



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ESTUDIO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN Y DE LA
PATERNIDAD EN RELACIÓN A LA
MATERNIDAD GESTANTE Y SU REGULACIÓN
EN EL DERECHO MEXICANO”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

MARTHA PAOLA MARTÍNEZ CHÁVEZ

ASESOR:

DR. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV18/2012
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, **MARTÍNEZ CHÁVEZ MARTHA PAOLA**, quien tiene el número de cuenta **30431892-2**, elaboró en este Seminario, bajo la asesoría y responsabilidad, del **Dr. José Antonio Sánchez Barroso**, la tesis denominada **“ESTUDIO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN Y DE LA PATERNIDAD EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD GESTANTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO”**, y que consta de **198** fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. a 24 de abril del 2012.



LIC. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ
Encargada del Seminario

Dr. José Antonio Sánchez Barroso

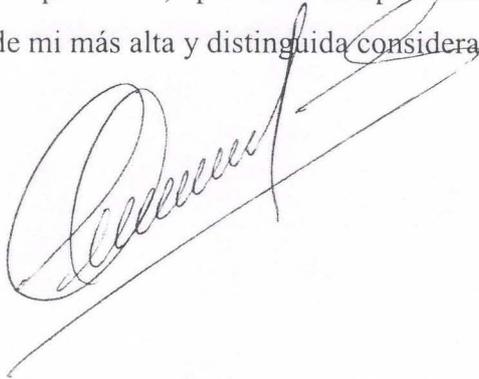
Cd. Universitaria, a 25 de abril de 2012.

Maestra
MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ
Encargada del Seminario de Derecho Civil
Facultad de Derecho, UNAM
P r e s e n t e

Estimada Maestra:

En mi carácter de asesor de la tesis titulada: "*Estudio jurídico de la filiación y de la paternidad en relación a la maternidad gestante y su regulación en el Derecho mexicano*", que para optar por el título de Licenciada en Derecho ha realizado la alumna *Martha Paola Martínez Chávez* con número de cuenta 30431892-2, es un placer informarle que dicho trabajo ha sido concluido cumpliendo exitosamente con los criterios epistemológicos y metodológicos exigidos para los de su especie, motivo por el cual le otorgo mi VOTO APROBATORIO.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



La gratitud es la memoria del corazón

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I ESTUDIO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. 1 Perspectiva histórica	1
1.1.1 Perspectiva histórica de la fertilidad	1
1.1.2 Perspectiva histórica de las técnicas de reproducción humana asistida	5
1.2 Técnicas de reproducción humana asistida	11
1.2.1 Definición	11
1.2.2 Esterilidad e infertilidad	17
1.3 Clasificación de las técnicas de reproducción asistida	23
1.3.1 Técnicas de fecundación <i>in situ</i> o intracorpórea	26
1.3.2 Clasificación de las técnicas de fecundación <i>in situ</i> o Intracorpórea	26
1.3.2.1 Inseminación artificial (IA). Homóloga (IAH) o heteróloga (IAD)	26
a) Inseminación Intrauterina Directa (DIUI)	29
b) Inseminación Intraperitoneal (IPI)	29
1.3.2.2 Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)	30
a) Transferencia cervical- intratubárica de gametos (TC- GIFT)	32
b) Transferencia tubárica de ovocitos (TOT)	32
c) Transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos (POST)	32
d) Transferencia uterina de gametos (GUT)	32
1.3.3 Técnicas de fecundación <i>in vitro</i> o extracorpórea	33
1.3.4 Clasificación de las técnicas de fecundación <i>in vitro</i> o extracorpórea	33
1.3.4.1 Fecundación <i>in vitro</i> y transferencia de embriones (FIVET)	34

a) Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT)	37
b) Transferencia intratubárica de embriones (TET)	37
c) Transferencia intratubárica en estado de pronúcleos (PROST)	37
1.3.4.2 Técnica de microinyección de gametos	38
a) Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)	39
b) Inyección subzonal de espermatozoides (SUZI)	39
1.3.5 Maternidad Gestante	39
1.4 Diferencias entre técnicas de reproducción asistida, clonación y maternidad gestante	40

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1 Consideraciones entorno al origen y evolución de la familia	47
2.2 La familia en Roma, Pueblos Germanos, España y México	52
2.3 Definición de familia	56
2.4 Antecedentes histórico-jurídicos de la filiación y la paternidad	59
2.5 Definición de filiación	71
2.6 Naturaleza jurídica de la filiación	82
2.7 Clases de filiación	84
2.7.1 Filiación biológica	85
2.7.2 Filiación legal	86
2.8 La filiación conforme al Código Civil para el Distrito Federal	88
2.9 La filiación conforme al Código Civil Español	91
2.10 Definición de paternidad	94
2.11 Paternidad, maternidad y filiación	97
2.12 Evolución del concepto de la paternidad	100

CAPÍTULO III

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD FRENTE A LA MATERNIDAD GESTANTE

3.1 Antecedentes de la maternidad gestante	103
3.2 Diferentes conceptos en relación a la maternidad gestante	106
3.3 Definición de maternidad gestante	109
3.3.1 La maternidad gestante como contrato	109
3.3.2 La maternidad gestante como arrendamiento o alquiler de útero	114
3.3.3 La maternidad gestante como prestación de servicios	116
3.3.4 Otras definiciones de maternidad gestante	117
3.3.5 Definición propia de maternidad gestante	119
3.4 Naturaleza jurídica de la maternidad gestante	120
3.5 Clasificación de la maternidad gestante	129
3.6 Algunas consecuencias jurídicas de la maternidad gestante	136
3.6.1 Consecuencias en la familia	137
3.6.2 Conflictos en la filiación y paternidad	140
3.7 La maternidad gestante en el Derecho Comparado	146
3.7.1 Países que regulan la maternidad gestante y ésta es legal	146
3.7.2 Países que regulan la maternidad gestante y ésta es ilegal	148
3.7.3 Países que no cuentan con regulación expresa	151
3.8 Consideraciones finales	164

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES EN EL FORO NACIONAL Y EXTRANJERO

4.1 Presentación del caso número uno	169
4.2 Solución jurídica del caso número uno	171
4.3 Análisis particular del caso número uno	173
4.4 Presentación del caso número dos	175

4.5 Solución jurídica del caso número dos	175
4.6 Análisis particular del caso número dos	177
4.7 Otros casos	178
CONCLUSIONES	182
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	188

INTRODUCCIÓN

Desde principios del siglo XX el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano facilitando su realización. En la etapa en que nos ha tocado vivir la ciencia y la tecnología están llevándonos a extremos que hace algunos años no considerábamos posibles.

La reproducción y fertilidad son temas que han inquietado al hombre en todos los tiempos y en todas las civilizaciones. De este modo, dentro del desarrollo científico en el que nos encontramos la salud reproductiva del ser humano, tiene un aspecto relevante, pues se ofrecen posibilidades inéditas de intervención en los procesos biológicos.

En la década de los años setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida; es decir, técnicas que permiten, por un lado, la fecundación de seres humanos por medios distintos de los naturales y, por otro, la implantación también artificial en el útero materno.

En este orden de ideas, en 1978 se logra exitosamente el primer nacimiento de un ser humano mediante esas técnicas, lo cual significó un parteaguas en la salud reproductiva; pues a partir de entonces los procedimientos, prácticas y técnicas médicas han tenido un perfeccionamiento continuo provocando que cada vez más personas estériles o infértiles alrededor del mundo tengan la posibilidad de tener su propia descendencia. Sin embargo, cabe preguntar: ¿es oportuno y conveniente que el sistema jurídico mexicano regule expresamente las técnicas de reproducción asistida? De ser así, ¿de qué forma debe hacerlo? ¿Cuáles serán los alcances de esa legislación? ¿Qué tratamiento jurídico tendrán las personas nacidas mediante esas técnicas? ¿Cuáles serán las consecuencias jurídicas para las personas que acudan a esas técnicas? Y ¿quién y cómo tiene acceso a ellas?

No cabe duda que el vertiginoso avance científico experimentado en la biología, medicina, genética e ingeniería genética ha llevado a una movilización en los órdenes éticos, sociales, jurídicos y económicos que requieren una

reflexión comprometida sobre los problemas de la salud y la enfermedad, la vida y la muerte.

A las interrogantes que generan las técnicas de reproducción humana asistida se suman, además, los cambios en la conformación y actividad social, factores que al combinarse instan al derecho una urgente respuesta. Muestra de lo anterior, dentro del contexto de las técnicas de reproducción humana asistida, encontramos la maternidad gestante, también llamada maternidad subrogada.

La maternidad subrogada tiene dos características peculiares, la primera, que agrupa a su vez varias técnicas de reproducción humana asistida y, en segundo lugar, intervienen en ella convencionalismos sociales, valores morales y sentimientos, esto en virtud de que participan, además del médico y la persona o pareja estéril o infértil, otras personas.

Esa novedosa y controvertida técnica choca con un principio jurídico heredado desde el Derecho romano que parecía incuestionable *mater sempre certa est*. Es decir, se pone en duda la maternidad, ya que existe una disociación entre la mujer que aporta el material genético y la que lleva a cabo la gestación y el alumbramiento. Esa situación también pone en entre dicho lo relativo a la paternidad, siendo este uno de los principales temas que se abordarán en esta investigación, pues para concepción son necesarios los gametos masculinos, además de que la mujer receptora del embrión puede estar casada, unida en concubinato o en sociedad en convivencia.

De este modo, el presente trabajo tiene como objetivo principal el estudio bioético y jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida, principalmente lo relativo a la maternidad gestante, a la luz del proyecto de Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y de las disposiciones del Derecho familiar contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal y; además, analizar las consecuencias que comporta la permisón y regulación de esa técnica en lo que se refiere a la filiación y a la paternidad.

Para alcanzar el objetivo antes de descrito, en la tesis se utilizarán los métodos analítico, deductivo, inductivo, descriptivo, histórico, comparativo y exegético.

Con base en la metodología propuesta, esta investigación se divide en los siguientes cuatro capítulos: capítulo primero, "Estudio de las técnicas de

reproducción humana asistida”; capítulo segundo, “La filiación y la paternidad en el sistema jurídico mexicano y en el derecho español”; capítulo tercero, “La filiación y la paternidad frente a la maternidad gestante” y; capítulo cuarto, “Análisis de casos relevantes en el foro nacional y extranjero”.

En el capítulo primero se dará un panorama general y descriptivo de las distintas técnicas de reproducción humana asistida, se estudiará el nacimiento y causas que originaron las mismas, así como lo relativo a la esterilidad e infertilidad con el propósito de conocerlas desde una perspectiva científica y estar en condiciones de iniciar su estudio jurídico y formular las conclusiones pertinentes. Este estudio introductorio es muy importante, pues uno de cada cien niños nace como consecuencia de técnicas de reproducción asistida.

En el capítulo segundo, se hace un estudio de la institución de la filiación tanto en el Derecho Mexicano como en el Derecho Español, analizando particularmente lo relativo a la paternidad en aquellos casos en que tiene cabida alguna técnica de reproducción humana asistida. En esta parte de la investigación, además de fijar las instituciones bajo las cuales se analizará lo inherente a la maternidad gestante, se establecen los conceptos y regulación jurídica que son necesarios conocer para el tratamiento jurídico adecuado de esas técnicas.

En el capítulo tercero, se aborda lo referente a la maternidad gestante de cara a los problemas para establecer la filiación y la paternidad. Para ello se abordan los conceptos, la definición y naturaleza jurídica de la maternidad gestante, además de su regulación en México, particularmente en el Distrito Federal, así como en otros países. En ese capítulo se muestra que la familia ha experimentado transformaciones cardinales, haciendo relevante el adecuado tratamiento jurídico, producto de la práctica de la maternidad gestante, de la paternidad. Sobre todo, en una sociedad en que exige una participación más activa del varón en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las relaciones familiares.

En ese capítulo se analizan diversos problemas que surgirían de aprobarse la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, especialmente lo relativo a la filiación y a la paternidad. Algunas interrogantes al respecto son: ¿la maternidad o paternidad son renunciables? ¿La maternidad y paternidad pueden ser objeto de contrato? ¿Se puede

válidamente disponer de la filiación? ¿Quién es el padre: el que ha aportado el material genético o aquél a quien está unido en matrimonio la madre gestante? ¿Hasta dónde permitir esa práctica? ¿Cuáles son los inconvenientes y ventajas que representa para la sociedad? ¿Existe el derecho humano al hijo?

Por último, en el capítulo cuarto se exponen una serie de casos relevantes suscitados en el foro jurídico nacional y extranjero derivados de esa técnica, con el objeto de darles una solución jurídica con base en la normatividad de nuestro sistema jurídico actual, así como en el proyecto de Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, para evidenciar las dificultades que existen, además de poner énfasis de que es un tema que requiere compromiso social y político para su regulación, pues las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la maternidad gestante genera problemas que antaño eran imprevisibles y que hoy son una realidad.

En esta etapa de la historia de la humanidad en que vivimos, conocida como la posmodernidad, se plantean numerosos cuestionamientos éticos derivados de la capacidad para modificar al medio ambiente y hasta al propio ser humano. En este trabajo se demuestra, que nuestro orden jurídico no responde a las necesidades actuales. Por tanto, es urgente una reflexión jurídica para estar en posibilidad de ofrecer soluciones eficientes y justas en beneficio del ser humano, de la familia y de la sociedad. Esto es lo que se pretende hacer en esta investigación.

