redactado el renglón antes transcrito, parecería que no sólo se trata de mujeres solteras, pues dice *“las mujeres en estado civil diferente al señalado”*, y ese estado civil distinto podría encuadrar las lesbianas o las unidas en sociedad de convivencia, o incluso las propias concubinas, ya que el concubinato no es estado civil.

¹²⁶ Traducción realizada por ÁLAMO BRYAN, Marina de *“Surrogacy Arrangements, Act 1985”* (Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985).

¹²⁷ Lo que significa que “todo acuerdo para la procreación o gestación por cuenta de tercero es nula” (traducción libre).



Al respecto, debería hacerse la aclaración especificando que se trata únicamente de mujeres solteras y heterosexuales.¹²⁸

En los Estados Unidos de América, sólo pueden tener acceso a la maternidad sustituta las parejas con vínculo matrimonial, pues no están contempladas las parejas unidas en concubinato o mujeres solteras.

En Gran Bretaña sí se permite que los destinatarios de la maternidad sustituta gestacional sean matrimonios o parejas unidas en concubinato, incluso en la práctica las mujeres solteras son admisibles siempre que hayan mostrado su intención de realizar las tareas relacionadas con la educación de los menores que estén por nacer.

En Francia, las parejas casadas y los concubinos no pueden recurrir a la maternidad sustituta gestacional, pero sí pueden hacerlo respecto a las técnicas de reproducción asistida como lo establece el artículo 311-19 y 311-20 del Código de Napoleón, los cuales serán abordados más adelante.

Por otro lado, el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada es claro al decir que la maternidad sustituta gestacional se realizará sin fines de lucro para ambas partes, a fin de no convertir esta nueva modalidad de la maternidad en un mercado de madres sustitutas.

En Estados Unidos de América y en otros países es novedad y moda tener hijos mediante el uso de la maternidad sustituta gestacional. Su crecimiento es rápido, la frecuencia es tanta que el número de bebés nacidos de las madres sustitutas gestacionales, creció un 89% en sólo cuatro años, de 2004 a 2008.¹²⁹

¹²⁸ La limitación de los receptores de las técnicas de reproducción asistida incluyendo a la maternidad sustituta gestacional fue abordada en el Capítulo II, punto 4, inciso B).

¹²⁹ Traducción realizada por la tesista, del artículo de GUGUCHEVA, Magdalena, *Op. Cit.*, pág. 3.



En un principio, se pensó en utilizar la maternidad sustituta gestacional como una solución para la infertilidad o esterilidad que sufrían las parejas que querían ser padres, pero con el tiempo, lejos de ser la respuesta buscada se convirtió en una explotación de la mujer, y las más vulnerables a incurrir en ésta práctica son las mujeres de escasos recursos.

En teoría tampoco se hace con fines de lucro, pero en verdad es que en la práctica se trata de un “mercado de trabajadoras sustitutas” que no cuenta con una buena regulación o la poca que existe no es la adecuada porque deja en el limbo las consecuencias médicas, sociales, económicas, psicológicas y jurídicas que pudieren surgir en todas las personas involucradas en el desarrollo de la sustitución gestacional.

En el Estado de Florida si se obliga a realizar un pago único de vida a la madre sustituta, además de los gastos legales, médicos, psicológicos y psiquiátricos que requiere si están relacionados con los periodos: prenatal, perinatal y postparto. En cambio, en Gran Bretaña el pago para las “madres sustitutas” no está permitido, de hacerlo se estaría cometiendo un delito, conforme a lo que señala la Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985 en el apartado de *Negociación de acuerdos de sustitución con base comercial*:

"2.-----(1) Ninguna persona podrá, con base comercial, realizar cualquier de los siguientes actos dentro del Reino Unido, esto es—

(a) iniciar o tomar parte en cualquier negociación con vista a concertar un acuerdo de sustitución, o

(b) ofrecer o acordar negociar la concertación de un acuerdo de sustitución, o

(c) compilar información con miras a utilizarla para concertar o negociar la concertación de un arreglo de sustitución;

Y ninguna persona podrá en el Reino Unido con conocimiento de causa hacer que otra persona realice cualquier de esos actos con base comercial.



(2) La persona que contravenga la subsección (1) arriba mencionada será culpable de un delito; pero no significará una contravención de esa subsección—

(a) para una mujer, con miras a convertirse en madre sustituta ella misma, realizar cualquiera de los actos mencionados en esa subsección o causar que se realice un acto tal, o

(b) para cualquier persona, que con miras a que una madre sustituta se embarace para él, realizar tal acto o causar que tal acto sea realizado.

(3) Para los propósitos de esta sección, una persona no actúa con base comercial (sujeto a la subsección (4) mencionada más abajo), si—

(a) cualquier pago es en cualquier momento recibido por él mismo u otro con respecto a ello, o

(b) lo hace con vista a un pago que sea recibido por él mismo u otra persona con respecto a la concertación, o negociación o facilitación de la concertación de cualquier acuerdo de sustitución.

En esta sección “pago” no incluye pagos para o en beneficio a una madre sustituta o una posible madre sustituta.”¹³⁰

En Francia no se hace mención del pago al utilizar las técnicas de reproducción asistida. De conformidad con la Corte de Casación del 31 de mayo de 1991, el acuerdo por el que una mujer consienta, incluso a título gratuito a portar a un niño para abandonarlo al nacer (sería la maternidad sustituta gestacional), viola el principio de política pública relativa a la falta de disponibilidad del cuerpo humano y del estado de persona.

Es importante analizar este punto, pues considero que si bien es cierto que con la gratuidad por parte de la madre sustituta gestacional se evitaría convertir esta práctica en un mercado de mujeres gestantes, también es cierto que debería hacerse un pago a esa mujer a manera de indemnización porque con el embarazo dejaría algunas prioridades de su vida como su trabajo, tiempo o incluso su salud física y mental. Con un excelente control por parte de las instituciones de salud de

¹³⁰ Traducción realizada por ÁLAMO BRYAN, Marina, de “Surrogacy Arrangements, Act 1985” (Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985).



las mujeres que participan en la sustitución gestacional, podría evitarse esa la mercantilización que pudiera generarse ante la falta de una correcta regulación de la materia.

Volviendo al Proyecto de Ley que me ocupa, expresa:

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

Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;

Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;

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

Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos de las niñas y los niños y el desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña (...)

Instrumento para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público (...)

Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal;

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



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

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

Registro Civil: *a la Dirección General del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Jueces del Registro Civil;*

Secretaría de Salud: *a la Secretaría de Salud del Distrito Federal;*

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

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

Del artículo anterior se desprende una variedad de terminología jurídica utilizada con frecuencia, misma que verificaré si son definidas en los países cuya comparación se pretende en este capítulo.

Para poder acceder a la maternidad sustituta gestacional se requiere de un “Instrumento para la Maternidad Subrogada”, el cual se hará ante Notario Público y al mismo sólo podrán tener acceso los habitantes o transeúntes en el Distrito Federal por ser una ley local. Hace mención de quién es la madre biológica, la mujer gestante, el padre de la criatura y el personal médico que puede colaborar.

En Estados Unidos ya se mencionó que la sustitución gestacional se realiza mediante los “acuerdos de sustitución”, en su regulación no se definen las



partes que intervienen en ellos, y en los casos mencionados en el capítulo primero así como en diversos artículos se pueden dar las siguiente definiciones:

- 1) Madre biológica o madre genética: la mujer que aporta el óvulo para lograr la fecundación.
- 2) Padre biológico o padre genético: el hombre que aporta el espermatozoides con el fin de fecundar el óvulo.
- 3) Futuros padres o padres previstos: personas que desean ser los padres legales del niño que nazca mediante un acuerdo de sustitución.
- 4) Madre gestacional o sustituta gestacional: la mujer que lleva un feto en su útero hasta que nace y posteriormente es entregado a los futuros padres.

Hace la distinción de los futuros padres porque en Estados Unidos de América es permitida la inseminación artificial y fecundación “*in vitro*” en sus dos especies cada una, la homóloga y heteróloga. En Gran Bretaña no se manejan mucho las definiciones de quienes intervienen, pero sí hace la distinción de quién es una “madre sustituta”, como ya lo mencioné.

En Francia, los cónyuges o concubinos que requieran atención médica con intervención de un tercero para su reproducción necesitan otorgar su “consentimiento” ante un Juez o Notario para que les informen las consecuencias de su actuar con respecto a la paternidad (Artículo 311-20 del Código Civil Francés), de ahí que probablemente los legisladores autores del Proyecto de Ley en estudio determinarían prudente que el “Instrumento para la Maternidad Subrogada” contemplado como requisito en el referido Proyecto, sólo se puede otorgar ante Notario Público.

Considero sí es necesario un acuerdo mediante el cual se manifieste la voluntad de las partes para intervenir en la maternidad sustituta gestacional a efecto de hacer cumplir lo pactado, pero, no estoy de acuerdo en que se necesite



acudir ante un notario para formalizar o protocolizar ese acuerdo, pues ellos no son especialistas en materia familiar, en cambio un Juez de lo Familiar sí es el adecuado para conocer el asunto. Debería ser ante dicho órgano jurisdiccional que se formalice la voluntad de las partes y quien les explique los derechos y obligaciones que están adquiriendo, así como las consecuencias de su incumplimiento.