CAPÍTULO I

ESTUDIO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Perspectiva histórica

1.1.1 Perspectiva histórica de la fertilidad

Para comprender mejor el desarrollo histórico y la situación actual de lo que hoy conocemos con el nombre de técnicas de reproducción humana asistida es menester estudiar el valor que ha tenido la fertilidad a lo largo de la historia y en distintas civilizaciones. Para ello, he de considerar el magnífico estudio hecho por Mendiola Olivares.¹ Su presentación se puede dividir, para los efectos que ahora nos interesan, en los siguientes:

a) Civilización egipcia

Los egipcios fueron precursores en el intento de diagnosticar los problemas de infertilidad y del diagnóstico del embarazo. Los papiros son nuestra principal fuente de conocimiento acerca de la medicina egipcia relacionados con la ginecología y la fertilidad. Por ejemplo, el papiro *Kahoun* es el texto médico egipcio más antiguo y es considerado el primer tratado de ginecología ya que data del año 1900 a.C. y; el papiro *Ebers* el cual fue escrito en la XVIII dinastía en el año 1550 a.C. siendo el texto médico más famoso en ese momento. En esta época era importante saber si una mujer era fértil o no, y los egipcios desarrollaron métodos para el diagnóstico de las mujeres fértiles, para ello se basaban en el concepto de que los órganos genitales están en continuidad con el resto del cuerpo, idea que se mantuvo hasta la Edad Media.

b) Civilización hebrea

En esta civilización, según lo refiere el autor en comentario, la noción del pecado original predominaba y las mujeres tenían pocos derechos y libertades, incluso los varones podían repudiar a sus mujeres. Por tanto, la infertilidad se consideraba como un castigo divino y el embarazo, como un regalo de Dios.

¹ Mendiola Olivares, Jaime, "Esterilidad y reproducción asistida: una perspectiva histórica", *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, volumen 22, número 1, enero-febrero 2005, pp. 16-22. Disponible en: http://www.institutobernabeu.com/upload/ficheros/publicaciones/esterilidad_y_reproduccion_asistida.pdf Consultada el 15 de agosto de 2011.

c) Civilización griega

La medicina griega encuentra sus primeras bases con el nacimiento de la Escuela de Hipócrates en el año 460 a.C. innovando con un sistema de observación contrario a la medicina que se practicaba en ese tiempo que estaba basada en la magia. La medicina griega ya contaba con varios textos médicos uno de ellos es el *Corpus Hipocraticum*. Estos escritos médicos de Hipócrates contienen una metodología usada hasta el siglo XVIII que incluía el diagnóstico y el tratamiento de problemas de la fertilidad y que contaba con varias recetas inspiradas en los egipcios.

d) Civilización romana y la Era Bizantina

En el año 98 a.C. nace Sorano de Efeso uno de los grandes ginecólogos y obstetras de la antigüedad. Tuvo el mérito de seguir la Escuela de Hipócrates y distanciar la medicina de métodos religiosos y mágicos. Otro que siguió esta escuela fue Galeno cuyos estudios anatómicos en animales y sus observaciones sobre las funciones del cuerpo humano denominaron la teoría y práctica médica durante la civilización romana y Era Bizantina, alrededor de 1400 años.

e) Civilización árabe

Comenzando el declive de la era Bizantina surge la Escuela Árabe (700 a 1200 d.C.) cuyo máximo exponente fue Avicena quien escribió alrededor de 30 tratados médicos. De hecho sus conocimientos llamados “Cánones” fueron los que dominaron toda la práctica médica medieval. Avicena se inspiró en los egipcios para formular varios de sus tratamientos contra la infertilidad y en general uno de los grandes méritos de la medicina árabe fue preservar para el futuro los textos médicos griegos que no habían desaparecido hasta entonces.

f) Época Medieval

Continuando con la explicación de Mendiola Olivares, en la Época Medieval los médicos utilizaron distintas recetas para diagnosticar el origen de la infertilidad. La procreación se consideraba necesaria, de hecho Santo Tomás de Aquino, uno de los grandes teólogos de ese tiempo, decía que la naturaleza busca la generación de descendientes para preservar el bien de las especies. Sin embargo, la medicina medieval se basaba en la griega, tanto en sus conceptos fisiológicos

como en sus tratamientos por lo que desembocó en un estancamiento parcial del conocimiento. Los tratamientos sobre la infertilidad estaban más cercanos a los ritos o a las costumbres y no fue hasta el Renacimiento cuando los avances en anatomía y ciencias médicas proporcionaron ideas y tratamientos para un proceso real.

g) El Renacimiento

El Renacimiento es uno de los grandes periodos que marca un florecimiento de las artes, las letras y las ciencias que se manifestó simultáneamente con hechos y acontecimientos decisivos para la historia del ser humano y la concepción del mundo por este. Se caracterizó por una doble actividad: a) las humanistas, con el retorno del pensamiento creador de la Grecia y Roma clásicas y; b) las científicas, con el renacimiento de la individualización física afirmada por un progreso científico y el derecho del individuo a razonar por encima de las leyes y los dogmas. Es por ello que, dentro de ese contexto, en la época del renacimiento surgieron los grandes revolucionarios médicos sentando las bases de la medicina científica moderna.²

Para el siglo XVI, en Italia, el médico más importante era Versalio, según Mendiola Olivares, quien publicó en 1543 su conocido *Humani Corporis Fabrica*,³ el cual incluye secciones anatómicas de los órganos genitales femeninos. En el año 1564 muere y se publica una carta que escribe a Falopio, anatomista y botánico italiano, cuya mayor aportación fue la descripción de las trompas, el clítoris, la vagina y la placenta. Nueve años después, uno de los discípulos de Versalio llamado Eustachio dibujó el útero y sus vasos y recomendaba a los maridos que tras el acto sexual metieran el dedo en la vagina para favorecer la concepción. Otro famoso médico y cirujano de ese siglo fue Paré que defendía la dilatación del cérvix para el tratamiento de la infertilidad y fue el primero en seccionar un septo vaginal en una mujer infértil.

² Cruz-Coke Madrid, Ricardo, *Historia de la medicina chilena*, Chile, Andres Bello, 1995, pp. 59-60. Disponible en: <http://books.google.com/books?id=Y02VLchRopUC&pg=la+medicina+en+el+renacimiento&hl=es#v=onepage&q=false> Consultada el 29 de agosto de 2011.

³ Cabe indicar que este fue el primer libro científico de la historia de la medicina.

h) El Barroco

En este tenor de ideas, siguiendo a Mendiola Olivares, durante el Barroco el razonamiento médico sufrió una completa transformación y a partir de ese momento comenzó la verdadera metodología científica. Se publicaron trabajos acerca de la infertilidad uno de ellos de Hucher quien en 1609 publicó *De sterilitate utriusque sexus*. Otro autor de ese tiempo fue Bourgeois quien escribió *Observations diverses sur la stérilité*. Un médico francés contemporáneo es Blondel quien mantenía la tesis que las mujeres delgadas eran más fértiles que las mujeres obesas.

Sin embargo, autores como Marcó y Tarasco,⁴ postulan que ocurrió una revolución más en este siglo que junto con la anatómica, la quirúrgica y la fisiológica iba a contribuir de manera fundamental a la transformación científica de la medicina al proporcionar el instrumento necesario para explorar un amplio y fascinante segmento de la naturaleza desconocido hasta entonces: el mundo microscópico.

Leeuwenhoek, un burgués que no tenía una educación formal avanzada, en su juventud se aficionó a la talla de lentes y en pocos años se convirtió en un tallador experto logrando lentes cada vez mejores y construyendo diferentes microscopios simples, pero al mismo tiempo desarrollando un gran talento para observar e interpretar lo que veía con ellos. En 1674, Leeuwenhoek envió una primera carta con algunas de sus observaciones microscópicas a la Real Sociedad de Londres, que reconociendo su originalidad y su interés las tradujo y las publicó en sus *Transactions*. En 1677, él y su asistente Hamm, fueron las primeras personas en visualizar espermatozoides,⁵ a los que llamaron “animálculos” gracias a los microscopios que había construido.

Este acontecimiento es de relevancia porque sus observaciones estaban en contra de la tesis de sabios de la época, uno de ellos Graaf, quien escribió *De mullerium organis* en el cual describía la función de las trompas de Falopio y el

⁴ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *Diez temas de reproducción asistida*, España, Internacionales Universitarias, 2001, p. 14.

⁵ Leeuwenhoek pensaba que los espermatozoides contenían embriones prácticamente formados.

ovario, pero quien no logró beneficiarse con los avances que se habían desarrollado del microscopio.

i) La Ilustración

En el siglo XVIII las tinieblas de la ignorancia fueron reemplazadas por el “siglo de las luces”, mejor llamado de la “Ilustración”, se produce en Europa un movimiento de secularización de la cultura en que el afán de saber y el interés por la filosofía, la economía y la política condujeron a la sociedad occidental a la idea ilustrada del progreso científico ilimitado, y a la expansión económica, así como a cambios radicales en la estructura tradicional de la sociedad, que culminaron a fines del siglo con la Revolución Francesa. La crítica de la época se opondrá a la religión y a la monarquía. Contra el absolutismo se alzaría Montesquieu, en 1748, con su libro *El espíritu de las leyes*, y por la igualdad, Juan Jacobo Rousseau, en 1762 con *El contrato social*. La mayoría de los historiadores coinciden que es un período crucial en la historia de la medicina, ya que se hicieron los fundamentos del actual desarrollo médico de todas las especialidades de las ciencias de la salud.⁶

En este sentido, según Mendiola Olivares, los primeros vestigios se encontraron en Naboth, un anatomista alemán quien publicó en 1707 su tratado de infertilidad *De Sterilitate*, en el cual mantiene que la esclerosis ovárica y los bloqueos tubáricos podrían ser causa de infertilidad. Así mismo Morgani, un anatomista italiano en su obra *The seats and causes of diseases*, publicada en 1769 indicó como posibles causas de infertilidad y esterilidad la ausencia o agenesia folicular, anomalías de la vagina o de los órganos genitales externos, aplasia uterina y derivaciones del útero.⁷

1.1.2 Perspectiva histórica de las técnicas de reproducción humana asistida

Continuando con el desarrollo histórico relacionado con el punto anterior, ahora toca tratar lo relativo a la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida. En este contexto, según el autor en comento, en 1752 el médico Smellie,

⁶ Cruz-Coke Madrid, Ricardo, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁷ Mendiola Olivares, Jaime, *op. cit.*, p. 18.

padre de la obstetricia inglesa, fue el primero en llevar a cabo experimentos y describir el proceso de fecundación, aunque las bases que proponía no fueren siempre correctas.

La primera inseminación artificial, explican Marcó y Tarasco,⁸ se aplicó en mamíferos por el médico y sacerdote italiano Spallanzini quien tras su fracaso con una rana en 1777, inseminó con éxito a una perra en 1779 naciendo tres crías.

Lo anterior dio lugar para que el pupilo y aprendiz de Smellie, el anatomista escocés Hunter, intuyera las importantes consecuencias que este descubrimiento llegaría a tener para la humanidad, por lo que realizó la primera inseminación humana en el año de 1785.⁹ Esta inseminación la practicó con la esposa de un comerciante en Londres. El proceso para dicha inseminación fue recomendar al comerciante que recogiera una muestra de su semen colocándolo en una jeringa caliente e inyectarlo directamente en el útero de su mujer con lo que logró el embarazo y el nacimiento de un niño sano. Muchos anatomistas intentaron seguir este modelo pero era prácticamente imposible, ya que estudios actuales han demostrado que Hunter tuvo suerte, pues en el momento de la inseminación coincidió con la ovulación de la mujer por lo que era difícil conseguir un embarazo si no se conocía a fondo el ciclo menstrual.

Durante la primera mitad del siglo XIX se produjo en Europa un proceso histórico complejo en el cual el liberalismo burgués y el nacionalismo lucharon contra la persistencia de la sociedad estamental del antiguo régimen. El desarrollo de la medicina, en especial de la anatomía comparada como ciencia biológica, fue el resultado directo de la Revolución Francesa que facilitó a médicos a fincar las bases del estudio biológico.¹⁰

El autor Mendiola Olivares, considera a Sims padre de la ginecología americana quien en 1866 publicó *Clinical notes on uterine surgery with special reference to the management of the sterile condition*, el cual explica importantes

⁸ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 14.

⁹ Se realizó la primera inseminación humana en el año de 1785; sin embargo, esta fecha es muy discutida por la doctrina, para autores como Fábrega indica que dicha inseminación se desarrolló en el año de 1791. Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, España, Comares, 1999, p. 72.

¹⁰ Cruz-Coke Madrid, Ricardo, *op. cit.*, pp. 59-60.

causas de infertilidad. La endocrinología era todavía desconocida en estos momentos, se sostenía la tesis que el periodo de tiempo más adecuado para la fertilidad era durante los 10 días después de la menstruación.

Para 1884 se realiza la inseminación artificial empleando semen de donante llevado a cabo en Filadelfia por el médico Pancoast. Un adinerado comerciante le expuso su imposibilidad para procrear y éste vio una oportunidad única para probar un nuevo procedimiento. La esposa del paciente fue anestesiada y ante una audiencia de estudiantes de medicina en el *Jefferson Medical College* fue inseminada usando el semen del miembro más atractivo de la clase. Nueve meses más tarde nació un niño.

Álvarez Díaz¹¹ considera que la fecundación *in vitro* tiene su origen concretamente en 1890. Heape fue el primer científico en recuperar dos embriones al lavar las trompas de Falopio de una coneja fecundada horas antes, los transfirió a las trompas de una coneja de raza belga de estos embriones nacieron seis conejos completamente sanos. Debido a los estudios de Heape, los científicos se mostraron más interesados en la posibilidad de cultivar embriones en laboratorio y fue perfeccionándose el estudio del desarrollo embrionario temprano. No obstante, durante mucho tiempo persistieron las dudas sobre los resultados exitosos de la fecundación *in vitro* en animales.

El siglo XX sufrió la conmoción de dos guerras mundiales y sus consecuentes cambios socioeconómicos, políticos y culturales. La ciencia y la tecnología se desarrollaron vertiginosamente, repercutieron de forma inmediata en la medicina, tanto desde el punto de vista conceptual como en el orden práctico. Así, el avance principal de la embriología descriptiva fue el conocimiento de las fases tempranas del desarrollo de los mamíferos y principalmente del ser humano. En 1908, Keibel resumió que los conocimientos sobre el embrión humano de menos de 26 días se basaban sólo en la existencia de cinco ejemplares, algunos de ellos en mediano o mal estado de conservación. Fue en 1930, según lo refiere

¹¹ Álvarez Díaz, Jorge Alberto, "Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida", *Revistas Medigraphic Ginecología y Obstetricia de México*, volumen 75, número 5, mayo de 2007, pp. 293-300. Disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom075i.pdf> Consultada el 8 de julio de 2011.

Fábrega Ruiz,¹² cuando Pincus, biólogo e investigador americano, consiguió el primer experimento con éxito de fecundación *in vitro* en conejos logrando fecundar óvulos y transferirlos a la trompa de Falopio, pero no logró ningún embarazo.

El autor en comento señala que un elemento fundamental en este desarrollo es la creación de los llamados Bancos de Semen iniciados en Estados Unidos en 1940 con el envío de semen de los combatientes de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Corea para que fueran inseminadas sus mujeres. Esto constituye un nuevo fenómeno que deja de ser una simple experiencia de laboratorio para ser un importante fenómeno social.

En humanos la primera fecundación *in vitro* la intentaron Rock y Menkin en 1944. Sin embargo, Chang en 1959 consiguió la primera fecundación *in vitro* con embarazo en una coneja.¹³ De esta manera, nos indica Álvarez Díaz¹⁴ los científicos tenían a su disposición varios procedimientos: la colección y la capacitación de espermatozoides, la recuperación de óvulos maduros al lavar las trompas, la fecundación *in vitro* y el cultivo del cigoto.

Entre 1960 y 1970 los investigadores se enfrentaron a una gran presión para encontrar nuevos métodos para tratar el factor de esterilidad en los seres humanos debido en parte a que en algunos países occidentales se complicó mucho la adopción de niños.

En un primer momento se volvió un reto poder coleccionar óvulos lo suficientemente maduros para ser fecundados en el laboratorio hasta que a finales de 1960 comenzó a utilizarse el laparoscopio¹⁵ para visualizar los órganos pélvicos. Steptoe, un importante ginecólogo, se considera precursor en el uso de este aparato quien para finales de 1968 ya había realizado más de 1,300 procedimientos.

¹² Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 74.

¹³ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ Álvarez Díaz, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 293-300.

¹⁵ Instrumento óptico que se utiliza para ver el contenido de la cavidad abdominal durante cirugías mínimamente invasivas. Se introduce en la cavidad abdominal a través de una pequeña incisión que se hace en la pared abdominal (el sitio de la incisión dependerá del tipo de cirugía que se realice). Kraus, Arnoldo y Cabral, Antonio, *La bioética*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, p. 87.

Otro adelanto técnico que permitió recuperar muchos óvulos maduros fue la hiperestimulación ovárica controlada, usada por primera vez a finales de 1960 en humanos.

El primer gran éxito derivado de la fecundación *in vitro* conseguido en seres humanos lo lograron precisamente el ginecólogo Steptoe y el biólogo Edwards.¹⁶ Ocurrió en Inglaterra y culminó con el nacimiento de una niña de nombre Louise Brown, el 25 de julio de 1978. Sin embargo, Steptoe y Edwards tuvieron que hacer frente a los ataques de sus colegas, la iglesia católica y una sociedad que miraba con preocupación el embarazo de Lesley Brown. El médico Peter Brinsden, director de la Clínica Bourn Hall's, donde nació, recordaba que el trabajo de Steptoe y Edwards era llamado "una labor del demonio"; se decía que Louise era la hija de Frankenstein, que no tenía alma o que los niños crecían en forma completa dentro de tubos de ensayo.

Marcó y Tarasco¹⁷ comentan que esta técnica significaba para unos una etapa llena de esperanzas y para otros una técnica llena de graves riesgos para los derechos del ser humano y el futuro de la humanidad. A pesar del alarde publicitario y del hecho de que fue presentado como un éxito tecnológico, no fue bien recibido en los medios científicos que rechazaron en principio la publicación del trabajo en la prestigiosa revista *Lancet*, al considerar que esta técnica se estaba utilizando desde hacía tiempo en animales y, por tanto, no aportaba nada nuevo a la ciencia. No obstante, se publicó el trabajo pocos meses después.

A pesar del escándalo mundial por el uso de esta técnica, otros países iniciaron rápidamente su implantación para solucionar problemas de fertilidad. Tal es el caso de Estados Unidos de Norteamérica y Francia que en 1981 registraron sus primeros nacimientos por la técnica de fecundación *in vitro* con transferencia de embrión. En Estados Unidos, fue llevado a cabo en el Hospital General de Norfolk y, en Francia, nació una niña de nombre Armandie, con el equipo de

¹⁶ Robert Edwards ha sido el ganador del Premio Nobel de Medicina y Fisiología, otorgado en el 2010 por el Instituto Karolinska de Suecia por el desarrollo de la fecundación *in vitro*. Con esta técnica sea permitido el nacimiento de más de cuatro millones de niños. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/10/04/biociencia/1286180797.html> Consultada el 18 de julio de 2011.

¹⁷ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 15.

Testart y Papiernik. En ese año nacieron los primeros gemelos del mundo obtenidos por esta técnica en el Hospital Reina de Victoria de Melbourne en Australia y en 1984 nacieron los primeros cuatrillizos.

En España, el 12 de julio de 1984 nació la niña Victoria Anna Perea en el Instituto Dexeus de Barcelona gracias al trabajo realizado por Pedro Barri. En ese mismo año nacieron Lorena el 18 de septiembre, y 31 de octubre dos gemelos, Sergio y Gemma. Sin embargo, un evento importante ocurrió en ese año, el nacimiento en Australia de la primera niña procedente de un embrión congelado, Zoe, a quien la prensa denominó “la niña que vino del frío”. En España, el primer nacimiento de un embrión congelado fue el 22 de julio de 1987 en el Instituto Dexeus.

La primera vez que se utilizó la técnica de fecundación *in vitro* con transferencia de embrión como método para la selección del sexo en enfermedades ligadas al sexo fue en 1990, realizada por Winston y Handyside, del laboratorio de fertilización del hospital londinense de Hammersmith.

Indica Álvarez Díaz,¹⁸ que en 1988 se comenzó la micromanipulación de gametos con la técnica de inserción subzonal de espermatozoides al lograrse entonces el primer embarazo de esta manera. Al año siguiente, en 1989, se introdujo la técnica de disección parcial de la zona y se consiguió el embarazo por otra forma de manipulación de gametos. En 1992 se produjo la técnica de microinyección intracitoplásmica de espermatozoides, que prácticamente ha desplazado a las otras formas de micromanipulación debido a su buena tasa de éxito.

Tras conseguir el objetivo del nacimiento de un ser humano se han ido desarrollando múltiples variantes técnicas que siguen apareciendo continuamente en la literatura científica. Un nuevo paso en las técnicas de reproducción asistida ha sido la clonación. La lograron en 1993 Hall y Stillman utilizando ovocitos poliespérmicos que no se transfirieron a un útero, por lo que la investigación fue autorizada por el Comité de Bioética de la Universidad George Washington. En

¹⁸ Álvarez Díaz, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 297-298.

febrero de 1997, el doctor Wilmunt en el Instituto de Roslin de Edimburgo comunicó públicamente el nacimiento de la oveja llamada Dolly, el primer mamífero clonado.

Uno de los últimos datos históricos señala que en 2002 aparentemente nació en Estados Unidos el primer ser humano por clonación de nombre Eve; sin embargo, muchos científicos dudan de la veracidad de estas afirmaciones.

Finalmente, el autor en comento considera que la historia de las técnicas de reproducción asistida dependen de las concepciones socioculturales existentes, ya que para unas ha sido mayor o menor su impacto en los grupos sociales. Por tanto, lo que ha llevado al ser humano a investigar y analizar su cuerpo es su capacidad reproductiva, es decir, la supervivencia de la especie dando paso al inmenso avance que permitió el desarrollo de dichas técnicas, y no solo eso, sino también una evolución en las estructuras sociales y a fincar nuevos planteamientos de tipo bioético y biojurídico sobre un acontecimiento que marcaría un antes y un después en la reproducción de seres humanos.

1.2 Técnicas de reproducción humana asistida

1.2.1 Definición

Antes de continuar con el presente estudio, es preciso analizar las distintas definiciones que se han dado en relación a las técnicas de reproducción humana asistida.¹⁹

En primer lugar, cabe referirse al glosario de terminología de técnicas de reproducción asistida revisado y preparado por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2010.²⁰

En dicho glosario se definen a las TRA como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

¹⁹ Para los efectos de este trabajo, por considerarla más precisa en cuanto a su alcance, se utilizará el término “técnicas de reproducción humana asistida”, utilizando indistintamente las abreviaturas TRHA o TRA.

²⁰ Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art._terminology2/es/index.html Consultado el 25 de septiembre de 2011.

Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las TRA no incluyen la inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.

Cabe destacar que en el referido glosario también se define el término reproducción médicamente asistida (RMA) como la reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida, inseminación intrauterina, intraservical o intravaginal, con semen del esposo, pareja o un donante. Conforme a lo dicho anteriormente las TRA quedan incluidas en la RMA.

En este orden de ideas, Fernández²¹ considera que la terminología no es unánime ni en la doctrina ni en las legislaciones internacionales. Al respecto, conviene destacar el criterio aportado por León²² indicando que los términos “fecundación médicamente asistida”, “fecundación artificial”, “fecundación terapéutica”, “fertilización artificial”, “eutelegenesia”, “procreación asistida”, entre otros, se refieren a lo mismo.²³

En este sentido, Blázquez²⁴ refiere que en un principio se denominó a toda esta nueva tecnología reproducción asistida, pero dado el incremento y las diferencias existentes entre ellas se ha ido incorporando el término “técnicas”. Por su parte, Rhonheimer²⁵ critica el término “artificial” indicando que así se le denomina en la mayor parte de las ocasiones a la tecnología, cuando hoy en día se emplean expresiones como “procreación artificial”, “tecnología genética” o “anticoncepción artificial”, indicando que con el predicado “artificial” se ha

²¹ Fernández, Aurelio, *Moral especial*, México, Nostra, 2004, p. 111.

²² Dicho autor elige el término Procreación Médicamente Asistida, por su connotación general y suficiente para comprender los diversos procedimientos técnicos, modalidades y formas. León Rabago, Diego, *La bioética para el derecho*, México, Universidad de Guanajuato, 1998, p. 95.

²³ Sin embargo, los autores Moretti y Lucas consideran apropiado el término Reproducción Humana Artificial. Véase Moretti, Dante, *La reproducción humana*, Colombia, San Pablo, 1998, p. 36; y Lucas Lucas, Ramón, *Explícame la bioética*, España, Palabra, 2005, p. 60.

²⁴ Blázquez, Niceto, *Bioética fundamental*, España, Biblioteca de autores cristianos, 1996, pp. 56-73.

²⁵ Rhonheimer, Martin, *Ética de la procreación*, España, Rialp, 2004, pp. 149-150.

puntualizado el origen del mal. Explica que en el campo médico es donde esta “artificialidad” tiene menos probabilidades de recibir una connotación negativa, indicando que en la medicina más de uno debe precisamente la conservación de su naturaleza.²⁶

No obstante, es importante destacar que el término RMA no es de uso común para la mayoría de los autores, los cuales aluden comúnmente al concepto TRA. De este modo, por considerarla más precisa en cuanto a su alcance, se utilizará el término “técnicas de reproducción humana asistida”.²⁷

En la literatura médica y bioética relacionada con el tema se proporcionan múltiples definiciones de las TRA. En este sentido, solamente abordaré las más relevantes a modo de tener la posibilidad de conocer los elementos característicos y de proporcionar una definición que guíe la presente investigación.

Santamaría Solís²⁸ define a las TRA como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Tales como: la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.

Para dicho autor, no es apropiado referirse a estas “técnicas” como “métodos de reproducción artificial”, ya que no suplen mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o sustituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente.

²⁶ Dicho autor considera que no en vano la medicina es un arte que al menos pensarán quienes sólo gracias a productos de alta tecnología implantados artificialmente, por ejemplo marcapasos, pueden seguir siendo lo que son “por naturaleza”: seres vivos corporales-espirituales que siguen con vida. Ese autor considera que el recurso a la “naturaleza humana”, o a la “naturaleza” en general, es una figura argumentativa tradicional para la fundamentación de normas, derechos, exigencias o prohibiciones morales. Explica que si se sigue la tradición filosófica, no se podrá evitar sostener que, en el contexto de la moral, el concepto contrario al de “natural” no sea en modo alguno el de “artificial”, sino el de irracional o contrario a la razón, es decir, el concepto de lo que contradice al hombre en cuanto ser racional, y por tanto también a su “naturaleza”. Concluye indicando que lo racional es la parte de su “naturaleza” que distingue al hombre como hombre. *Ibid.*

²⁷ Para los efectos de este trabajo, se utilizarán indistintamente las abreviaturas TRHA o TRA.

²⁸ Santamaría Solís, Luis, “Técnicas de reproducción asistida”, en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 377-378.

Además, señala que es equivocado considerar a las TRA como tratamientos o métodos terapéuticos habituales de la infertilidad masculina o femenina, pues no la curan. La finalidad de las TRA no es curativa, sino sustituir o asistir a un proceso generativo que por diversas circunstancias patológicas no puede completarse satisfactoriamente de modo espontáneo.