Continúa el Proyecto:

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

Es una buena medida adoptada por el Gobierno del Distrito Federal para lograr el control de la maternidad sustituta gestacional, pero no solo debería ser la certificación el único requisito, sino que además se debe verificar que esas instituciones de salud pública o privada cuenten con el instrumental necesario para realizar la fecundación *in vitro* y con el personal especializado y capacitado para ello. En los Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia no se hace mención al respecto, no se sabe si son instituciones públicas o privadas pues no existe un control al respecto.

Volviendo al Proyecto:

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

Para que los códigos y ley citada puedan ser supletorios en lo no previsto en el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, es necesario realizar las



reformas correspondientes en cada una de las materias, tal y como lo estableció el proyecto de decreto en sus artículos transitorios.

En los Estados Unidos, los “acuerdos de sustitución” se regulan únicamente en el Código Civil de los Estados y se apoyan en el Departamento de Salud, en lo que sea omiso, se acude a la Suprema Corte de Justicia y será ella quien decida lo que procede.

En Gran Bretaña únicamente esta la Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985 que regula tanto la materia de los “acuerdos de sustitución” como la penalidad en la que incurren las personas sean físicas o morales en caso de que incumplan las disposiciones que establece esa Ley.

El Título Segundo del Proyecto determina:

“TÍTULO SEGUNDO/DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES PARA LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

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

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

En el proyecto de la Ley de Maternidad Subrogada se establece que los médicos sean los que les expliquen a las partes que intervienen en la práctica



respecto de las consecuencias jurídicas por la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante, sin embargo, no es apto que sean los médicos quienes les expliquen las consecuencias legales pues ellos no son especialistas en la materia.

En este sentido la ley es contradictoria, pues en un inicio se planteó que fuera el Notario Público quien le explicara esas cuestiones, ahora se dice que es el médico quien les debe explicar. En mi opinión debe unificarse el criterio de quien va a ser la persona adecuada para hacer del conocimiento a las partes las consecuencias jurídicas de ese acto; por lo que se considera que el adecuado es un Juez de lo Familiar.

Incluso podría ser conveniente que se cree una institución dependiente del gobierno, para evitar manipulaciones y conflicto de intereses, que se encargue de explicar previamente a las parejas y mujeres gestantes los pros y los contras de la utilización de la maternidad sustituta gestacional con el único fin que cuando se desee formalizar el acuerdo al que llegasen estén totalmente conscientes de lo que están por realizar.

Esa institución debería estar integrada por médicos para que les expliquen el procedimiento a seguir con la fecundación "*in vitro*", por psicólogos a fin de darles el tratamiento adecuado a quienes intervendrán, sobre todo a las gestantes, pues podría generarles un trauma lo que están por realizar, y por supuesto por abogados quienes deberán ser especialistas en materia familiar y en la maternidad sustituta gestacional para que les expliquen las consecuencias en materia de filiación, alimentos, sucesión y las penales en caso de que alguna de las partes incumpla lo convenido.

Las entrevistas informativas que señala este artículo debieran llevarse a cabo en la institución que propongo se creé, así todo el personal que la integre



será el adecuado para informar a las partes de todo lo necesario para participar de manera pasiva o activa en la sustitución gestacional.

En los Estados Unidos no hay persona que explique a las partes cuáles son las consecuencias que se generan con la maternidad sustituta gestacional. Se logran saber cuando se entra en conflicto y la Corte decide los derechos y deberes a las que se obligaron las partes. En algunos Estados intervienen personas morales como “agencias de subrogación” para “ayudar” a las parejas que desean tener descendencia a través de una madre sustituta. Ellas son las que se encargan de “explicar” a las partes sus derechos y obligaciones, dependiendo el rol que jugarán en el desarrollo de la sustitución gestacional.

Ejemplos de esas agencias actualmente se pueden localizar en internet, pero en el pasado cuando empezaban estos casos de sustitución, se realizaban los anuncios a través del periódico.

Respecto a las entrevistas, sólo en Florida como requisito para ser candidatas a la maternidad sustituta gestacional, las partes deben someterse a una evaluación y estudios médicos, que se equipararía a las entrevistas informativas que señala el proyecto del Distrito Federal. Mientras que en Gran Bretaña no se menciona nada respecto del personal de salud especializado en la materia, ni siquiera se realizan entrevistas informativas, es demasiado centrado en las parejas que no concibe la idea de que participe cualquier persona sea física o moral en la realización de la sustitución gestacional.

En Francia, las parejas que se someten a las técnicas de reproducción asistida deben contar con médicos especializados en realizar la asistencia.

Continúa el Proyecto:



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

Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación.

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

La obligación que marca esta norma, debe estar presente en todo el personal que participe en la maternidad sustituta gestacional, no sólo en el Distrito Federal sino en todos los países que permitan el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Por ejemplo, en Francia para lograr la reproducción es aceptado que se realice con un donador, ya sea de óvulo o espermatozoides, en caso de que la pareja no pueda reproducirse por sus propios medios. Pero tanto el donador como el donatario no se deben conocer y los únicos que pueden acceder a la información que permita identificar a cada uno, son los médicos que intervinieron y sólo en caso de necesidad terapéutica, de lo contrario, ni ellos pueden acceder, por cuestión de ética y secreto profesional.

En los Estados Unidos de América, pese a que se regula la utilización de embriones para la procreación, la realidad es que cada día se está dando una comercialización indebida y desmedida de los mismos. En algunos Estados de este país se permiten ambos “acuerdos de sustitución” (tradicional y gestacional), en otros sólo uno de ellos. Sin embargo, el hecho que se admita, no significa que esté regulado.



Arkansas y Arizona no tienen una regulación específica, no obstante tienen una gran influencia en el “mercado de alquiler de vientres”. Ohio prohíbe la práctica de la sustitución y es castigada con multas elevadas o incluso con la cárcel. En Estados como California, Florida, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Virginia y Washington se llevan a cabo los acuerdos de sustitución y aún tienen pendientes leyes para regular los mismos. En Michigan, Oklahoma y Tennessee sí se practica la sustitución gestacional, pero no hay regulación al respecto que se preocupe de la legalidad o aplicabilidad de los contratos de sustitución.¹³¹

El Reino Unido y Francia inclinan su postura más en la disponibilidad de técnicas de reproducción asistida, que en el interés primordial del menor. El primero acepta la congelación, donación, producción, exportación e importación de embriones para la investigación de los mismos.

Continuando con el Proyecto:

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

Considero que el médico únicamente se debe ceñir a realizar los estudios necesarios para saber si los participantes son o no aptos física y psicológicamente. Deberá ser un abogado el que supervise si cumplen o no con los requisitos legales. Si se creara la institución que menciono líneas arriba, sería ella la ideal para encargarse de vigilar este tipo de detalles.

¹³¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Maternidad subrogada y adopción internacional*, 20 de octubre de 2011, 18:25 horas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/11.pdf>.



Volviendo al Proyecto en estudio:

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

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

Éste artículo es importante en el sentido de identificar plenamente a las partes que se someterán a esa práctica, no sólo en los documentos presentados sino también cuando se realice la transferencia de embriones para evitar que se cometa una negligencia médica con consecuencias como la responsabilidad civil, administrativa e incluso penal para el médico que la realice y la institución médica a la que pertenezca. Es importante que se mantenga esta idea, no solo en la ley sino en la práctica, para que se lleve a cabo la revisión corroboración de identidades de las partes y evitar futuros conflictos.

En los Estados Unidos, pese a que se pacta el “acuerdo de sustitución”, cuando se realiza la técnica de reproducción asistida no existe un procedimiento para corroborar que la mujer que se someterá a la inseminación artificial o fecundación “*in vitro*” efectivamente es la sustituta gestacional. Sin embargo, antes de entregar al menor, en el Estado de Florida, después de tres días de nacido el bebé, los “padres previstos” solicitan que se verifique si uno de ellos lo es biológicamente y corroborado que así sea, se procede a declarar el parentesco para los dos.



Pasados treinta días, la Corte gira instrucción a su Secretaría para que realice la declaración de parentesco y el registro del menor para estadísticas de ésta práctica. Una vez efectuado lo anterior, la Corte pide al Departamento de Salud que expida un certificado de nacimiento con los nombres de los contratantes, se sella y el certificado que estaba a nombre de la sustituta se invalida.

La información contenida en los certificados invalidados es confidencial y nunca aparece el nombre del menor cuando se archiva, sólo puede ser sujeta a investigación o inspección bajo la orden de la Corte.

En Gran Bretaña ocurre lo mismo que en los Estados Unidos, no existe una revisión previa de las partes antes de fecundar a la sustituta gestacional ni al entregar al menor.

En Francia no puede darse ese supuesto, pues la que se fecunda es la madre biológica y legal del menor aunque pueda acudir a la donación de óvulos, pues para los ojos de la ley, la madre es la que pare al hijo.

Continúa el Proyecto:

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

- a. La madre biológica posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.*
- b. La madre biológica y el padre se encuentren plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente, para la implantación, y*
- c. La mujer gestante se encuentre en buen estado de salud física y mental.”*



Es apropiado lo que señala este artículo, se necesita corroborar que la mujer que desea ser madre no sea apta para llevar a cabo la gestación; así como que la mujer sustituta gestacional debe encontrarse en perfecto estado de salud. Por lo que hace al segundo punto, no estoy segura que el médico tratante pueda o no certificar que los “futuros padres” se encuentran plenamente convencidos, pues la especialidad del médico tratante no es el análisis psico-emocional de las partes para poder otorgar ese diagnóstico. En dado caso, deberá apoyarse de un psicólogo quien deberá realizar estudios previos a las partes e incorporar sus conclusiones a la certificación del médico tratante.