El recurso a estos procesos de laboratorio es considerado como solución de alivio de la infertilidad y esterilidad. Sin embargo, no significa que estas técnicas de laboratorio sean la respuesta objetiva y adecuada, pero se sugiere su aceptación como si realmente lo fueran. De hecho se puede burlar a la esterilidad, pero ésta no desaparece. Se satisface un deseo y se mitiga o hace desaparecer un estado de angustia.²⁹ Por lo que se considera que es objetivamente falso, el hecho de que cualquier procedimiento dirigido a remediarlas, aunque desaparezca o no la causa que la originan, debe ser entendido como una medida terapéutica.³⁰

Ahora bien, la obtención de la procreación de un ser humano es mediante la utilización de técnicas médico-biológicas,³¹ fuera de las trompas femeninas, en una probeta de laboratorio.³² Es decir, el conjunto de manipulaciones encaminadas a la fusión del espermatozoide con el óvulo³³ por medios distintos de la relación sexual natural.³⁴

En este sentido, los autores Lucas³⁵ y León,³⁶ refieren que es el acto de procrear a un ser humano, fuera de su proceso natural de la unión sexual del

²⁹ Así mismo, el autor en comento indica que actualmente ante esta expansión estamos en la era procreática. Blázquez, Niceto, *op. cit.*, pp. 56-73.

³⁰ Conviene precisar que en el sentido estricto de las definiciones proporcionadas la reproducción asistida no supone un tratamiento de la patología, puesto que no logra la curación, simplemente consiste en una superación de la incapacidad. Sin embargo, sí se presenta como un remedio a la esterilidad, en consecuencia, se va a considerar que tiene una finalidad terapéutica en sentido amplio, por lo que se le debe aplicar la misma valoración que a cualquier otra terapia o intervención biomédica que solucione un problema patológico aunque no lo sane directamente. Galindo, Celly, *Gen-ética: donde la vida y la ética se articulan*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, pp. 89-91.

³¹ Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 75.

³² Moretti, Dante, *op. cit.*, p. 36.

³³ Escobar Fornos, Iván, "Derecho a la reproducción humana, inseminación y fecundación *in vitro*", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 16, enero-junio 2007. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm> Consultada el 20 de septiembre de 2011.

³⁴ Zarraluqui, Luís, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, España, Tecnos, 1988, p. 133.

³⁵ Lucas Lucas, Ramón, *op. cit.*, p. 60.

³⁶ León Rabago, Diego, *op. cit.*, p. 95.

hombre y la mujer. Una nota característica de las definiciones es que dichas técnicas convergen en facilitar la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, a través de una actuación de índole biomédico.³⁷

Por tanto, siguiendo los criterios de los autores De la Mata y Garzón³⁸ son los métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecidas, y que constituye una maniobra para promover la fecundación cuando ésta no es posible por medios naturales.³⁹

En este orden de ideas, son las diversas técnicas desarrolladas para el tratamiento de la esterilidad.⁴⁰ Desde una perspectiva y manejo científico y tecnológico, cuando para las parejas, de manera natural, les es imposible procrear.⁴¹ Las TRA han abierto expectativas y esperanzas, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad o infertilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos.⁴²

Por lo que sólo se actualizan cuando se tienen problemas para lograrlo por la vía natural,⁴³ mejorando las posibilidades del proceso reproductivo de las diferentes parejas.⁴⁴ No es una opción que se promueva de manera discriminada;

³⁷ Suárez Parada, Ana Lucia, "Reproducción humana asistida y filiación en el Derecho de Familia Colombiano", *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, volumen 3, número 2, julio-diciembre de 2008. Disponible en: <http://viei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/Reproduccion-humana-asistidaok.pdf> Consultada el 25 de septiembre de 2011.

³⁸ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar. Y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2008, p. 395.

³⁹ Kraus, Arnoldo y Cabral, Antonio, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁴⁰ Anderson N., Kenneth (coord.) y Anderson E., Luis (ed.), *Diccionario de medicina: Océano Mosby*, Océano, España, 2008, p. 825.

⁴¹ Suárez Parada, Ana Lucia, *op. cit.*

⁴² Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista de Derecho Privado*, número 11, mayo-agosto 2005. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> Consultada el 20 de septiembre de 2011.

⁴³ García Fernández, Dora, "El vacío legal en las técnicas de reproducción asistida: el caso de México", en García Fernández, Dora y Tarasco Michel, Martha (coord.), *Bioética. Un acercamiento médico y jurídico*, México, Porrúa, 2011, p. 306.

⁴⁴ "Técnicas de reproducción asistida, alternativa para alcanzar la maternidad", *Revista México Sano*, número 16, mayo 2010, pp. 7. Disponible en: http://portal.salud.gob.mx/sites/salud/descargas/pdf/period_mexsano/mexicosano16_10.pdf Consultada el 20 de septiembre de 2011.

se plantea como recurso de las parejas funcionalmente estériles o infértiles, por lo que es un bien que eligen voluntariamente dos personas.⁴⁵

Desde esta ubicación conceptual es determinante el consentimiento en el uso de las TRA ya que tiene como fin ayudar a parejas infértiles o estériles a lograr un embarazo.⁴⁶ Por tanto, su finalidad es puramente procreativa, no así investigativa o experimental.⁴⁷

En este contexto, es importante destacar que en la legislación española se establece la regulación de la aplicación de las TRA en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas eficientes y sean debidamente autorizadas, con lo que pone claramente de manifiesto que las TRA, en la idea del legislador español, no tienen sólo como objeto combatir la esterilidad, sino también la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético; sin embargo, no aclara si se trata de la curación de tales enfermedades del propio embrión o del feto, o enfermedades de otras personas, en cuyo caso se utilizaría el embrión como "medicina".⁴⁸

Por tanto, las TRA tienen importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sean los objetivos y procedimientos que se utilicen.⁴⁹

De este modo, derivado del estudio realizado con antelación se concluye que son el conjunto de tratamientos, procedimientos y métodos biomédicos que conducen a la superación de la incapacidad de fecundación o concepción, cuando las parejas de manera natural no pueden procrear ante problemas de esterilidad o infertilidad, a partir de un manejo científico y tecnológico de los gametos, para el establecimiento de un embarazo.

⁴⁵ Kraus, Arnoldo y Cabral, Antonio, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁴⁶ Squires, Jane y Kaplan, Paul, "Developmental outcomes of children born after assisted reproductive technologies", *Infants & Young Children Journal*, volumen 20, número 1, pp. 2-10. Disponible en: http://depts.washington.edu/isei/iyj/20.1_squire.pdf Consultada el 23 de septiembre de 2011.

⁴⁷ Galindo, Celly, *op. cit.*, pp. 89-91.

⁴⁸ Calvo Mejjide, Alberto, "La investigación con embriones en la legislación española", en García Fernández, Dora y Tarasco Michel, Martha (coord.), *op. cit.*, p. 281.

⁴⁹ Rodríguez López, Dina, *op. cit.*

Actualmente, se propone en la Cámara de Diputados un proyecto de decreto por el que se modificará la Ley General de Salud,⁵⁰ adicionando un Capítulo VII Bis “Sobre las Técnicas de Reproducción Asistida”, al Título III “Sobre la Prestación de los Servicios de Salud”, el artículo que nos atañe es el 77 bis que a la letra dice:

Artículo 77 bis.- Se entiende por Técnicas de Reproducción Asistida, todas aquellas técnicas artificiales, en que la unión de las células germinales - espermatozoide y óvulo-, o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la manipulación directa del hombre en el laboratorio; éstas pueden clasificarse en tres grandes grupos, que son: la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVET) y la transferencia intratubárica de gametos (GIFT). Éstas técnicas, solamente podrán ser utilizadas para suplir problemas de esterilidad e infertilidad de la pareja.

De lo anterior se pueden destacar dos puntos: 1) clasifica las técnicas en tres grupos: la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE) y la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), apartando otras técnicas y dejando con total independencia la figura de maternidad gestante; 2) la mención de que sólo serán utilizadas estas técnicas para problemas tales como esterilidad e infertilidad, temas que serán abordados más adelante.

1.2.2 Esterilidad e infertilidad

De acuerdo con el tema central que nos ocupa y en relación con la definición analizada se desprenden dos conceptos sumamente importantes: la infertilidad y la esterilidad. El fenómeno de la reproducción humana asistida, y específicamente la aplicación de sus técnicas, centra su naturaleza en esas grandes dificultades biológicas; en cuanto a que las técnicas son necesarias como solución para la población que presenta una de estas incapacidades.

Se estima que en el mundo cerca del 15% de las parejas presentan algún problema de infertilidad y en México alrededor del 12% no pueden concebir un hijo, ya que de acuerdo con datos del sector salud, una de cada seis parejas

⁵⁰ Gaceta Parlamentaria, sesión de la Comisión Permanente, año XIV, número 3308, 20 de julio de 2011. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/jul/20110720.html#Iniciativa> Consultada el 20 de septiembre de 2011.

presenta problemas de infertilidad. Según datos del INEGI, en el país existen 1.5 millones de parejas que padecen este problema y se detectan 2 mil nuevos casos anualmente.⁵¹

En este orden de ideas, es conveniente aclarar dos términos, por un lado, la fecundidad, que es la probabilidad que tiene la mujer de quedar embarazada en un ciclo menstrual específico y es dependiendo de su edad y; por otro, la fertilidad que es la capacidad de parir un recién nacido vivo.

Por lo que la población fértil serán aquellas mujeres que quedan embarazadas después de un plazo razonable de relaciones sexuales regulares. De este modo, una pareja se considerará estéril cuando no ha podido lograr un embarazo después de mantener relaciones sexuales regulares durante cierto tiempo, habitualmente establecido en uno o dos años; ante lo cual debe agregarse que, siempre y cuando no hayan sido utilizados métodos anticonceptivos.⁵²

La esterilidad es la incapacidad de una persona, o de una pareja, para concebir hijos con la práctica de relaciones sexuales normales.⁵³ La Sociedad Española de Fertilidad (SEF), *American Society for Reproductive Medicine* (ASMR) y la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología (SEGO) consideran estéril a aquella pareja que no consigue un embarazo después de un año de coitos normales sin protección anticonceptiva. Otras sociedades científicas como la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE), consideran que tiene que haber transcurrido al menos 24 meses de relaciones sexuales regulares con finalidad procreadora.⁵⁴

Por tanto, la esterilidad es la incapacidad de uno o ambos miembros de la pareja para la concepción natural en un plazo razonable. Puede ser: primaria o secundaria.⁵⁵ La esterilidad primaria es entendida como la incapacidad de

⁵¹ “Técnicas de reproducción asistida, alternativa para alcanzar la maternidad”, *op. cit.*

⁵² Anderson N., Kenneth (coord.) y Anderson E., Luis (ed.), *op. cit.*, p. 527.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Bruna Catalán, Isidoro, *et. al.*, “El estudio básico de esterilidad desde el punto de vista de la medicina basada en evidencia”, *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, volumen 24, número 3, mayo-junio 2007, p. 146. Disponible en: <http://www.editorialmedica.com/archivos/fertilidad/Fertil%20mayo-junio-07%20trab-1.pdf> Consultada el 17 de septiembre de 2011.

⁵⁵ *Ibid.*

conseguir una gestación espontánea desde el inicio de las relaciones sexuales sin que, al menos durante un año, se hayan utilizado métodos anticonceptivos. Esto sucede cuando nunca ha habido embarazos. La esterilidad secundaria es la incapacidad de conseguir una gestación espontánea tras la consecución previa de un embarazo. Es decir, cuando ha habido embarazos previos y después sufre la imposibilidad de nuevas gestaciones.⁵⁶

En cuanto a su origen, se suelen distinguir tres tipos de esterilidad: masculina, femenina y mixta.⁵⁷ La esterilidad masculina es la incapacidad de un hombre para inducir la concepción por no producir espermatozoides. Entre las causas se incluyen factores medioambientales como la exposición al calor o a la radiación, testículos no descendidos, varicocele, fiebre prolongada, alteraciones endocrinas y abuso del alcohol o de la marihuana.⁵⁸ La esterilidad femenina, por su parte, es el trastorno en el que una mujer por defectos congénitos del aparato reproductor, por una ausencia de desarrollo normal del útero, por enfermedad, lesión o cirugía que afecta al funcionamiento de los ovarios, trompas de Falopio, útero, cuello uterino o vagina, le es imposible concebir.⁵⁹ Por último, la esterilidad mixta es aquella que es masculina y femenina al mismo tiempo.

Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud considera la infertilidad como aquella enfermedad del sistema reproductivo que genera incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas.⁶⁰

⁵⁶ Anderson N., Kenneth (coord.) y Anderson E., Luis (ed.), *op. cit.*, p. 527.

⁵⁷ También se suele distinguir entre esterilidad absoluta y esterilidad relativa: la primera, entendida como la incapacidad completa e irremediable para producir descendencia y; la segunda, asimilada con la infertilidad. Anderson M., Douglas (coord.), *Dorland. Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina*, tomo I, 29a ed., McGraw Hill-Interamericana, Madrid, 2003, p. 783.

⁵⁸ La esterilidad masculina es la incapacidad del varón para fecundar el óvulo ya sea por: *i*) la falta de producción de espermatozoides vivos (espermatógena), *ii*) anomalías de la reproducción de espermatozoides (dispermatógena) o *iii*) alguna otra causa distinta a la incapacidad para producir espermatozoides vivos normales (normoespermatógena). *Ibid.* Sobre sus causas véase Brugo-Olmedo, Santiago, *et. al.*, "Definición y causas de infertilidad", *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, vol. 54, núm. 4, 2003, pp. 237-240. Consultada el 17 de septiembre de 2011.

⁵⁹ De Terán Blerberg, Elena (coord.), *Diccionario Mosby de medicina y ciencias de la salud*, Mosby-Doyma, Colombia, 1995, p. 445. Sobre sus causas véase Brugo-Olmedo, Santiago, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 232-237.

⁶⁰ Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/index.html Consultado el 25 de septiembre de 2011.

Sin embargo, el concepto de infertilidad no debe confundirse con el de esterilidad, ya que si bien el primero es la incapacidad de tener hijos debido a la existencia de un impedimento para que el embarazo llegue a término, lo cual se manifiesta por la producción de abortos repetidos, el segundo consiste en un trastorno caracterizado por la imposibilidad de concebir.⁶¹

La infertilidad es la incapacidad de lograr un recién nacido viable tras, al menos, haber logrado dos embarazos consecutivos. La subfertilidad, es la incapacidad de conseguir una gestación espontánea en un periodo de tiempo superior al de la media de la población.⁶²

Con lo anterior se devela el concepto de “plazo razonable” que tanto en la esterilidad como en la infertilidad es discutible. La Organización Mundial de la Salud así como la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana en su recomendación⁶³ menciona un plazo mínimo de dos años para desarrollar el embarazo; si éste no ocurre después de ese tiempo, la pareja es considerada infértil. Desde un punto de vista práctico, la mayoría de los médicos inician los estudios de una pareja infértil luego de un año de haber fracasado los intentos de embarazo.

Por tanto, se puede afirmar que la imposibilidad de concebir tras un año de relaciones sexuales sin protección debe ser motivo para iniciar un estudio.

A ello hay que sumar que la infertilidad y esterilidad son conceptos dinámicos, por lo que muchas de las parejas en edad reproductiva pueden presentar estos problemas, dado que la edad de la mujer es un determinante de su capacidad genésica. Ahora bien, debido al impacto de la edad, en el caso especial en mujeres mayores de 35 años el estudio estará indicado si no han logrado la gestación al cabo de seis meses. Sin embargo, existen otras circunstancias individuales que pueden adelantar el estudio; tal sería el caso de mujeres con ciclos menstruales irregulares o con períodos de amenorrea secundaria, antecedentes de cirugía pélvica previa, entre otros casos.

⁶¹ Anderson N., Kenneth (coord.) y Anderson E., Luis (ed.), *op. cit.*, p. 527.

⁶² Bruna Catalán, Isidoro, *et. al.*, *op. cit.*, p. 146.

⁶³ Recomendación de buena práctica clínica; llamada Recomendación GPP (nomenclatura anglosajona).

En consecuencia, no se justifican los límites estrictos para comenzar un estudio de una pareja infértil, dado que el tiempo de espera debería estar relacionado con la edad de la mujer, los antecedentes de alteraciones individuales que afectan la fertilidad, los deseos de la pareja, entre otros.

Por su parte, en México la Exposición de Motivos del proyecto de decreto por el que se modificará la Ley General de Salud,⁶⁴ presentada por los legisladores de diversos grupos parlamentarios, ostenta que la infertilidad⁶⁵ es la incapacidad para lograr un embarazo, después de un año de búsqueda intencionada sin el uso de algún método anticonceptivo, indicando además que es un problema de Salud Pública.

En este orden de ideas, la Asociación Mexicana de Infertilidad, indica que es un problema médico, es decir, es una enfermedad o condición del sistema reproductivo, no así un trastorno sexual. Por lo cual, concluye es un tema eminentemente sanitario.

Bajo esta perspectiva, algunos autores⁶⁶ han considerado hacer referencia a cinco causas o factores generadoras de estos tipos de problemas reproductivos, y que llaman la atención de los médicos respecto a que el contexto social y cultural de nuestra época contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos.

En primer lugar, posponer la maternidad para edades más avanzadas disminuye la fertilidad en una pareja. Las mujeres desean quedar embarazadas aproximadamente a los 35 años, momento en el cual la fertilidad comienza a declinar.

En segundo lugar, el empleo indiscriminado de métodos anticonceptivos, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva; aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas. Esta

⁶⁴ Gaceta Parlamentaria, sesión de la Comisión Permanente, año XIV, número 3308, 20 de julio de 2011. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/jul/20110720.html#Iniciativa1>. Consultada el 20 de septiembre de 2011.

⁶⁵ En este mismo orden de ideas, la Exposición de Motivos del proyecto de decreto por el que se modificará la Ley General de Salud, no indica el caso de la esterilidad.

⁶⁶ Rodríguez López, Dina, *op. cit.*

automedicación es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina.

En tercer lugar, el estrés que provoca una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera, hábitos como el tabaquismo y el abuso del alcohol que se ha demostrado provoca alteraciones reproductivas.

En cuarto lugar, la realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otro factor más que altera la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece paradójico, en virtud de que se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

En quinto lugar, el contacto con diversas sustancias tóxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como, por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

Independientemente de las causas de esterilidad o infertilidad que podemos encontrar en el contexto sociocultural en el que nos desenvolvemos, no hay que soslayar las causas biológicas que se dan en los humanos, y que son materia propia del lenguaje médico, tales como: miomas uterinos, malformaciones uterinas, sinequia uterina, edenoma endometrial, endometriosis, baja producción de espermatozoides, alteraciones cromosómicas en la pareja, por mencionar algunas.

Resulta pertinente mencionar que cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimentan múltiples reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales.

Descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación traumática para las parejas, pues no están preparadas para afrontarla. Presentando sentimientos y reacciones de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y depresión, sufrimiento, duelo y aceptación o resolución.

Ahora bien, los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar.

Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo implican invasión mayor en la mente y en el cuerpo de los individuos, al grado de que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad para lograr el anhelado embarazo.

1.3 Clasificación de las técnicas de reproducción asistida

Hay una serie de técnicas que abarcan desde las más sencillas, hasta las más complejas, recientes y avanzadas. Algunas TRA están en uso o en proceso de experimentación clínica, además, existen múltiples variantes que se registran en la literatura médica especializada casi cada mes.

Las TRA pueden diferenciarse tomando en cuenta distintas características. Sin embargo, cada técnica utilizada depende del tipo de patología y también de la experiencia y las posibilidades del equipo que las realiza, ya que requieren un aprendizaje y un equipamiento diferente.

Cecotti⁶⁷ clasifica las TRA según la procedencia de los elementos biológicos que son parte integrante de la constitución de un nuevo ser humano. Así las TRA se denominan homólogas cuando se vale de elementos biológicos de la pareja para obtener una fecundación; heterólogas cuando, por el contrario, se utilizan uno o varios elementos biológicos ajenos a la pareja.⁶⁸ Según la localización de la

⁶⁷ Véase Cecotti, Manuela, *Reproducción asistida. Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación*, España, Grupo 5, 2004, pp. 70-71; y Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida", en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶⁸ Se estima que en Italia el 10% de los niños nacidos por TRA han sido concebidos por fecundación heteróloga. En Estados Unidos, según datos de *Donorsiblingregistry* que lleva registro de los donantes de espermatozoides se sabe que por cada donador nacen 150 hijos, hecho que no está

fecundación, que puede ser intracorporal cuando se induce el “encuentro” artificial de los elementos, pero la fecundación como tal no se activa artificialmente; y extracorporal, es decir, *in vitro*, en los casos en que existe una intervención directa en el laboratorio para que el óvulo y el espermatozoide den comienzo a la segmentación celular. En virtud de lo anterior, existe una serie de combinaciones de estas que derivan en subtécnicas.⁶⁹

Por su parte, Mendoza⁷⁰ prefiere esquematizarlas a partir del grado de complejidad de cada una de ellas. Dividiéndolas en:

- a. Técnicas de baja complejidad.
 - i. Estimulación ovárica.
 - ii. Inseminación artificial.
- b. Técnicas de moderada complejidad.
 - i. Fecundación *in vitro*.
- c. Técnicas de alta complejidad.
 - i. Clonación.

Aproximadamente existen unas quince TRA las más usadas son: la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Las menos usadas son: la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, la transferencia intratubárica de embriones y la donación de ovocitos.

Marcó y Tarasco⁷¹ indican que las TRA se pueden dividir en tres grupos genéricos:⁷²

1. Técnicas de fecundación *in situ* o intracorpórea.
 - 1.1 Inseminación artificial (IA) homóloga o heteróloga.

controlado pese a que la *American Society for Reproductive Medicine* recomienda limitar las concepciones por cada donante a 25 nacimientos sobre una población de 800.000 personas. En países como Inglaterra, Francia y Suecia limitan el número de hijos que se pueden generar de un mismo padre. Disponible en: www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html?pagewanted=all Consultada el 5 de septiembre de 2011. Véase Cecotti, Manuela, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶⁹ Opinión que comparte Santamaría Solís.

⁷⁰ Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, p. 48.

⁷¹ Para el análisis y desarrollo del presente tema se tomará esta clasificación. Véase Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 19; y García Fernández, Dora, “El vacío legal en las técnicas de reproducción asistida: el caso de México”, en García Fernández, Dora y Tarasco Michel, Martha (coord.), *op. cit.*, p. 306.

⁷² Se citarán las técnicas básicas de cada grupo, con sus siglas en inglés.

- 1.1.1 Inseminación intrauterina directa (DIUI).
- 1.1.2 Inseminación intraperitoneal (IPI).
- 1.2 Transferencia intratubárica de gametos (GIFT).
 - 1.2.1 Transferencia cervical- intratubárica de gametos (TC- GIFT).
 - 1.2.2 Transferencia tubárica de ovocitos (TOT).
 - 1.2.3 Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos (POST).
 - 1.2.4 Transferencia uterina de gametos (GUT).
- 2. Técnicas de fecundación *in vitro* o extracorpórea.
 - 2.1 Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET).
 - 2.1.1 Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT).
 - 2.1.2 Transferencia intratubárica de embriones (TET).
 - 2.1.3 Transferencia intratubárica en estado de pronúcleos (PROST).
 - 2.2 Microinyección de gametos.
 - 2.2.1 Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).
 - 2.2.2 Inyección subzonal de espermatozoides (SUZI).
- 3. Subrogación de útero.

Una vez que se han presentado diferentes clasificaciones, puedo concluir que son tantas las técnicas que su esquematización resulta altamente complicada, ya que aparecen continuamente nuevas variantes de cada tipo. Sin embargo, cada una tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sea la técnica y procedimientos que se utilicen.

En este orden de ideas, expondré brevemente, algunas características de las principales técnicas utilizadas, ya que entrar a detalle de cada una de estas técnicas implicaría un trabajo de mayor envergadura, pues sólo una de estas técnicas es en la cual se centrará nuestro objeto de estudio, por lo cual se tratará de manera enunciativa de todas las técnicas, y se puntualizará en aquéllas que tengan una relación directa con la maternidad gestante, a fin de ofrecer un panorama de carácter general y de orientación.

1.3.1 Técnicas de fecundación *in situ* o intracorpórea

Este conjunto de TRA abarca a todos aquellos métodos en los que, independientemente de las manipulaciones a las que puedan verse sometidos los gametos, el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito (gameto femenino) por el espermatozoide (gameto masculino) se efectúa en el interior del aparato productor femenino. Esto implica que en este grupo de técnicas el momento central de la procreación, la fecundación, queda fuera del alcance de posibles intervenciones tecnológicas.⁷³

1.3.2 Clasificación de las técnicas de fecundación *in situ* o intracorpórea

Se clasifican las técnicas de fecundación intracorpórea, primeramente haciendo referencia al origen de los gametos, siendo estas homólogas o heterólogas. Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente. Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos proceden de donantes ajenos a la pareja.⁷⁴ Los donantes son seleccionados entre hombres con características biológicas saludables y el semen puede proceder de un donante conocido, o de un banco de esperma.⁷⁵

1.3.2.1 Inseminación artificial (IA). Homóloga (IAH) o heteróloga (IAD)

En principio y por definición, inseminar es hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera.⁷⁶ Consiste en introducir por medio de un catéter el semen en la vagina de la mujer. Con lo que los espermatozoides llegarán al óvulo y la fecundación se efectúa de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.⁷⁷

⁷³ Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida", en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 377-378.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁶ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 48.

⁷⁷ Véase Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida", en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 377-378; y Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 76.

La IA tiene lugar en el cuerpo de la mujer. La inseminación se realiza un poco antes de la ovulación, dado que la presencia de progesterona determina que el moco cervical sea denso, lo que impide la penetración espermática. La ovulación puede ser estimulada en los pacientes con ciclos irregulares que presentan ovulación esporádica. La introducción del semen se realiza de forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen que se puede obtener por estimulación eléctrica testicular, masturbación o con una técnica postcoital, mediante un preservativo perforado en una relación conyugal normal.⁷⁸

Este sistema se denomina de primer grado, ya que la inoculación de los gametos masculinos provoca una fecundación intrauterina dejando el resto del proceso en manos de la naturaleza. Es una técnica de baja complejidad, basada en la manipulación de los gametos masculinos con una doble finalidad; la inmediata es la de lograr la fecundación y la mediata la de lograr un embarazo y consecuentemente el alumbramiento de un hijo. A diferencia de otras técnicas como la fecundación *in vitro*,⁷⁹ en este caso no existe una extracción de óvulos de la mujer pero sí de espermatozoides del hombre.⁸⁰

Tomando como punto clave las especificaciones anteriores, esta TRA consta de varios pasos, los cuales comprenden: la estimulación del ovario, la preparación del semen y la inseminación.

La estimulación del ovario se realiza mediante hormonas que se dan a la paciente para inducir la ovulación. Esta estimulación produce el desarrollo de varios folículos dentro de los cuales se encuentran los óvulos. Al aumentar el número de óvulos se incrementa la oportunidad de fertilización y de lograr un embarazo, pero también se aumenta la posibilidad de embarazos múltiples. Hay que resaltar que, en algunos casos, esta técnica requiere de un procedimiento terapéutico (no substitutivo). La hiperestimulación ovárica, es una práctica que se considera inadecuada, ya que representa un problema de salud para la paciente.