En Estados Unidos de América siguen los mismos requisitos que señala el proyecto de Ley del Distrito Federal. En el Estado de California no son tan específicos en los requisitos que deben cumplir, pero en Florida hasta los numera tanto para la madre sustituta gestacional como a los futuros padres (este punto será analizado posteriormente).

En Gran Bretaña no se mencionan los requisitos que deben cumplir las madres sustitutas gestacionales ni los que pretenden ser padres. Para Francia, los cónyuges o concubinos podrán acudir a las técnicas de reproducción asistida, incluso pueden ayudarse de un tercero. Para ello, necesitan manifestar su consentimiento ante un Juez o un Notario a fin que les explique las consecuencias de su actuar con respecto a la paternidad.

Volviendo al Proyecto, determina:

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



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

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

Es imposible que el médico tratante se encargue de todos los detalles de ésta práctica, en éste artículo se pone de manifiesto que necesita auxiliarse de otro tipo de profesionales. En la creación del instituto que propongo líneas anteriores, faltaría incluir al trabajador social que realizará esa visita domiciliaria; la cual no debería realizar previo aviso para que dicho trabajador realmente se percate de la realidad en la que se desarrollará la gestación, pues es muy común que si se notifica la visita, esa realidad sea distorsionada por los participantes.

Es casi imposible corroborar que la intervención de la madre sustituta gestacional se realice de manera libre y sin fines de lucro, podría pedirse auxilio a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para que informe a las instituciones que estén por realizar la implantación, la situación financiera de las partes a fin de conocer si se realizará o no un pago, mediante la exhibición de los estados de cuenta de las partes. Esta idea no suena muy mal, sin embargo, no sería adecuada porque la espera del informe retrasaría el procedimiento aunado a que podría realizarse el pago en efectivo o en especie y ello sería difícil de comprobar.

Ya se había mencionado que el único Estado que permite un pago único de vida en forma de compensación para la sustituta es el Estado de Florida,



independientemente de los demás gastos que se generen lo mismo sucede con Gran Bretaña. Por lo que hace a California, Francia y México no permiten pago alguno para que la sustituta gestacional permita que se gaste en su útero al fruto del matrimonio que no puede hacerlo por sus propios medios.

Volviendo al Proyecto:

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

Éste artículo genera un sinfín de interrogantes y conflictos, para empezar habría que reformar desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hasta las leyes de seguridad social, pues se supone que la intención de dar a las mujeres tiempo antes y después del embarazo es para que convivan con su hijo y le den los cuidados necesarios para su corta edad.

Si a las gestantes se les permite acceder a la seguridad social por el hecho de participar en la sustitución gestacional, entonces, ésta acabaría al concluir el “Instrumento de Maternidad Subrogada”, esto es, cuando termine el embarazo. En este supuesto, una vez que nazca el menor la madre biológica será la responsable de él y será ella la que requiera el periodo post-parto para brindarle todos los cuidados a su hijo, mientras que la madre gestante regresará a su vida como si nada hubiera ocurrido.

En Estados Unidos, una vez pactados los “acuerdos de sustitución” ya sea en su forma tradicional o gestacional, los futuros padres se comprometen a pagar todos los gastos inherentes a la gestación en los periodos prenatal, perinatal y postparto. Mientras en Gran Bretaña y Francia no se hace mención a cargo de quien correrán los gastos de la gestación.



Continúa el Proyecto:

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

Es importante que se haga mención de éste artículo para que no quede duda del trato que deban recibir las madres sustitutas gestacionales sea sin discriminación alguna e igual a cualquier mujer en las mismas condiciones que ella.

El Título Tercero del Proyecto en estudio, determina:

“TÍTULO TERCERO/ DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

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

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

- I. Ser **habitantes de Distrito Federal**, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente;*
- II. Poseer **capacidad de goce y ejercicio**;*
- III. La **madre biológica** acredite, mediante certificado médico, que posee una **imposibilidad permanente** o **contraindicación médica** para llevar a cabo la **gestación** en su útero;*



-
- IV. La **mujer gestante** otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el **bienestar y el sano desarrollo del embrión** y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y al concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo;
- V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y
- VI. De ser el caso, **la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada** para que manifieste lo que a su derecho convenga.

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

Éstos requisitos han sido tratados a lo largo de la investigación, si bien es cierto que será únicamente para los habitantes del Distrito Federal, también lo es que eso no será un impedimento para que emigren personas de otros Estados a fin de recurrir a la maternidad sustituta gestacional como ocurre en los casos de aborto o divorcio incausado.

Es necesario para evitar futuras nulidades que las partes cuenten con capacidad de goce y ejercicio, pero sobre todo para que estén conscientes de las consecuencias jurídicas que implica la sustitución gestacional, tanto para la pareja que desea al menor como para la mujer gestante en caso de estar unida en matrimonio o concubinato.

En Estados Unidos de América, los requisitos que deben cumplir las partes son:



✓ Para la sustituta gestacional:

1. Debe ser mayor de 18 años.
2. Debe someterse a evaluación y tratamiento médico.
3. Se compromete a renunciar a cualquier derecho respecto del niño.
4. Se compromete a asumir los derechos y responsabilidades prenatales si resulta que ninguno de los futuros padres son los padres biológicos del menor.

✓ Para los futuros padres:

1. Deben estar casados.
2. La “madre prevista” o futura madre tenga impedimento físico para gestar, pues la gestación puede causarle un daño a su salud o a la del feto.
3. Deben estar de acuerdo en utilizar una sustituta gestacional.
4. Están de acuerdo en aceptar la custodia y asumir todos los derechos y obligaciones como progenitores del niño inmediatamente después del nacimiento e independientemente de cualquier discapacidad que pudiera presentar el bebé.
5. Deben realizar un pago único de vida a la sustituta en Florida, además de los gastos legales, médicos, psicológicos y psiquiátricos de la madre sustituta si están relacionados con los periodos: prenatal, perinatal y postparto.

En Gran Bretaña, pese a que no se numeran textualmente en la Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985, algunos requisitos que deben cumplir son:

- ✓ Las partes deben tener capacidad de goce y ejercicio.
- ✓ La madre biológica debe tener impedimento físico para la gestación.



- ✓ La madre sustituta se compromete a procurar el sano desarrollo de la gestación.
- ✓ Los futuros padres se comprometen a cubrir los gastos necesarios para la gestación.

Mientras que en Francia, lo único que se necesita es que el tercero que done; ya sea el óvulo o el espermatozoide tenga capacidad de goce y ejercicio para hacerlo, pues todas las demás obligaciones corresponden a la pareja que se someterá a las técnicas de reproducción asistida.

Volviendo al Proyecto:

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

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

En México es requisito *sine qua non* que la Secretaría de Salud, institución encargada de llevar el control de la “maternidad subrogada”, realice todos los estudios para corroborar la preparación física y psicológica de las partes a efecto de expedir la constancia que les servirá para el otorgamiento del “Instrumento de Maternidad Subrogada”, pues de no tenerla, aunque cumplan con los demás requisitos que marca la Ley, finalmente no se completaría esta práctica.

En Estados Unidos e Inglaterra, no se expide una constancia para cumplimentar los “acuerdos de sustitución”, basta con que las partes firmen los



respectivos acuerdos para que surta todos sus efectos y se realice la maternidad sustituta gestacional.

En Francia, sin embargo, es necesario que los cónyuges o concubinos que requieran atención médica con intervención de un tercero obtengan el “consentimiento” de un Juez o Notario Público, de lo contrario el médico encargado de realizar la asistencia está impedido de iniciar el proceso.

Continúa el Proyecto:

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

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

Pareciera que es requisito indispensable que la madre sustituta gestacional sea pariente consanguínea o afín de la madre o padre biológicos, sin embargo, no lo es, pues tiene como excepción que sea cualquier mujer siempre y cuando cumpla con los requisitos que señala la Ley. Esta exigencia cuasi obligatoria tiene su justificación según la exposición de motivos en conservar el espíritu de sin fines de lucro al ser la mujer gestante pariente de las partes. Sin embargo, es un supuesto contradictorio al sostener “deberá” ser pariente pero podrá ser “cualquier” mujer.

En Estados Unidos no se menciona si la madre sustituta gestacional debe o no ser pariente consanguíneo, pero de conformidad con los casos expuestos en el capítulo primero, se concluye que no es necesario que sean parientes, la sustituta puede ser cualquier mujer que sea mayor de edad y que no tenga fines de lucro. Salvo en Florida que pareciera que sí se realiza de esa manera por el pago único que se le da a la “madre sustituta”.



En Gran Bretaña la madre sustituta gestacional puede ser cualquier mujer no importando si es pariente de las partes o no. Mientras que en Francia este supuesto no se da, pues no hay madre sustituta, la mujer de la pareja es la misma que es fecundada artificialmente.

Continúa el Proyecto:

“CAPÍTULO SEGUNDO / DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

*Artículo 18. **El consentimiento** que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada **deberá realizarse ante Notario Público**, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.*

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

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

Estoy de acuerdo que el consentimiento deba otorgarse de manera personal y expresa para que no quede duda de la voluntad de las partes, sin embargo, como ya lo había mencionado anteriormente, dicha anuencia debería conferirse ante un Juez de lo Familiar, pues, son ellos los especialistas en materia familiar.

Sin duda, el consentimiento otorgado ante Notario Público es un modelo tomado del Código Civil Francés, en el que es indispensable el consentimiento de



un Notario Público o Juez, para que las parejas puedan acceder a las técnicas de reproducción asistida.

En Estados Unidos y Gran Bretaña, no es necesario que se formalice ante Notario, basta con que las partes firmen el “acuerdo de sustitución” para que se entienda que han manifestado su voluntad y surta todos sus efectos jurídicos.

Continúa el proyecto:

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

Artículo de corte reglamentario, que marca la formalidad de la práctica para el surtimiento pleno de efectos jurídicos. En los países en estudio ya se ha mencionado cuáles necesitan esa formalidad y cuáles no.

Volviendo al Proyecto de Ley en estudio:

“CAPÍTULO TERCERO

DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

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

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

- I. Que se otorga por todas las partes que intervienen **sin fines de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;***
- II. La obligación de la **madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación,***



- hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;*
- III. *La **manifestación de la mujer gestante** de que sus óvulos no fueron utilizados para fertilización y que **no es la madre biológica del menor** que nazca dentro de las 40 semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación;*
- IV. *La **obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento;***
- V. *La **obligación** de la mujer gestante de entregar, a la **madre biológica y al padre**, a los menores después del nacimiento, y de éstos a **recibirlo o recibirlos**, y*
- VI. *El conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la **interrupción del embarazo** en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente.*

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

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

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



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

En Estados Unidos basta con que las partes firmen el acuerdo de sustitución para someterse a su cumplimiento, sólo en caso de duda respecto de la interpretación o el propio acatamiento forzoso se realizará mediante juicio. En el desarrollo de este capítulo menciono cuáles son los requisitos que deben contener los acuerdos de sustitución, que prácticamente se trata de los mismos que en México salvo por lo indicado en párrafos posteriores relativo a la indemnización, ya que en este país únicamente se pagarán los gastos legales, médicos, psicológicos y psiquiátricos de la madre sustituta si están relacionados con los periodos: prenatal, perinatal y postparto, no menciona qué sucedería en caso de incapacidad de cualquier tipo o muerte en la madre sustituta.

Gran Bretaña se queda corta en la regulación, es muy básico lo que indica, sólo hace referencia a la capacidad de goce y ejercicio de las partes, incapacidad de la madre biológica de gestar, el buen estado de la mujer sustituta y el pago de los gastos que se generen con la utilización de éste método. Es omisa en prever respecto de una indemnización para la mujer gestante en caso de complicación alguna.

Por su parte, la regulación de Francia es muy similar a la de México en cuanto a las formalidades. En ambas es requisito *sine qua non* acudir a un Notario a estipular el acuerdo por el cual se someterán a la fecundación “*in vitro*”.

En ninguno de estos países se regula lo relativo a la interrupción del embarazo, esto es una innovación para México, pues es un suceso que en la vida diaria se presenta en las mujeres embarazadas. Aunado a la prevención de la



indemnización en caso de muerte o incapacidad permanente, al generar una certidumbre jurídica en la mujer que participará como madre sustituta gestacional.

Continúa el Proyecto:

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

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

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

Es importante que se prevea lo necesario para evitar que se viole no sólo la ley sino los tratados en materia de protección a los infantes; considerando que el personal ideal para esta labor debiera ser un Juez de lo Familiar, al ser un especialista en la materia, o bien pudieran abrirse juzgados especializados en materia de Maternidad Sustituta Gestacional a fin de no imponer más carga de trabajo a los juzgadores que pudiere generar menor atención en este tipo de asuntos que requieren mucho cuidado y conocimiento para evitar conflictos futuros.

En Estados Unidos de América no está regulado lo relativo al acceso a las instituciones de salud pública, pero sí el derecho del menor a tener un nombre y



apellido. En contraste, en Gran Bretaña lo importante no es el producto de las técnicas de reproducción asistida, sino quienes hacen uso de gametos de terceros, la congelación de los mismos y la investigación de embriones humanos. El menor que se llegare a procrear no tiene derecho de conocer la identidad de sus padres biológicos pues fue fruto de un experimento de embriones.

Por otro lado, Francia y México tienen como principal objetivo velar por el interés de los afectados por las nuevas prácticas, pero sobre todo el interés superior del menor, por ello se ponen más limitantes a la regulación de la Maternidad Sustituta Gestacional.

Volviendo al Proyecto:

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

Este precepto regula la fecundación “*in vitro*” en su aspecto homólogo, la madre gestante al no aportar su material genético no crea relación de parentesco con el menor. Por ello el proyecto de decreto en estudio requiere por lo menos que uno de los futuros padres aporte su carga genética de lo contrario no podría celebrarse el Instrumento de Maternidad Subrogada.

México sigue la tendencia francesa por ser parte de la familia neo-romanista, para los franceses la “madre” es aquella que concibe un hijo, en México es igual, ahora bien, si la que pare es la madre legal para la ley, entonces puede entenderse que como hijo tiene todos los derechos inherentes a su persona, como los alimentos, convivencia y sucesiones. La idea anterior podría interpretarse de esa manera sino se realiza urgentemente una reforma o se promulga una ley o por



lo menos antes de la entrada en vigor del Proyecto de Decreto que se está analizando, el Código Civil para el Distrito Federal.

El Proyecto de Ley en estudio, establece:

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

Para que se dé la Maternidad Sustituta Gestacional en México, necesariamente se requiere que uno de los padres de la criatura proporcione el material genético y que estén casados a fin de generar a partir de ese momento la filiación entre los tres. De esta manera es como se prevén los conflictos que pudieran darse entre los padres, pues se remite a las reglas básicas de la familia que maneja el Código Civil para el Distrito Federal.

En Estados Unidos primero se comprueba que efectivamente los padres biológicos lo sean, para que con ello se realice la declaratoria de parentesco y entonces sí comiencen a generarse todos los derechos inherentes a la filiación, pues al realizarse las pruebas de paternidad, si resultara que los futuros padres no lo son biológicamente, todos los derechos y obligaciones para con el menor corresponderán a la madre gestante.

Mientras que en Gran Bretaña los padres que desean al menor y que pactan con la madre sustituta gestacional son los que ejerzan los derechos parentales, de ahí que siguen las reglas generales en materia de familia.

Para el caso de Francia, donde no se da la industria de la maternidad sustituta gestacional, pero sí la reproducción con intervención de un tercero, los



derechos de paternidad y maternidad se adquieren desde el momento en que se someten a las prácticas de reproducción asistida y sólo pueden hacerlo los cónyuges o concubinos.

Los derechos y obligaciones inherentes de la maternidad o paternidad se generan desde el momento en que se manifiesta el consentimiento para someterse a la reproducción asistida.

A pesar de ello, puede impugnarse la paternidad si el consentimiento otorgado para utilizar los métodos de reproducción asistida esté privado de eficacia, la cual sucede en caso de muerte, de la presentación de la demanda de divorcio, la separación de cuerpos o la terminación de la convivencia antes que se produzca la procreación asistida.

Continúa el Proyecto:

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

Esta regulación no se prevé en ninguno de los países referidos en este capítulo, por ello entre la inexistencia de base de datos y restricciones de la Maternidad Sustituta Gestacional, en la mayoría de los países donde se practica se ha generado un mercado de madres sustitutas gestacionales.

Lo ideal es que efectivamente se tenga esa base de datos para un control de quienes han sido y pueden ser madres sustitutas gestacionales, no sólo que se quede en un deber sino que se convierta en una obligación por parte del personal de la Secretaría de Salud.



Volviendo al Proyecto:

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

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Familiar, impone que los Jueces de lo Familiar serán los encargados de resolver las cuestiones inherentes a la familia, lo que incluye los conflictos derivados del Instrumento de Maternidad Subrogada.

En Estados Unidos de América, será la Corte Suprema de cada Estado la encargada de resolver los conflictos generados con la suscripción de los acuerdos de sustitución.

En Gran Bretaña, los “County Courts” conocen los asuntos en materia civil-familiar, divorcio, adopción y procedimientos de protección; por tanto de los acuerdos de sustitución.

En Francia se maneja de la misma manera que en México.

El Título Cuarto del Proyecto de Ley en estudio, determina:

“TÍTULO CUARTO/ DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

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

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



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

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

En México los certificados de nacimiento los expide el médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, es un formato universal y obligatorio a partir del 2007 expedido por la Secretaría de Salud para el Distrito Federal.¹³²

Por lo que hace a los Estados Unidos, en el Estado de Florida, solo pasados tres días del nacimiento del menor, los padres previstos solicitan que se verifique si uno de ellos lo es biológicamente, y corroborado el dato si resulta que por lo menos uno de ellos sí lo es, se procede a declarar el parentesco para los dos. Pasados treinta días, la Corte gira su instrucción a su Departamento de Salud para que realice la declaración de parentesco y se lleve a cabo el registro del menor para estadísticas de ésta práctica.

Una vez efectuado lo anterior, la Corte pide al Departamento de Salud que expida un certificado de nacimiento con los nombres de los contratantes, se sella y el certificado que estaba a nombre de la sustituta se invalida.

La información contenida en los certificados invalidados es confidencial y nunca aparece el nombre del menor cuando se archiva, solo puede ser sujeta a investigación o inspección bajo a orden de la Corte.

¹³² El Certificado de Nacimiento consta de las siguientes partes: datos de la madre, datos del nacido vivo y del nacimiento, datos del certificante y el reverso del formato se presenta el instructivo que debe ser leído antes de llenar el certificado. (Secretaría de Salud, 23 de noviembre de 2011, 18:57 horas, <http://www.dgjs.salud.gob.mx/certificados/cnacimiento.html>)



Gran Bretaña sigue las mismas reglas que Estados Unidos, debido a que los futuros padres requieren una orden de la Corte para la declaración de parentesco si es que cumplen con los requisitos establecidos en la Sección 30 del Acta de 1990.¹³³

En Francia el certificado de nacimiento se les otorga únicamente a los padres, pero se requiere que uno de los miembros de la pareja que se sometió a las técnicas de reproducción asistida sea el padre o madre biológico.