⁷⁸ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁷⁹ La fecundación *in vitro* consiste en la fusión de ambos gametos, masculino y femenino pero realizada de manera extracorpórea, es decir, en el laboratorio. La cual será tratada a fondo más adelante. Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 49-53.

⁸⁰ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 48.

La preparación del semen⁸¹ consiste en optimizar la concentración de los espermatozoides móviles en la muestra, y reducir el contenido de plasma seminal que contiene factores que inhiben la fertilización normal y prostaglandinas que pueden causar contracciones uterinas. Para ello los espermatozoides son separados del plasma seminal, concentrados por centrifugación y lavados con un medio de cultivo. La fracción que contiene los mejores espermatozoides, se recupera e insemina. Esta técnica se conoce como *swim-up* o recuperación de espermatozoides móviles.

Finalmente, la inseminación es un proceso sencillo, durante el cual el médico en el consultorio coloca un espejulo en la vagina de la mujer y pasa por el canal cervical una cánula que contiene la muestra con los espermatozoides y los deposita en el fondo del útero.

Marcó y Tarasco⁸² denominan a la inseminación homóloga, como inseminación intracorpórea conyugal. En la cual, ambos gametos, el óvulo y el espermatozoide, son obtenidos de una pareja que funcionará como padres del niño; por lo que se trata de una pareja estable, generalmente matrimonios. Desde el punto de vista médico, aquí se presupone una infertilidad, y no la esterilidad de la pareja por uno o ambos cónyuges.

En cambio, la IAD presupone el anonimato y la vigilancia del semen en el donante, ya que son estudiados para descartar enfermedades transmisibles como el SIDA y la hepatitis. El procedimiento se utiliza sobre todo en los casos en que no ha sido posible obtener por ningún método espermatozoides del compañero sexual o porque existe alguna anomalía genética del compañero. Se tiene que destacar que es técnicamente, posible la mezcla de distintos sémenes, dando lugar a la inseminación artificial mixta o combinada para crear en el hombre la ilusión de que el hijo pudiera ser suyo.

⁸¹ Los métodos utilizados para preparar los espermatozoides pueden afectar a la efectividad de la técnica, ya que hay que separarlos del plasma seminal y, si es necesario, se concentran sin someterlos a grandes tensiones mecánicas. Para ello, se lavan con el medio de cultivo, y se centrifugan durante breves periodos. Sin embargo, si el semen es de baja calidad se deben obtener fraccionamientos para separar los espermatozoides subfértiles de los de mayor calidad, y para ello se pueden utilizar técnicas como el gradiente de albúmina o de *Percoll*. La capacitación se realiza mediante una incubación *in vitro* en un medio simple durante unas horas, sin que existan problemas en esta etapa. Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁸² *Ibid.*

Actualmente, la IA⁸³ se recomienda en aquellos casos en que la relación sexual normal no es posible (malformación vaginal, vaginismo, impotencia, entre otras), inexistencia de semen o déficit de este, incompatibilidad de RH en pacientes sensibilizadas, tratamientos de radio o quimioterapia en hombres casados. Cabe destacar que técnicamente no existe ninguna limitante para que sea inseminada una mujer soltera o sin pareja estable.

Las variantes⁸⁴ que existen de la IA son:

a) Inseminación Intrauterina Directa (DIUI)

Es aquella en la que el material masculino se inyecta directamente dentro del útero.⁸⁵ Se utilizan espermatozoides lavados y la inseminación se produce en la cavidad uterina estando la mujer sometida a superovulación. La efectividad depende de la causa de infertilidad, obteniéndose tasas de embarazos en las que las más altas son de un 26.4% por ciclo. Una inseminación intrauterina puede no ser suficiente para lograr un embarazo, requiriéndose en ocasiones hasta 6 ciclos de inseminación para obtener un resultado positivo.⁸⁶

b) Inseminación Intraperitoneal (IPI)

En el cual, la mujer se somete a superovulación y se le inyectan un promedio de doscientos mil a seis millones de espermatozoides móviles a través del fórnix vaginal posterior.⁸⁷ Mendoza⁸⁸ agrega otras variantes:

a. Inseminación Intravaginal. Misma que implica colocar el semen extraído previamente, en la parte superior de la vagina mediante el uso de una jeringa.

b. Inseminación Intracervical. Aquí el material biológico masculino se deposita en el cuello del útero.

⁸³ Los factores que pueden inducir al uso de la IA pueden ser: la azoospermia, oligospermia, la vasectomía del varón, la impotencia, la paraplejia, la presencia de anticuerpos contra el esperma, así como causas genéticas, como la hostilidad cervical. *Ibid.*

⁸⁴ El autor León indica otra variante denominada inseminación artificial con capuchón cervical. Señala que la técnica más recomendada por los especialistas es la de tipo intracervical. Véase León Rabago, Diego, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁸⁵ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 48.

⁸⁶ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 48.

La efectividad depende de la causa de la infertilidad y de si se utiliza semen fresco. Las posibilidades de éxito son del 50% en un año y con una tasa de malformaciones inferior a la normal dadas las precauciones que se toman.

1.3.2.2 Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

Esta es una técnica intermedia entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. En este caso lo que se trasfiere no es un embrión, sino los gametos en sí mismos. La técnica implica recolectar previamente óvulo y espermias, para luego ser transferidos a las trompas de Falopio, esperando que en ese medio natural suceda la fecundación.⁸⁹

Marcó y Tarasco,⁹⁰ explican que la técnica consiste en la transferencia de gametos masculinos y femeninos a las fimbrias de las trompas de Falopio por medio de un catéter que en forma clásica contiene 25 microlitros de líquido folicular, con unos cien mil espermatozoides por ovocito, una burbuja de aire para separar los gametos masculinos y femeninos, y dos a tres ovocitos, para asegurar que al menos uno esté maduro para fecundación. Requiere que las trompas de Falopio estén en condiciones adecuadas.

Los espermatozoides se obtienen antes de proceder a la obtención de ovocitos y puede ser mediante técnica postcoital, mediante un preservativo perforado en una relación conyugal normal, o bien por masturbación, o por estimulación eléctrica testicular. Los ovocitos se obtienen como en la FIVET,⁹¹ induciendo la ovulación y aspirando varios ovocitos por laparoscopia o una minilaparotomía. Se seleccionan aquellos que están maduros por la presencia del corpúsculo polar. El contenido del catéter se deposita en las fimbrias de la trompa de Falopio a una distancia de 1.5 cm del tercio distal para que se produzca la fecundación *in situ* dentro de la trompa y el embrión formado se implante en el útero. El proceso dura unos 45 minutos y después de siete días se inicia la

⁸⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁰ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 23.

⁹¹ La FIVET consiste en la fusión de ambos gametos, masculino y femenino pero realizada de manera extracorpórea, es decir, en el laboratorio. Este procedimiento implica básicamente tres etapas: a) la obtención de los gametos masculino y femenino; b) la fecundación de ambos *in vitro* generándose así, el huevo, cigoto o embrión; y, c) la transferencia embrionaria al seno materno, la cual será tratada a fondo más adelante. Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 49-53.

valoración de embarazo con la determinación de los niveles de gonadotropina coriónica (b-Hcg) y a los veintiún días se confirma el embarazo por ecografía. Se considera que el número más adecuado de ovocitos que se deben de transferir es dos para evitar que haya embarazos múltiples.

Aunque existe una fuerte discusión sobre si la GIFT es más efectiva o no que la FIVET, los datos disponibles indican que la GIFT⁹² es más efectiva y además, la fecundación tiene lugar en su ambiente natural en vez del laboratorio lo que permite un mayor porcentaje de embarazos y evitar que haya embriones sobrantes con su consiguiente manipulación. Pero los verdaderos problemas de la GIFT son la falta de selección de gametos y que el porcentaje de abortos es mayor que en condiciones naturales.

En el informe de la *American Fertility Society* de 1994, que recoge datos hasta 1992, se dice que el porcentaje de niños nacidos en la GIFT es del 26.3% con un total de 5.767 ciclos de recuperación de ovocitos. Mientras que el porcentaje de niños nacidos en la FIVET es del 16.8% con 29.404 ciclos. Por otra parte, con un método mixto que combina la GIFT y la FIVET con los ovocitos sobrantes, el porcentaje es del 27.9% con 791 ciclos.⁹³

Todas estas técnicas no dejan de tener determinadas consecuencias negativas; sin embargo, pueden combatir la esterilidad (en realidad no curan la esterilidad, sino que buscan solucionar el problema social provocado por el deseo de tener hijos) y algunas enfermedades de carácter genético.⁹⁴

Entre las múltiples variantes que existen en la transferencia de gametos, están:

⁹² Los factores que pueden inducir al uso de la GIFT pueden ser: subfertilidad masculina, endometriosis, factor cervical, factores inmunológicos, anovulación, o no embarazo después de tratamiento quirúrgico de la trompa. Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 23.

⁹³ En un meta-análisis de 1993, se obtiene con la GIFT los siguientes resultados: 29% de embarazos clínicos, 5% de embarazos ectópicos, 19% de abortos y un 22% de niños nacidos en relación a los ciclos provocados con obtención de ovocitos. En un meta-análisis de 1990, se obtiene en la GIFT una media de embarazos del 27.4% de los cuales nacen un 69.1% de niños, con lo que, por ciclo transferido, el porcentaje de nacidos es del 19%. De los ovocitos transferidos, que en los protocolos utilizados fue de 4 a 6, del 4.6 al 6.8% nacieron niños y murieron el 94%. El porcentaje de abortos espontáneos e inducidos fue del 15.5% al 39.2% (en la naturaleza es un 15%); los embarazos ectópicos fueron del 5.5% como media (del 2.5% al 8.3%, siendo en la naturaleza del 1.2 al 2.8%); y los embarazos dobles sufrieron 16%. *Ibid.*

⁹⁴ Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 77.

a) Transferencia cervical- intratubárica de gametos (TC- GIFT)

Esta variante sólo se diferencia de la GIFT normal en la que la transferencia de gametos a la trompa se realiza por vía cervical.⁹⁵

b) Transferencia tubárica de ovocitos (TOT)

Es una variante que está indicada cuando no hay comunicación entre los ovarios y las trompas. Los ovocitos se obtiene por vía laparoscópica y se depositan en una cánula en la parte alta de la trompa, en donde puede ser fecundada por los espermatozoides en una relación normal.⁹⁶

c) Transferencia intraperitoneal de espermia y ovocitos (POST)

Consiste en que la fecundación normal no sólo tiene lugar en la trompa, sino que en ocasiones tiene lugar en el saco de *Douglas*.⁹⁷ Por ello, en esta variante los ovocitos y los espermatozoides son depositados mediante un catéter en el saco de *Douglas*. Este método está indicado para pacientes con fertilidad de origen desconocido, hostilidad cervical a los espermatozoides, o fallo de la inseminación artificial con donante. Los resultados obtenidos dan un 24% de embarazos por ciclo.⁹⁸

d) Transferencia uterina de gametos (GUT)

Consiste en la transferencia de ovocitos y espermia al útero, en vez de la trompa y se utiliza para los casos en que existe oclusión tubárica bilateral o daños irreversibles en las trompas en los que la técnica GIFT no es válida. Sin embargo, el porcentaje de embarazos es actualmente menor que en la FIVET. La técnica es equivalente a la GIFT, pero los ovocitos y los espermatozoides se transfieren al útero.⁹⁹

⁹⁵ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, pp. 23-25.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ El saco de Douglas es el espacio existente entre el recto y el útero. *Diccionario de Medicina*, Oxford University Press-Complutense, España, 2007, p. 271. Disponible en: http://books.google.es/books?id=K_egr6TJasYC&pg=PA271&lpg=PA271&dq=saco+de+Douglas+diccionario+de+medicina&source=bl&ots=G5xPZWHswl&sig=6R-qMB6eNLqVbcMUT1T3FaB2AKQ&hl

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

1.3.3 Técnicas de fecundación *in vitro* o extracorpórea

La característica de estas técnicas es que la concepción del nuevo ser humano se produce en el laboratorio y el cigoto o el embrión obtenido es transferido a la mujer para que continúe su desarrollo en el útero hasta el nacimiento. Por tanto, la FIVET implica la manipulación de embriones humanos en el laboratorio.¹⁰⁰

Es importante mencionar que se ha extendido en la opinión pública la creencia, promovida por los propios autores, de que la mayor parte de las parejas estériles están en condiciones de beneficiarse de estas técnicas a pesar de que inicialmente las indicaciones eran restringidas, por lo que actualmente se ha multiplicado su utilización y se someten a estas técnicas parejas con otros tipos de esterilidad. Esto hizo que se hayan proliferado las clínicas que las practican y que continuamente surjan nuevas variantes de los tipos básicos de FIVET.¹⁰¹

1.3.4 Clasificación de las técnicas de fecundación *in vitro* o extracorpórea

Se clasifican las técnicas de fecundación *in vitro* o extracorpórea haciendo referencia primeramente al origen de los gametos, siendo estas homólogas o heterólogas. Retomando que se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente, se entiende por técnica heteróloga aquella en la que uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos proceden de donantes ajenos a la pareja.¹⁰²

¹⁰⁰ Véase Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida", en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 377-378; y Rodríguez Luño, A., y López Mondéjar, R., *La fecundación in vitro*, España, Palabra, 1986, p. 13.

¹⁰¹ Gómez de la Torre, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Chile, Jurídica de Chile, 1993, pp. 15-16.

¹⁰² Véase en Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida", en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 377-378; y Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 19.