El Título Quinto del Proyecto de Ley en estudio, establece:

**“TÍTULO QUINTO/ DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES
DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA**

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

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

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

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

¹³³ Los requisitos que establece la Sección 30 del Acta de 1990 son que los futuros padres: “deben estar casados el uno con el otro, al menos uno de ellos debe estar relacionado genéticamente con el niño, la concepción no debe haber ocurrido a través del coito, el niño deberá estar viviendo con los aplicantes, la mujer gestante del niño y el padre legal (usualmente el esposo) deben haber consentido la orden y la Corte debe estar satisfecha de que no haya dinero ni beneficios, más que los gastos que se han de pagar”, en: WALLBANK, Julie, “*Too Many Mothers? Subrogacy, Kinschio and the Welfare of the Child*”, Oxford University Press, Medical Law Review, 10, Autumn, 2002, pp. 272. (Traducción Angélica García Morales).



*Artículo 30. **La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre biológica y del padre, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de la inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, siendo indispensable la certificación médica expedida por la Secretaría de Salud.***

*Artículo 31. **El instrumento para la Maternidad Subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de la madre biológica y el padre, por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.***”

Este capítulo lo abordaré en un solo apartado en vista que los artículos están relacionados entre sí y son unos consecuencia de otros.

Como todo acto jurídico, el Instrumento de Maternidad Subrogada requiere cumplir con ciertos elementos de existencia y requisitos de validez para que tenga eficacia plena y puedan producirse en su totalidad las consecuencias jurídicas para el cual fue creado.

De los artículos transcritos, se desprende que la nulidad a que hacen referencia puede ser absoluta o relativa. Si la sustitución se realiza en contravención a las fracciones I y II del artículo 28, existiendo vicios de la voluntad, error o dolo respecto a la identidad de la madre y padre biológicos o bien, que no cumpla con los requisitos y formalidades que exige la ley en comento, se dará una nulidad relativa, posible de ser subsanada.

Si el Instrumento de Maternidad Subrogada se realiza con inobservancia de las fracciones III y IV, se genera una nulidad absoluta la cual no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, pero sí que sean destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez de lo Familiar la nulidad del acto.



En los Estados Unidos, los requisitos que pide cada Estado para la realización de acuerdos de sustitución son muy variados, de ahí la imposibilidad de pronunciarse respecto a la existencia de nulidades en los acuerdos de alquiler, pero, eso no impide señalar que sí pueden generarse responsabilidades derivadas de dichos acuerdos, no sólo en las partes sino en los que intervienen en su creación.

En Gran Bretaña, no se hace referencia a la posible nulidad, pero sí a las sanciones en caso de incumplir la regulación establecida en la Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985. Por poner un ejemplo el apartado segundo de la Ley mencionada, sanciona la colaboración de las personas morales en los acuerdos de subrogación:

“[...]2.-----(1) Ninguna persona podrá, con base comercial, realizar cualquier de los siguientes actos dentro del Reino Unido, esto es—

(a) iniciar o tomar parte en cualquier negociación con vista a concertar un acuerdo de sustitución, o

(b) ofrecer o acordar negociar la concertación de un acuerdo de sustitución, o

(c) compilar información con miras a utilizarla para concertar o negociar la concertación de un arreglo de sustitución;

Y ninguna persona podrá en el Reino Unido con conocimiento de causa hacer que otra persona realice cualquier de esos actos con base comercial.

(2) La persona que contravenga la subsección (1) arriba mencionada será culpable de un delito; pero no significará una contravención de esa subsección—

(a) para una mujer, con miras a convertirse en madre sustituta ella misma, realizar cualquiera de los actos mencionados en esa subsección o causar que se realice u acto tal, o

(b) para cualquier persona, que con miras a que una madre sustituta se embarace para él, realizar tal acto o causar que tal acto sea realizado.



(3) Para los propósitos de esta sección, una persona no actúa con base comercial (sujeto a la subsección (4) mencionada más abajo), si—

(a) cualquier pago es en cualquier momento recibido por él mismo u otro con respecto a ello, o

(b) lo hace con vista a un pago que sea recibido por él mismo u otra persona con respecto a la concertación, o negociación o facilitación de la concertación de cualquier acuerdo de sustitución.

En esta sección “pago” no incluye pagos para o en beneficio a una madre sustituta o una posible madre sustituta. [...] ¹³⁴

Las sanciones que marca la ley inglesa van desde económicas hasta privativas de libertad, todo depende de quien cometa el delito y cuál sea la conducta.

En Francia, como ya se mencionó, se maneja una nulidad absoluta al considerar como ineficaz el consentimiento en caso de: muerte, la presentación de la demanda de divorcio o la separación de cuerpos, la terminación de la convivencia o bien, cuando la mujer o el hombre revocan el consentimiento antes de que se produzca la procreación médica asistida.

Continúa el Proyecto:

*“CAPÍTULO SEGUNDO
DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE
INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA*

*Artículo 32. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser **revocado** por la madre biológica, el padre y la mujer gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho de **pago de daños y perjuicios**.*

¹³⁴ Traducción realizada por ÁLAMO BRYAN, Marina, de “Surrogacy Arrangements, Act 1985” (Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985).



Artículo 33. En caso de que la madre biológica, el padre o la mujer gestante incumplan con el Instrumento para la Maternidad Subrogada, tendrán derecho a reclamar el pago de daños y perjuicios.”

En todos los países de referencia es permitido revocar el consentimiento siempre y cuando se haga antes de la transferencia de embriones o la inseminación artificial, pues en ese momento aún no han surgido los efectos obligacionales directos para las partes.

Volviendo al Proyecto en estudio:

“CAPÍTULO TERCERO

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN AL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

*Artículo 34. Se harán acreedores a las **responsabilidades civiles y penales** aquellos **médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento** y plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.*

*Artículo 35. La mujer gestante que pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de la madre biológica, el padre, o los menores o que no cumpla con lo manifestado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada le serán aplicables las disposiciones que establece la **Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal**, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.”*

Dependiendo de la materia, en México las responsabilidades se clasifican en administrativa, civil, penal y dependiendo el tipo existe la ley que la regula. Dentro de las civiles por cualquier hecho ilícito o por incumplimiento de un contrato se causan daños y perjuicios; en penal surge cuando un médico realiza la



transferencia de embriones humanos sin autorización de las partes que intervienen, o bien de la mujer que se preste para la maternidad sustituta gestacional sin cumplir los requisitos que marca la ley; en materia administrativa, la derivada del mal trabajo realizado por el personal médico de las instituciones de salud o personal que interviene de manera indirecta en esta práctica, incluyendo en este supuesto el hecho de que el Notario no verifique que se cumpla lo establecido en la ley y que por su negligencia se genere un daño o perjuicio en una de las partes.

En Estados Unidos las responsabilidades de los que intervienen pueden derivar en sanciones económicas e incluso privativas de la libertad. En cambio, en Gran Bretaña, en la Ley de Acuerdos de Sustitución de 1985 sí se establecen las sanciones para los que incumplen la citada ley, específicamente se trata de responsabilidad penal, pues hace mención a los delitos y sus condenas.

En Francia, lo relativo al incumplimiento en el uso de las técnicas de reproducción asistida, se establece en el Código Penal.

La propuesta de regulación en México es insuficiente; ya que se han tomado las ideas de algunos países –incluyendo los que se estudiaron en este capítulo-, con regulación de años atrás pero que hoy día ha sido superada por la tecnología, de ahí entonces, para la eficacia de la propuesta mexicana es necesario que se apoye en los casos reales en uso de estas técnicas para que acorde a las necesidades de nuestra población como país en desarrollo, sean atendidas.

México no debe tomar legislaciones de varios países que chocan con nuestra idiosincrasia, pues en principio se trata de sociedades pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos cuyas costumbres y creencias no son acordes con la realidad nacional. El marco normativo en Gran Bretaña actualmente es obsoleto,



razón de varias iniciativas para reformar el Acta de 1985 tomando en cuenta diversos puntos de vista de las personas involucradas, pacientes, especialistas, organizaciones filantrópicas y el público en general a nivel mundial a fin de regular conforme a la realidad el uso de la maternidad sustituta gestacional sin incentivar su práctica, pero sobre todo cuidando el bienestar del menor.



PROPUESTA

De conformidad con lo analizado a lo largo de este trabajo de investigación, propongo el nombre que debe darse a la ley que regule esta materia; Ley de Maternidad Sustituta Gestacional, la cual debe entenderse como un método utilizado por parejas unidas –en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia-, mujeres u hombres solteros que desean tener descendencia y biológicamente no pueden, y que funciona con la utilización de la fecundación “*in vitro*” en una tercera mujer, quien es fecundada con el material genético o no de las personas contratantes, gesta el producto y una vez que nace lo entrega a la pareja o persona que lo encargan, previo pago de los gastos generados durante el embarazo.

A fin de entender correctamente la utilización de la maternidad sustituta gestacional, reitero algunos conceptos básicos como:

- **Gameto:** es la célula germinal madura masculina o femenina (espermatozoide u óvulo), capaz de intervenir en la fertilización.
- **Embrión:** es el producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo.
- **Transferencia de embriones:** es la colocación de los embriones en el útero de la madre sustituta gestacional, para su implantación.
- **Fecundación “*in vitro*”:** consiste en reproducir con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación, puede ser homóloga, si los portadores de las células germinales (óvulo y espermatozoide) coinciden en su totalidad con los que serán los futuros padres; es heteróloga, cuando la madre sustituta gestacional es la donante del óvulo y es inseminada artificialmente con el espermatozoide del varón de la pareja contratante; o con intervención de un donador, cuando una de las células germinales procede de un tercero.



- **Inseminación artificial:** consiste en la unión de 2 células germinales (óvulo y espermatozoide) procedentes de individuos sexualmente opuestos, puede ser homóloga, si el espermatozoide se recoge del marido o del varón que vive establemente con la mujer (sería el padre del menor), heteróloga, si el semen procede de un varón distinto del esposo o concubino, generalmente anónimo y confusa, creado con la mezcla de espermatozoides de dos o más varones (marido o concubino y de uno o varios donantes).
- **Personas contratantes:** aquellas que conforman un matrimonio o concubinato, mujer u hombre solteros que tienen capacidad de ejercicio y acuden a la maternidad sustituta gestacional, ante un impedimento físico de llevar a cabo un embarazo a término, quienes se comprometen mediante el Instrumento de Maternidad Sustituta Gestacional a contribuir y coadyuvar a que el proceso de gestación se lleve a término y una vez que nazca el menor a ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones para con el menor.
- **Madre sustituta gestacional:** mujer con capacidad de goce y ejercicio que sin fines de lucro se compromete a permitir la transferencia de embriones, a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste y a entregar al menor a los padres contratantes.
- **Donador:** persona que aporta de su gameto para lograr la maternidad sustituta gestacional.
- **Médico tratante:** especialista en reproducción asistida que atiende la sustitución gestacional.

La maternidad sustituta gestacional sólo deberá llevarse a cabo en instituciones de salud pública o privada que cuenten la autorización correspondiente de la Secretaría de Salud del Distrito Federal para realizar la transferencia de embriones, así como con el personal médico especialista en la materia y con los utensilios y materiales médicos necesarios.



Con el objeto de evitar futuros problemas con la utilización de la maternidad sustituta gestacional, pudiera ser conveniente que por lo menos uno de los padres sea afin al hijo con el aporte de su material genético, como lo marca el proyecto de Ley, desde mi punto de vista, no importa si los futuros padres aportaron o no su material genético pero sí desean y se comprometen a ser los padres del menor, asumen todos los derechos y obligaciones con él.

En efecto, con la maternidad sustituta gestacional se genera el parentesco entre el hijo producto de la reproducción asistida y la pareja unida en matrimonio, concubinato, hombre o mujer soltera que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores; esto es, el parentesco es dado por la voluntad de las personas contratantes de utilizar la maternidad sustituta gestacional, en el caso de que no existiera tal, no generaría parentesco, como sucede con los donantes de células germinales.

De generarse el parentesco entre los usuarios de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial o fecundación “*in vitro*”) y el menor que nazca, deberán cumplir con todas las obligaciones inherentes a la familia, como alimentos, vestido, calzado, educación, entre otras.

La maternidad sustituta gestacional tiene como primacía el interés superior del menor seguido de la dignidad de las personas que coadyuven a la realización de éste técnica.

Como principio fundamental en el Proyecto de Ley en estudio, la maternidad sustituta gestacional deberá realizarse sin fines de lucro entre las personas solicitantes y la madre sustituta gestacional con el fin de evitar la explotación de las mujeres de escasos recursos o de provocar el turismo reproductivo, con lo cual concuerdo, sin embargo, considero que podría implementarse un precepto legal que otorgue a la mujer sustituta gestacional una



indemnización suficiente estableciendo un límite para ello, que le permita recuperar los ingresos de los meses no laborables debido al embarazo.

Por otra parte, previo a la firma del Instrumento de Maternidad Sustituta Gestacional, es necesario que el médico tratante, auxiliado del personal de la Institución que propongo se cree, informen a las personas contratantes, así como a la mujer sustituta gestacional, las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones; les realicen entrevistas y exámenes médicos para determinar si se encuentran en buen estado de salud física y mental; así como que lleven a cabo la visita domiciliaria a la madre sustituta gestacional sin previo aviso, para corroborar que su entorno será adecuado para el desarrollo del embarazo; de igual manera auxiliarán en los trámites necesarios para que la madre sustituta gestacional pueda ejercer los derechos y la protección que establecen las leyes inherentes a su estado de gravidez.

Ahora bien, quien desee tener un hijo por medio de la maternidad sustituta gestacional primero deberá buscar a una mujer que desee prestar su útero, misma que podrá ser quien tenga posibilidades de gestar de acuerdo al proyecto de Ley analizado, se sugiere que tenga algún parentesco con las personas contratantes para reiterar que es sin fines de lucro.

Posteriormente, deberán acudir con el médico tratante para que certifique que las personas contratantes no tienen una contraindicación médica o se encuentren imposibilitadas físicamente para llevar a término un embarazo y que tanto los contratantes como la madre sustituta gestacional se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento de sustitución gestacional. El personal de la institución que sugiero se cree, auxiliará para verificar que la madre sustituta gestacional se encuentre en buen estado de salud física y mental.



Teniendo dicha certificación, podrán acudir ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo esta práctica, la que les expedirá una constancia que los acredita como aptos para su realización y de la que se corroborará que la mujer gestante no ha participado en más de dos ocasiones como sustituta gestacional.

Ahora bien, en todo el procedimiento legal considero que el Juez de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal es el adecuado para supervisar que el Instrumento de Maternidad Sustituta Gestacional cumpla con todos los requisitos legales que posteriormente se indican, que sea él quien explique legalmente a las partes los pros y contras de la utilización de ésta técnica, los derechos y obligaciones a que se hacen acreedores, así como a las sanciones en caso de incumplimiento del mismo, por ser el especialista por excelencia en materia familiar en el Distrito Federal y quien en todo momento podrá resolver las dudas de las partes.

En ese orden de ideas, deberán exhibir ante el Juez de lo Familiar y acreditar los siguientes requisitos:

1. Poseer capacidad de ejercicio.
2. Ser habitantes del Distrito Federal.
3. Consentimiento libre e informado, en el que se manifieste la obligación de la sustituta gestacional y de las personas contratantes de procurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez realizada la transferencia de embriones y llegado a término el embarazo entregar al menor a las personas contratantes y éstos de recibirlo.
4. Certificación del médico tratante de la imposibilidad física o contraindicación médica de las personas contratantes de llevar a término un embarazo.
5. Constancia expedida por la Secretaría de Salud que acredite la aptitud de llevar a cabo la sustitución gestacional.



6. Manifestación bajo protesta de decir verdad de la madre sustituta gestacional de no haber estado embarazada durante los 365 días anteriores o haber participado en dos transferencias de embriones, así como de no ser la que aporta el material genético.
7. Si las personas contratantes se encuentran unidas en matrimonio o concubinato, es indispensable que se exhiba el consentimiento de ambas de someterse a ésta técnica, de que aceptan la custodia, derechos y obligaciones como progenitores así como que cubrirán los gastos inherentes a la gestación hasta la total recuperación de la madre sustituta gestacional.
8. Si la madre sustituta gestacional se encuentra en ese supuesto, se requiere la constancia de que se informó a su pareja el sometimiento de ésta en la sustitución gestacional y su conformidad o no de su pareja.
9. Manifestación de la madre sustituta gestacional que no existe coacción en su intervención y que lo hace sin fines de lucro, que acepta la implantación del embrión humano, obligándose a procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión, así como su renuncia a cualquier derecho respecto del menor.

Además de los requisitos referidos, el Juez de lo Familiar corroborará que se hayan efectuado las entrevistas informativas a las partes, las visitas domiciliarias a la mujer sustituta gestacional y que de conformidad con el Registro que para tal efecto lleve la Secretaría de Salud, la sustituta gestacional no ha participado en dos ocasiones en ésta práctica.

Verificado lo anterior, el Juez de lo Familiar programará la realización del Instrumento de Maternidad Sustituta Gestacional, el cual:



-
- Será aceptado de manera personalísima y expresa plasmando su firma o huella digital si no supieren firmar, por las personas contratantes como por la sustituta gestacional.
 - Se manifestará en todo momento que lo realizan sin fines de lucro y libre de coacción.
 - Que las personas contratantes se obligan a cubrir todos los gastos médicos, psicológicos y administrativos previos, durante y posteriores al parto hasta la total recuperación de la sustituta gestacional con independencia de que se logre o no el nacimiento.
 - Que la mujer gestante entregará al menor una vez que nazca nacido renunciando a cualquier derecho respecto del menor y que las personas contratantes lo reciben y aceptan el parentesco generado y se obligan a cumplir con todas las obligaciones.
 - Las personas contratantes reconocen el derecho de la sustituta gestacional de decidir respecto de la interrupción del embarazo en los términos que establece la ley penal y sanitaria en el Distrito Federal, pero si ésta lo ejerce, las personas contratantes se excluyen de responsabilidad de las consecuencias que pudieran generarse al realizar la interrupción del embarazo.
 - Se podrá establecer una indemnización por los ingresos no generados en la sustituta gestacional a consecuencia del embarazo.
 - Finalmente de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas contratantes, se establecerá la reparación del daño moral y una indemnización suficiente por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la madre sustituta gestacional.