1.3.4.1 Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET)¹⁰³

La práctica de este procedimiento es concretamente para casos de mujeres que padecen esterilidades tubáricas, pero es utilizado generalmente para cualquier caso de esterilidad.¹⁰⁴

La FIVET es la unión de óvulo y espermatozoide, fuera de su medio natural habitual, en una probeta por eso le denominan popularmente “niños probeta” y luego se introduce el embrión logrado en el útero de la mujer.¹⁰⁵

Por tanto, es la fusión de ambos gametos, masculino y femenino pero realizada de manera extracorpórea, es decir, en el laboratorio. Este procedimiento implica básicamente tres etapas: a) la obtención de los gametos masculino y femenino; b) la fecundación de ambos *in vitro* generándose así, el huevo, cigoto o embrión; y, c) la transferencia embrionaria al seno materno.¹⁰⁶

En este sentido, Navarro del Valle¹⁰⁷ indica que esta técnica requiere de una tecnología complicada, por lo que los programas de FIVET se inician con un estudio anatómico fisiológico completo de la paciente y el análisis del semen del hombre para determinar el problema de infertilidad o infecundidad y programar si fuera el caso de FIVET. Para el monitoreo de la ovulación existen dos posibilidades:

a. Trabajar sobre el ciclo espontáneo. Este fue el método seguido para el nacimiento de los primeros tres niños FIVET y consiste en predecir el momento de la ovulación mediante el estudio de la secreción cervical, medición del diámetro del folículo de Graf con ecografía (ultrasonido) y dosificaciones de hormonas hipofisarias (FSH y LH) y ováricas (estrógenos y progesterona). Este sistema actualmente no se sigue puesto que plantea grandes desventajas a nivel técnico como la dificultad de precisar el momento preciso de la ovulación y contar con un solo óvulo.

¹⁰³ La fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, también es denominada comúnmente por las siglas FIVETE. León Rabago, Diego, *op. cit.*, pp. 102-105.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁶ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 49-53.

¹⁰⁷ Navarro del Valle, Hermes, *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*, Costa Rica, Promesa, 2001, pp. 23-33.

b. Ciclo inducido. Para lograr mayor efectividad del programa y soslayar este tipo de problemas, actualmente se suministran a la mujer medicamentos inductores de la ovulación para obtener la maduración de varios folículos al mismo tiempo. Este método como indique es llamado comúnmente “super-ovulación”.¹⁰⁸ Con este fin se utiliza, sobre todo, la estimulación hormonal por medio de hormonas,¹⁰⁹ de esta forma se logran hasta 6 folículos maduros al mismo tiempo.¹¹⁰

En un primer momento, la mujer es internada en la clínica. La obtención de ovocitos se puede realizar por laparoscopia o por vía transvaginal con control ecográfico, que es la que más se utiliza actualmente. La vía transvaginal tiene las ventajas de no necesitar una anestesia general y de atravesar menos estructuras que en la aspiración transabdominal con lo que hay menos riesgo de complicaciones: es más fácil, más comfortable y de menos costo. Se obtiene de 5 a 10 ovocitos según la edad de la mujer y de otros factores. Los principales problemas de la aspiración son, por un lado, que puede afectar al ovocito, alterando su capacidad de fertilización o de división y, por otro, se aspiran en exceso las células de la granulosa que rodean a los ovocitos, se producirán cuerpos lúteos insuficientes que impedirán el desarrollo embrional.

¹⁰⁸ Llamada también estimulación ovárica, es la técnica que se denomina como de menor complejidad. En dicha práctica lo que se hace es estimular hormonalmente a la mujer a fin de que aumente su capacidad de producción de óvulos, la intención es provocar una poli o multiovulación y con ello aumentar las posibilidades de que un óvulo pueda ser fecundado por un espermatozoide. Cabe destacar que dicha técnica permite lograr un embarazo, ya sea por medios artificiales, o bien naturales como la cópula misma. Para evitar el síndrome de hiperestimulación ovárica, esta la motorización para determinar si la respuesta a las hormonas (gonadotropinas) es suficiente para la obtención de un número adecuado de ovocitos maduros, y seleccionar el momento óptimo para inducir la maduración de los ovocitos. La evaluación de la maduración folicular se realiza mediante la combinación de dos métodos de control folicular: el análisis de estradiol sérico y la ecografía con sonda vaginal. Los ultrasonidos por vía vaginal proporcionan una imagen directa del ovario, obteniéndose una información dinámica no sólo del tamaño y número de folículos, sino también el espesor endometrial y su ecogenicidad así como los cambios en la resistencia de las arterias uterinas y ováricas. Véase Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 48; y Ruiz Balda, José Antonio, “Aspectos científicos de la fecundación *in vitro*” en Gafo, Javier (ed.), *Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, España, Universidad Pontificia Comillas, 1998, pp. 51-52.

¹⁰⁹ Las hormonas utilizadas son la gonadotropina coriónicas y la gonadotropina posmenopáusica humana, denominadas HCG y HMG respectivamente, de esta forma se logran hasta 6 folículos maduros al mismo tiempo. Blázquez, Niceto, *op. cit.*, pp. 417-430.

¹¹⁰ Navarro del Valle, Hermes, *op. cit.*, pp. 23-33.

En segundo lugar, la recuperación de ovocitos se realiza mediante la punción transvaginal de los folículos y aspiración de los líquidos foliculares. Posteriormente se hace una pequeña incisión a la altura del ombligo para introducir por él un endoscopio (una especie de tubo) dotado de sistema óptico que permite ver el aparato genital y las paredes adelgazadas de los folículos hinchados, luego se pasa una cánula-aguja en la cavidad peritoneal con la que se perfora los folículos y se succionan los óvulos por medio de un aspirador.

Estos líquidos son transportados de inmediato al laboratorio donde los ovocitos son recuperados, clasificados según su grado de madurez, colocados en platos de laboratorio con medio de cultivo y en la incubadora, que tiene características de ambiente y temperatura similares al cuerpo de la mujer, donde continuarán su maduración.

En el caso del hombre, se toma una muestra de semen que es recogido por diversos métodos y se entrega al laboratorio. Los espermatozoides son separados mediante lavados y gradientes de densidad donde los móviles son seleccionados, este proceso es llamado capacitación de esperma. Estos espermatozoides se colocan con cada uno de los ovocitos en los platos de laboratorio y de nuevo a la incubadora hasta el día siguiente donde se comprobará la fertilización.

La fertilización se efectúa unas 6 horas después de recogidos los óvulos para que completen su maduración y aumentar la efectividad. Transcurridas las 6 horas se colocan los espermatozoides en el cultivo del óvulo y se dejan en contacto por un período que oscila entre 6 y 18 horas, lo cual corresponde a la tercera etapa denominada inseminación de ovocitos, en la cual finalmente el ovocito es fertilizado con dos pronúcleos y dos cuerpos polares; estado denominado cigoto. Al menos del 80% al 90% de los huevos serán fertilizados con éxito si la calidad del semen es satisfactoria. Aproximadamente a las 24 horas de haber sido fecundado se transfiere a una placa de *Petri* que es un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional.

La transferencia del concebido al útero de la mujer debe realizarse aproximadamente cuando el embrión posee 8 células, de 36 a 50 horas después de la fertilización. Sin embargo, algunos médicos sostienen que el estado más

apropiado para realizar la transferencia es de 2 a 4 células con el fin de evitar al máximo las condiciones artificiales de crecimiento, ya que se ha comprobado que en probeta el desarrollo es más lento.

Ahora bien, para transferir el cigoto hacia el útero materno existen al menos tres opciones, denominadas de manera genérica:

a) Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT)

En esta variante, los cigotos se transfieren a la trompa de Falopio en vez de al útero. La transferencia se efectúa 36 horas después de que inició la fusión de los pronúcleos masculino y femenino, es decir, posteriores al inicio del proceso de fecundación. En la cual es posible observar con el microscopio si la fusión de ambos pronúcleos es completa.¹¹¹ Es decir, lo que se transfiere es un cigoto o pre-embrión en sus primeras etapas de la vida.

Dado que la transferencia de ovocitos pronucleados o bien de cigotos, implica anestesia en la mujer, así como un procedimiento laparoscópico, esta alternativa es más recomendable, ya que es posible previo a la transferencia verificar si el proceso de fusión de los pronúcleos ha sido concluido. En caso contrario, de no haberse verificado la fusión de gametos se evitan los riesgos inherentes a dicha transferencia.¹¹²

b) Transferencia intratubárica de embriones (TET)

En este caso, el embrión se transfiere a la trompa de Falopio sucede 48 horas después de iniciada la fecundación, lo que garantiza un embrión plenamente formado, incluso ya de ocho células, obteniéndose un porcentaje de éxitos semejante a la ZIFT.¹¹³

c) Transferencia intratubárica en estado de pronúcleos (PROST)

En esta variante, la transferencia tubárica es en estado de pronúcleos a las trompas de Falopio que se da 24 horas posteriores a que inicia la introducción del esperma en el óvulo. En esta etapa los pronúcleos de óvulo y esperma aún no han

¹¹¹ Con lo que se obtiene un mayor porcentaje de éxitos en relación a la FIVET. Según el informe de la *American Fertility Society* de 1994, que recoge datos hasta 1992, el porcentaje de niños nacidos en la ZIFT es del 22.8% por ciclo de recuperación de ovocitos. Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 31.

¹¹² Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, p. 51.

¹¹³ *Ibid.*

terminado de fusionarse, por lo que se les denomina ovocitos prenucleados y dado que aún no existe la fusión completa entre óvulo y espermatozoide puede considerarse que no es propiamente un cigoto lo que se transfiere, sino la composición celular inmediata anterior a la formación del embrión. Es decir, no son los gametos que separadamente se transfieren, sino un óvulo en el que ha iniciado el proceso de fecundación sin que dicho proceso haya culminado.¹¹⁴

A partir de la segunda semana se realizan determinaciones hormonales para el diagnóstico precoz del embarazo que se confirma a las seis semanas por ecografía. Más tarde se realiza un diagnóstico prenatal. Esta es la última etapa, la que constituye la implantación del concebido siendo esta la más difícil del proceso pues es donde suelen originarse la mayoría de los fracasos.¹¹⁵

Finalmente, en la actualidad la FIVET es una técnica ampliamente difundida por todo el mundo, por lo que hay varios centros que la practican. Para su ejecución se han ido desarrollando cada vez mejores equipos médicos, laboratorios cada vez más sofisticados, nuevas técnicas como criopreservación y micromanipulación de gametos y embriones, personal médico y paramédico calificado, economía de mantenimiento y control de calidad.

1.3.4.2 Técnica de microinyección de gametos

Consiste en la microinyección de espermatozoides o de sus núcleos en el ovocito o en su espacio perivitelino, con ayuda de un microscopio, y si hay fertilización, se transfiere el cigoto o el embrión al útero o a la trompa. Estas técnicas se utilizan en casos de esterilidad masculina severa, con oligospermia severa, problemas de motilidad espermática, teratozoospermia, o cuando existen niveles altos de células inflamatorias en el eyaculado. En estos no es posible la FIVET y se tendría que recurrir a la utilización del semen de un donante. Mediante estas técnicas se pueden conseguir fertilizaciones de ovocitos con muy pocos

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Es precisamente por esta razón que actualmente gran parte de los equipos médicos transfieren de 3 a 4 embriones al útero de la receptora, siendo lo más generalizado no implantar más de 4 por los riesgos de un embarazo múltiple. No obstante lo anterior, la Organización Mundial de la Salud, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades al respecto, aduciendo que no es aconsejable la transferencia de ese número de embriones al útero de la mujer, dado que es muy posible la ocurrencia de un embarazo múltiple. León Rabago, Diego, *op. cit.*, pp. 102-105.

espermatozoides. Y en casos de patologías oclusivas, con azoospermia o falta de espermatozoides en el eyaculado, se pueden utilizar espermatozoides aspirados del epidídimo, del conducto deferente, e incluso se pueden recoger espermátidas del mismo testículo mediante biopsias testiculares, que a pesar de ser espermatozoides inmaduros, tienen la misma carga genética del espermatozoide.¹¹⁶ Hay dos tipos básicos de técnicas de microinyección de espermatozoides:

a) Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

Esta técnica consiste en la inyección del espermatozoide directamente en el citoplasma del ovocito con lo que se sortean todas las barreras físicas y químicas que puede impedir la fertilización, se realiza mediante la inserción mecánica del espermatozoide, su núcleo o de células espermáticas inmaduras en el interior del ovocito.

Se precisa la manipulación de los gametos mediante pipetas y agujas de punta extremadamente fina (capilares) que se manejan mediante instrumentos (micromanipuladores) que permiten desplazamientos del rango de micras de utensilios que actúan sobre las células. Se trata de facilitar al grado máximo la penetración de espermatozoides en el óvulo a fecundar.¹¹⁷

b) Inyección subzonal de espermatozoides (SUZI)

Consiste en la inyección del espermatozoide en el espacio perivitelino, por debajo de la zona pélcida. Los espermatozoides que se inyectan deben tener la reacción acrosómica finalizada.¹¹⁸

1.3.5 Maternidad Gestante

No se estudiará esta técnica porque será analizada en el Capítulo III, ya que representa el tema central del presente trabajo.

¹¹⁶ Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁷ Se logra mayor tasa de embarazos que con la FIVET, que está alrededor del 30% (los datos publicados oscilan del 10 al 54%). Con esta técnica se ha obtenido un porcentaje de ovocitos dañados tras la inyección del 8.3% y un porcentaje de fertilizaciones normales del 56.9%, aunque activando artificialmente los ovocitos con un ionóforo del calcio se consiguen tasas de fertilización superiores al 90%. *Ibid.*

¹¹⁸ Con esta técnica se ha obtenido un porcentaje de ovocitos dañados tras la inyección del 2.3% y un porcentaje de fertilizaciones normales del 35.8%. Las tasas de implantación y de embarazos respecto a la ICSI varían según los estudios, siendo en general inferiores a la ICSI. *Ibidem*, p.33.