Cumplido con los requisitos anteriores, deberán presentar ante la institución pública o privada el Instrumento de Maternidad Sustituta Gestacional, para que realice la transferencia de embriones, la cual será efectuada de la siguiente manera:



El tratamiento comienza administrando a la mujer que aportará el gameto femenino, medicamentos para estimular los ovarios y así aumentar las posibilidades de lograr un embarazo, posteriormente se retiran los óvulos del ovario, acto seguido se realiza la fecundación del óvulo con espermatozoides de quien los aporte y se cultivan los embriones en el laboratorio, finalmente se procede a la transferencia de embriones en el útero de la madre sustituta gestacional y se atiende hasta la total conclusión del embarazo, con lo cual la sustituta gestacional entregará al menor y las personas contratantes lo recibirán. De esta manera es como concluye la maternidad sustituta gestacional

Finalmente, sólo se pone a consideración que las parejas unidas en matrimonio por la estabilidad y legalidad que implica su status, seguidos de los concubinos porque su estabilidad está constantemente amenazada, mujeres solteras u hombres célibes, de preferencia heterosexuales, sean los únicos destinatarios de la maternidad sustituta gestacional debido a que los mexicanos aún no contamos con la idiosincrasia de permitir otro tipo de parejas que no sea la tradicional, ello así porque considero inapropiada la educación que dichas personas podrían generar en el menor nacido de éste práctica.

Respecto de las personas viudas considero que pueden acudir a ésta técnica sólo si el “*de cujus*” previamente dejó estipulado en su testamento que sus gametos o embriones pueden utilizarse en la maternidad sustituta gestacional.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La maternidad sustituta gestacional es la nueva modalidad de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación “*in vitro*”) cuyo propósito es dar una alternativa para procrear y formar una familia en las parejas que no pueden tener hijos, método que cada día es más recurrente en nuestra sociedad, a pesar que éstas técnicas no han sido reguladas como se debiera y cuya aplicación queda supeditada a la ética del personal médico que participa y a la voluntad de los usuarios de las mismas.

SEGUNDA.- En México la solución al problema de la procreación por infertilidad o esterilidad en las parejas se presenta con el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, propuesto por la Diputada Maricela Contreras Julián, la cual requiere algunos ajustes que mencioné a lo largo de este trabajo, dado que es omisa en diversas cuestiones trascendentes para evitar futuros conflictos como son: la limitación de los destinatarios, la donación de células germinales, la verificación física y administrativa de las instituciones de salud pública o privada que llevarán a cabo la transferencia de embriones, las consecuencias de la utilización de la maternidad sustituta gestacional, entre otras, pues no logra fijar una postura para determinar cuál de los dos bienes jurídicos tutelados tiene preeminencia, si el salvaguardar el derecho de la reproducción de las personas que no pueden tener hijos naturalmente o la protección de los derechos de los niños que nazcan bajo esa modalidad.

Se pretende que con esa legislación se cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen médicos, abogados, trabajadores sociales, psicólogos, mujeres que estén dispuestas a engendrar, familias dispuestas a procrear con esta nueva particularidad, logrando así un marco legal de acuerdo a



las necesidades reales, pero teniendo presente ante todo, la dignidad de las personas.

TERCERA.- Con la elaboración de éste trabajo compruebo que no existe una línea a seguir en cuanto a los límites de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así como que la sociedad del Distrito Federal, actualmente no cuenta con la preparación suficiente para poner en marcha la maternidad sustituta gestacional, se trata de un asunto jurídico y bio-ético sumamente complejo que de no tomar en cuenta para su regulación, las diferencias jurídicas, biológicas, religiosas, culturales y educativas podrían generar diversos problemas.

CUARTA.- Es cierto que la realidad ya alcanzó y superó nuestra normatividad, de ahí que, para poder abrir paso a la Maternidad Sustituta Gestacional es indispensable la educación en los mexicanos, el no regularla en la actualidad genera que se aplique de manera informal –más no que se extinga esa práctica-, ni se lleve a cabo con la ética, higiene, responsabilidad y regulación adecuadas.

Realizar ésta práctica de manera correcta permitirá sin duda un derecho vigente a la realidad actual, situación que en la especie se requiere para la aplicación de la que deberá ser nombrada Ley de Maternidad Sustituta Gestacional.

QUINTA.- A fin de estar en condiciones de utilizar a la maternidad sustituta gestacional como solución a los problemas de matrimonios, concubinos, mujeres solteras, por no poder procrear por infertilidad o esterilidad es necesario modificar la normatividad en materia civil, penal, administrativa, de salud y constitucional.



SEXTA.- Por otra parte, es de hacer notar que en la práctica de la sustitución gestacional, quien tiene la titularidad del derecho de procreación es la mujer que aporta el material genético para lograr la fecundación y además desea ser la madre de ese menor y asume dicho rol.

SEPTIMA.- Del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada analizado, se desprende que las instituciones de salud públicas y privadas deberán contar con la certificación requerida para llevar a cabo la práctica médica de maternidad sustituta gestacional, con independencia de los requisitos exigidos para ello, considero que se deberá verificar que cuenten con el instrumental necesario para realizar la fecundación *in vitro* y con el personal especializado y capacitado para ello, a fin de tener un mejor control de ésta técnica.

OCTAVA.- En el referido proyecto se mencionan diversas personas que deben explicar las consecuencias jurídicas derivadas de la maternidad sustituta gestacional, sin embargo, considero que debe unificarse el criterio al respecto considerándose como el apropiado para explicarlas al Juez de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por ser el perito en la materia.

NOVENA.- Finalmente, se concluye de esta investigación que en caso de expedirse una ley que regule la sustitución gestacional, la misma deberá llamarse “Ley de Maternidad Sustituta Gestacional”, en virtud que es la gestación donde se realiza la sustitución de la madre.



GLOSARIO

AGNADO o AGNATIO: La relación de las personas que están bajo la potestad del mismo *pater familias*. De acuerdo a la *ius civile*, la *agnatio* era la base para los derechos sucesorios.

ASTENOSPERMIA: Movilidad reducida de espermatozoides.

AZOOSPERMIA EXCRETORA: Se refiere a que los conductos secretores de un hombre están ausentes

AZOOSPERMIA SECRETORA: Se presenta cuando un hombre no produce espermatozoides.

AZOOSPERMIA: Ausencia de espermatozoides en el semen. Puede estar producida por la disfunción testicular o por un bloqueo en los túbulos del epidídimo, o bien pudo haber sido inducida por una vasectomía. Infertilidad en el hombre, no produce espermatozoides o tiene un nivel bajo de ellos en el semen.

CÉRVIX: Cuello de la matriz.

CIGOTO: Huevo en desarrollo desde el momento en que es fecundado hasta que, como blastocisto, es implantado en el útero.

CITOLOGÍA VAGINAL ANORMAL: Es el reporte del papanicolau, cuyo resultado muestra células no sanas.

CLAMIDIA TRACHOMATIS: Bacteria intracelular que habita en el ser humano que produce una infección de transmisión sexual crónica y persistente.



COMPENSACIÓN: Es una forma de extinción de obligaciones que tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, produciendo el efecto de extinguir las dos deudas hasta el importe de la menor. No procede sino cuando ambas deudas comprenden una cantidad de dinero o cuando siendo fungibles las cosas debidas son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato.

CONCOMITANCIA: Acción y efecto de acompañar una cosa a otra, u obrar juntamente con ella.

CONTRATO: Acuerdo de voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones jurídicos.

CONVENIO: Acuerdo de voluntades para crear, modificar, transmitir o extinguir derecho y obligaciones.

CÓPULA: Coito, unión sexual de dos personas de sexo distinto en la que el pene es introducido en la vagina, lo que produce habitualmente excitación mutua y generalmente orgasmo.

DACIÓN: Manera de extinguir una obligación. La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago y acepta una cosa distinta en lugar de la debida.

DONACIÓN: Contrato por medio del cual una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una parte de bienes presentes que le pertenecen a otra persona llamada donatario que acepta dicha donación en vida del donante.



ECOGRAFÍA TRANSVAGINAL: Se define como la realización de exploraciones ecográficas para determinar el estado ovárico, uterino y fetal.

EMBRIÓN: Estadio del desarrollo prenatal desde el momento de la implantación del huevo fecundado, dos semanas después de la concepción, hasta el final de la séptima u octava semanas.

ENDOMETRIOSIS: Estado ginecológico anómalo, caracterizado por crecimiento y función ectópicos de tejido endometrial.

ESTERILIDAD: Incapacidad para concebir o reproducir la especie.

FECUNDACIÓN IN VITRO: Método de reproducción asistida que consiste en la fecundación del óvulo de una donante fértil en su trompa de Falopio y su trasplante posterior a una paciente estéril.

FETO: El descendiente humano dentro del útero después del periodo embrionario y del comienzo del desarrollo de las principales características estructurales, normalmente desde la octava semana tras la fertilización hasta el nacimiento.

GAMETO: Célula germinal madura masculina o femenina, capaz de intervenir en la fertilización o en la conjugación, y que contiene un número haploide de cromosomas de la célula somática. Óvulo o espermatozoide.

INDEMNIZACIÓN: Consiste en resarcir una merma patrimonial o reparar un daño causado.

INFERTILIDAD: Incapacidad para tener descendencia.



INSEMINACIÓN ARTIFICIAL: Método de reproducción asistida que se propone salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre hombre y mujer, al introducir un espermatozoide en el útero de la mujer por medios distintos de la relación sexual natural.

INTRAUTERINA: Relativo al interior del útero.

LIBERTA: Esclavo a quien se ha dado la libertad, respecto de su patrono.

MANUS: Originalmente significó el poder que el *pater familias* tenía sobre todos los miembros de la *domun*, incluso sobre los esclavos. Posteriormente fue sólo el poder que el esposo tenía sobre su mujer si había contraído matrimonio.

OLIGOSPERMIA: Pequeña presencia de espermatozoides en el hombre.

PARENTESCO: Relación jurídica general y permanente que se establece entre los miembros de una familia por virtud del matrimonio, del concubinato, de la filiación y de la adopción, constituyendo el estado civil o familiar de las personas.

PATERFAMILIAS: Padre de familia. En Roma se le denominaba así a quien tenía el dominio de una cosa. El *paterfamilia* romano era, al mismo tiempo, propietario, juez y sacerdote de su hogar y de los suyos.

PERINATAL: Relativo al momento y al proceso del parto y del nacimiento.

POLINIZACIÓN: Transporte del polen desde los estambres hasta el estigma de la flor.



PRENATAL: Antes del nacimiento; que se produce o existe antes del nacimiento, refiriéndose tanto a la atención de la mujer durante el embarazo como al crecimiento y desarrollo del feto.

PROGENIE: Descendencia, individuo u organismo resultado de una determinada unión. Descendientes de un antepasado conocido o común.

PUERPERIO: Periodo que sigue al parto, con una duración aproximada de 6 semanas, durante las cuales remiten los cambios anatómicos y fisiológicos provocados por el embarazo, y la mujer se adapta a la responsabilidad nueva o ampliada de la maternidad y de la vida sin embarazo.

SÍNDROME DEL OVARIO POLIQUÍSTICO: Es una enfermedad de etiología desconocida, caracterizada por anovulación persistente, resistencia a la insulina, hiperinsulinemia e hiperandrogenismo. Es la causa más frecuente de infertilidad anovulatoria.

ÚTERO: Órgano femenino interno de la reproducción, hueco, con forma de pera, en el que se implanta el óvulo fertilizado y se desarrolla el feto y desde el que fluye la decidua de las menstruaciones.

VAGINA HIPERESTÉSICA: Es una vagina muy sensible al dolor.

VAGINA: Parte del aparato genital femenino que forma un conducto que se extiende desde un orificio que se perfora el vestíbulo hasta el cuello uterino. Está situada detrás de la vejiga y por delante del recto.



BIBLIOGRAFÍA

✓ Fuentes bibliográficas

1. AGUINAGA ROUSTAN, Josune, *El precio de un hijo. Los dilemas de la maternidad en una sociedad desigual*, Editorial Debate, España, 2004.
2. ATWOOD, Margaret, *El cuento de una criada*, cuyo título original es “*The Handmaid's Tale*”, trad. Elsa Mateo Blanco, Ediciones B, Barcelona, 1986.
3. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*”, 2ª. Edición, Editorial Colección de Textos Jurídicos Universitarios, México, 1983.
4. C. BENSON, Ralph, *Diagnóstico y tratamiento ginecoobstetricos*, 4ª. Edición, Editorial El Manual Moderno S.A. de C.V., México, 1986.
5. DECHERNEY, Alan H., *Diagnóstico y tratamiento ginecoobstétricos*, Editorial El Manual Moderno, México, 2003.
6. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, Editorial Porrúa, México, 2008.
7. E. MERRILL, Francis, *Introducción a la sociología*, trad. de Antonio Gobernado, Editorial Aguilar, España, 1969.
8. GUTIÉRREZ Y GUTIÉRREZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.
9. GUTIÉRREZ Y GUTIÉRREZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 13ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
10. GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas. Un nuevo modo de filiación*, Editorial Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz México, 2001.
11. HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿Y la muerte?*, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
12. IGLESIAS, M., *Aborto, eutanasia y fecundación artificial*, Ediciones y Publicaciones Barcelona, España, 1954.



13. LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999.
14. LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La prueba científica de la filiación*, Editorial Porrúa, México, 2005.
15. MARAÑÓN, G., *Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, 12ª Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1975.
16. MORÁN DE VICENZI, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005.
17. MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, España, 1988.
18. NAGLE, Doreen, *Todavía puedo ser mamá. Guía de la maternidad a partir de los 35 años*, 11ª. Edición, Editorial Océano, España, 2003.
19. PARRA BENITEZ, Jorge, *La filiación en derecho de familia*, Editorial Leyer, Colombia, 2008.
20. *Sagrada Biblia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963.
21. SANTOSUOSSO, F. *La fecondazione artificiale humana*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1984.
22. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.
23. TABOADA, Leonor, *La maternidad tecnológica: de la inseminación artificial a la fertilización in vitro*, Editorial Icaria, Barcelona, 1986.
24. VILLEE, Claude A., *Biología*, 7ª. Edición, Editorial Interamericana, México, 1982.
25. SALDAÑA JUÁREZ, Jesús, "Compendios de Términos de Derecho Civil", Editorial Porrúa y UNAM.



✓ Hemerografía

1. “Exigen regular alquiler de úteros”, *Periódico Excelsior*, México, 14 de marzo de 2010.
2. CABRERA, Olivia, “Legalizan los préstamos de útero”, *Periódico Excelsior*, México, 22 de abril de 2010.
3. CASTILLEJOS, Jessica, “Aprueban préstamo de úteros en la ALDF”, *Periódico Excelsior*, México, 1 de diciembre de 2010.
4. CERVANTES, Raúl, “Maternidad subrogada”, *Periódico Excelsior*, México, 12 de agosto de 2010.
5. CORPORALE, María, “Aspectos civiles y penales de la maternidad por encargo”, *Revista Médica y Ética*, Vol. VI, No. III. Año 1998.
6. GANA WINTER, Claudia, “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, No. 4, 1998.
7. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología”, *Criminalia 60 aniversario*, Academia de Ciencias Penales Año LX, No. 4, México, D.F. Nov-Dic., 1994, México, Porrúa, 1994.
8. VÁZQUEZ RUIZ, Mónica, “¿Se puede comercializar con la vida? Vientre en alquiler”, *Revista Mujer Ejecutiva*, México, Año XI, Noviembre 2010.
9. VELAZQUEZ, Luis, “Aprueba la ALDF el préstamo de úteros”, *Periódico Milenio*, México, 1 de diciembre de 2010.
10. VERA RAMÍREZ, Eduardo, *El Contrato de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*, 63 *Revista Jurídica U.P.R.*, 515, 1997.



✓ **Diccionarios**

1. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20ª. edición, Tomo V, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1981.
2. M. ANDERSON, Douglas, *Diccionario Mosby, Medicina, enfermería y ciencias de la salud*, 6ª. Edición, España, Editorial Elsevier Science, Volumen I y II, 2003.
3. MARTINEZ MORALES, Rafael, *Diccionario Jurídico General*, 4ª. Edición, México, Editorial IURE Editores, Tomo 1, 2 y 3, 2006.

✓ **Legislación**

1. Código Civil para el Distrito Federal.
2. Código de Comercio.
3. Código Penal para el Distrito Federal.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
5. Ley de Salud para el Distrito Federal.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

✓ **Portales de Internet**

1. ACOSTA VALIENTE, Enith, “Ventre de alquiler: una realidad no regulada en Chile”, <http://www.defensoriapenal.cl/noticias/dpp.php?d=5303>.
2. ÀGATHA, Estera, *Miguel Bosé padre a través de la maternidad subrogada*, 27 de abril de 2011, <http://www.enfamilialg.com/noticias/miguel-bose-padre-a-traves-de-la-maternidad-subrogada/>.



3. ALCARAZ IRRIZARRY, Diana M. y ABELLA DÍAZ, Cristina M., “Maternidad Subrogada”, web: <http://www.clave.org/dianaycristina.pdf>.
4. ARAUJO RODRÍGUEZ, Ana Lizbeth, “La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas”, <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>.
5. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, www.aldf-prd.org.mx/iniciativas/noviembre09/INI-47.pdf
6. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <http://www.rae.es/rae.html>.
7. <http://www.dgis.salud.gob.mx/certificados/cnacimiento.html>
8. Informe Warnock: nombre del estudio realizado en Gran Bretaña en 1982.
9. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Maternidad subrogada y adopción internacional*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/11.pdf>.
10. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Un hijo, tres madres y cuántos padres?*, <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n395224.htm>.
11. LLANOS Raúl, *Confían en que se aprobará ley de maternidad subrogada*, Periódico “La Jornada”, México, <http://www.jornada.unam.mx/2011/10/17/capital/042n2cap>.
12. *Vientres de alquiler.....Famosos pagan por ser padres*, <http://listas.20minutos.es/lista/vientres-de-alquiler-famosos-pagan-por-ser-padres-286626/>.
13. Instituto Ingenes, <http://www.ingen.es/#&panel1-4>.



✓ **Otras fuentes**

“

1. ARAMBULA REYES, Alma, *Maternidad Subrogada*, (Investigación de la cámara de diputados) México, 2008.
2. Código Civil de California.
3. Código Civil de Florida.
4. GUGUCHEVA, Magdalena, *Surrogacy in America*, 2010.
5. Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.
6. *Surrogacy Arrangements, Act 1985*” (Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985).
7. WALLBANK, Julie, “*Too Many Mothers? Subrogacy, Kinschio and the Welfare of the Child*”, Oxford University Press, *Medical Law Review*, 10, Autumn, 2002, pp. 272.
8. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Héctor Alexis, *Dialogar para construir*, Boletín enero, 2005.