1.4 Diferencias entre técnicas de reproducción asistida, clonación y maternidad gestante

Las TRA pueden hacer posibles otras formas de manipulación biológica o genética de embriones humanos, como intentos e hipótesis de obtener un ser humano sin conexión alguna con la relación sexual mediante “fisión gemelar”, mejor llamada clonación, la hipótesis de alquilar vientres a mujeres que no pueden llevar un embarazo y al mismo tiempo el proyecto actualmente en construcción de úteros artificiales para el embrión humano.¹¹⁹

En principio se debe aclarar lo denominado como reproducción asexual, donde no hay unión de células de la pareja, por lo que se elimina la unión sexual de la pareja como función procreadora.¹²⁰ Enfatizando en que será, ágama, aquella que se produce sin fecundación o sin intervención de gametos o células germinales.¹²¹

De hecho, en la naturaleza la forma de reproducción asexual supone un “tipo de clonación”. Al margen de la reproducción asexual, existen dos formas:

- a) Por escisión o bipartición embrionaria. Supone la división de un embrión en dos en las fases más tempranas de su desarrollo. Para ello, se deja que el embrión se desarrolle hasta alcanzar como máximo 8 células para dividirlo después en dos, empleando métodos físico-químicos. Los dos embriones generados a partir del primero son clónicos, pues poseen la misma dotación genética.¹²²
- b) Por transferencia de núcleos. Clonar por transferencia de núcleos significa fecundar un óvulo al que previamente se ha extraído su carga genética (su núcleo celular) es decir, el núcleo celular de otra célula que puede ser embrionaria o somática, pero que posee todo el genoma del individuo.¹²³

¹¹⁹ Esta técnica es conocida por algunos autores con las siglas en inglés SNT, popularmente llamada clonación. Véase Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, México, Porrúa, 2008, pp. 78-79.

¹²⁰ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 413.

¹²¹ Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹²² López Barahona, Mónica y Antuñano Alea, *La clonación humana*, España, Ariel, 2002, pp. 81-86.

¹²³ Lucas Lucas, Ramón, *op. cit.*, p. 75.

Por tanto, a diferencia de la reproducción natural propia de la especie, hoy se pretende una nueva forma de procreación humana experimentada en vegetales y especies animales, la clonación.

La raíz etimológica deriva del griego *klón* que quiere decir “esqueje”.¹²⁴ Se define como el procedimiento para duplicar un organismo utilizando el núcleo de una célula del cuerpo por reproducir, no célula sexual, ni óvulo ni espermatozoide. Un óvulo femenino desnuclearizado, es decir, desprovisto de su núcleo donde residen los cromosomas para integrar un embrión que al desarrollarse será un individuo idéntico genéticamente al del que provino el núcleo utilizado. En este sentido, clonación significa generar estructuras genéticamente idénticas.¹²⁵

También denominada gemelaridad provocada, es una técnica de manipulación genética a través de la cual se obtienen individuos genéticamente idénticos a partir de un solo individuo. Existen dos procedimientos de clonación: el primero, es una técnica desarrollada en animales y vegetales, que tiene por objeto reproducir especies genéticamente idénticas a partir de la extracción de cualquier célula de esos organismos.

Normalmente, su utilización ha tenido la finalidad de mejorar dichas especies y; el segundo procedimiento, aunque parte del primero es mucho más complejo pues requiere en principio la existencia de dos células: una sexual y otra no sexual. Una vez que se han obtenido ambas, se les extraerá a cada una el núcleo para después colocar en la célula sexual el núcleo de la célula no sexual y obtener así la célula sexual tal como ocurre en el caso de una fecundación *in vitro*.¹²⁶

Para integrar al clone¹²⁷ los cromosomas no son aportados por ambos progenitores basta la aportación de uno de ellos y un óvulo desnuclearizado. Esto es importante ya que en seres humanos, la transferencia de núcleos de células

¹²⁴ Esquejes o gajos son fragmentos de plantas separados con una finalidad reproductiva. Pueden cortarse fragmentos de tallo e introducirlos en la tierra, para producir raíces. Las plantas enraizadas de esta manera serán idénticas a sus progenitoras, es decir, formarán con ellas un clon. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=esqueje Consultada el 8 de noviembre de 2011. Véase Pardo Sáenz, José María, *Bioética práctica. Al alcance de todos*, España, Rialp, 2004, p. 112.

¹²⁵ López Barahona, Mónica y Antuñano Alea, *op. cit.*, pp. 81-86.

¹²⁶ López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005, pp. 179-180.

¹²⁷ Clone, se le denomina al producto de la clonación. Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, pp. 78-79.

provenientes de individuos ya nacidos se aplican para usos reproductivos, tales como procurar descendencia a parejas infértiles que no pueden concebir por ningún otro medio y que prefieren no recurrir a la adopción o a la utilización de gametos o embriones donados.¹²⁸ Sin embargo, el nuevo ser sería teóricamente idéntico (genéticamente) al aportador de los cromosomas; su genotipo no sería nuevo y único, sino uno ya ensayado por la naturaleza.¹²⁹

En cuanto a este último apartado es importante mencionar que la identidad genética no supone la identidad de los individuos. Es experiencia común el hecho de que los gemelos naturales, a pesar de ser genotípicamente idénticos, tienen modos de comportamiento muy diversos a pesar incluso de su educación en un mismo ambiente familiar. Esta diversidad es una prueba de que el ser humano es algo más que su herencia biológica y de que existe la libertad individual. Los clones, a pesar de su identidad genética, son diversos entre sí en la medida de que son seres humanos distintos y libres.

En este sentido, algunos sectores de la sociedad están deseosos de esta técnica, ya que mantienen la posibilidad de volver a la vida a seres fallecidos. Es importante hacer notar que la naturaleza demuestra claramente que el traer a la vida seres ya fallecidos mediante procesos de clonación es algo imposible. Eventualmente, se puede traer a la vida a seres clónicos de aquéllos que murieron pero nunca la persona que murió; o bien se puede pensar en clonar a personas vivas pero no se trataría nunca de la misma persona, sino de una genéticamente idéntica.¹³⁰

Por lo que la clonación se clasifica en dos tipos según el fin que se propone:

- a) Clonación reproductiva: su objetivo es conseguir el nacimiento de un nuevo individuo vivo idéntico al clonado.
- b) Clonación terapéutica: su objetivo es producir un embrión del que se prevé la interrupción de la vida en los primeros estados del desarrollo para obtener una serie de células y tejidos sanos, que podrían sustituir las enfermas.

¹²⁸ López Barahona, Mónica y Antuñano Alea, *op. cit.*, pp. 81-86.

¹²⁹ Véase Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹³⁰ *Ibid.*

Ahora bien, es común preguntarse cómo es que, siendo una célula capaz de reproducir un organismo completo, no ocurre esto natural y espontáneamente en el cuerpo formado por millones de células.

La razón radica en que durante las primeras etapas del desarrollo del embrión, las células que lo integran son naturalmente especializadas para desempeñar un trabajo específico, una sola función, inhibiéndose todas las demás de las que son capaces. Así mientras unas se especializan para producir un tejido óseo por ejemplo, otras producen cardíaco, pulmonar, cerebral, etcétera.

Bloquear no significa incapacitar, una célula bloqueada continúa conservando sus potencialidades intactas, solamente permanecen inhibidas. A este fenómeno de especialización se le conoce con el nombre de “diferenciación”; antes de la especialización se dice que la célula es indiferenciada. Indiferenciar, es desbloquear las funciones de una célula para que recobre su potencial original sin dañarla, deshacer la limitación impuesta por la naturaleza y hacerla de nuevo capaz de realizar libremente el plan genético de que está dotada, es la más importante y compleja tarea a que se enfrenta el procedimiento de clonación.¹³¹

En este sentido a diferencia de las TRA, la clonación es, en un sentido amplio, una técnica de replicación utilizada comúnmente en la biología. En un procedimiento cuyo objetivo principal es obtener una copia idéntica de material biológico determinado. Puede referirse a secuencias de ADN, o bien a la multiplicación de diferentes células o tejidos, todo esto no necesariamente humano.¹³²

Santamaría¹³³ indica que existe un entronque entre las diversas modalidades de clonación con las TRA, particularmente las extracorpóreas. Ya que la fecundación *in vitro* se realiza en el exterior del cuerpo de la madre y hace posible la manipulación del cigoto en orden a su multiplicación asexual.

Hay diversa razones, por las que la clonación podría ser incluida dentro de algunos protocolos de FIVET, las más relevantes son:

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 79-82.

¹³³ Santamaría Solís, Luis, “Técnicas de reproducción asistida”, en Tomás Garrido, Gloria María (coord.), *op. cit.*, pp. 377-378.

a) Una aplicación potencial de la clonación por gemelación podría radicar en la generación de múltiples embriones para la implantación después de la fecundación *in vitro*. Se sabe que para aumentar las posibilidades de éxito de la FIVET, ordinariamente se implantan de 3 a 5 embriones, esto evitaría el almacenamiento de embriones congelados, ya que sólo se multiplicarían los embriones precisos para la implantación, además se soslayaría la necesidad de repetir la hiperestimulación ovárica, en el caso de un fracaso inicial de la FIVET.

b) Otra posible aplicación radicaría en la posibilidad de obtener abundante material, todo el genéticamente idéntico, para estudiar posibles defectos genéticos de un determinado embrión. Sería como realizar copias de un original, donde también están presentes posibles defectos, que así podrían ser diagnosticados y estudiados.

c) Satisfacer el deseo de aquellos padres que quieren tener un hijo gemelo con relación a un embarazo por FIVET previo, estableciendo bancos de embriones clónicos, a partir de los cuales, los padres puedan elegir el hijo con las características genéticas deseadas.

Por lo que resulta conveniente distinguir entre clonación como técnica de laboratorio, la clonación de vegetales y de animales y la utilización de la clonación como forma de reproducción no sexual de los seres humanos.

Entrando en el fondo de la cuestión, es sabido que esta técnica se ha venido empleando habitualmente en agricultura, siendo una forma de reproducción muy común en ciertos animales invertebrados. También se ha constituido práctica habitual la reproducción mediante división embrionaria en la mejora de la ganadería ovina y bovina.

En este orden de ideas, cabe destacar que en 1997 nació por clonación de tipo transferencia de núcleos, la oveja Dolly. El material genético que se empleó provenía de una célula somática. La oveja Dolly fue el resultado de la integración del genoma de una célula de glándula mamaria en un óvulo anucleado.¹³⁴

¹³⁴ López Barahona, Mónica y Antuñano Alea, *op. cit.*, pp. 81-86.

Para obtener el ADN precursor de Dolly, se tomaron células de la glándula mamaria de una oveja preñada hasta conseguir extraer el núcleo completo de una de ellas. El material genético provenía de una glándula diferenciada cuyas células se dividen produciendo exclusivamente células de la glándula mamaria y ningún otro tipo de célula del organismo de la oveja.

Se emplearon cuarenta ovejas de las que extrajeron 277 óvulos a los que se anucleó. Uno de estos óvulos anucleados recibió con éxito el núcleo con el ADN de la glándula mamaria. El óvulo así “fecundado” se implantó en el útero de una tercer oveja cuya misión sería ser la madre de alquiler de Dolly, encontrando con ello, la relación que existe entre las TRA, la clonación y la maternidad gestante. Ahora bien, transcurridos los meses de gestación nació Dolly una oveja genéticamente idéntica a la primera cuya glándula mamaria sirvió de fuente genética.

En este sentido, se distingue que dentro de las llamadas TRA, encontramos a la erróneamente denominada maternidad de alquiler, que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias TRA a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación de embrión en el útero, la manipulación embrionaria e incluso en la clonación.

Precisamente es esta técnica reproductiva, la que constituye el objeto de estudio de esta tesis, en virtud de considerarla importante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de voluntad (y no necesariamente) de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe ser entregado después del nacimiento a la pareja que se lo haya solicitado, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.¹³⁵

¹³⁵ Rodríguez López, Dina, *op. cit.*

En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, es necesario realizar un estudio profundo de la maternidad gestante en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal.

CAPÍTULO II

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1 Consideraciones entorno al origen y evolución de la familia

En este apartado expondré algunos aspectos del origen histórico-social de la familia que permitan un análisis para poder determinar posteriormente un concepto.

Bien es sabido que la familia se ha compuesto por los cónyuges y los hijos. Respecto a esta, cabe destacar dos conceptos fundamentales, la paternidad y la maternidad, de la que se desprenden la relación paterno-filial, relación que interesa al Derecho al pertenecer todos ellos a un mismo vínculo jurídico en donde; por un lado, están los progenitores, expresando la relación de estos dentro del núcleo familiar y, por el otro lado, están los descendientes, cuyo vínculo dentro de la familia se designa con el término filiación.

Sin embargo, este vínculo jurídico existente entre ascendientes y descendientes se ha visto perturbado cuando hoy se revolucionan los distintos ámbitos tecnológicos, científicos, sociales, políticos, jurídicos, entre otros, por la alteración que las TRA causan a la familia y que se ha consolidado como una nueva etapa de las transformaciones.

Con la aparición de las TRA empiezan a surgir los problemas que, en antaño eran imprevisibles y que hoy son una realidad. Asimismo, el ámbito jurídico se ha visto trastornado y es que las normas jurídicas fueron pensadas y estructuradas en base a la reproducción natural hace bastantes años atrás.

Las determinaciones de la paternidad y la filiación vinculadas a las TRA son problemas cotidianos que van en aumento, creciendo inconteniblemente. Es por ello que se pretende en esta tesis dar un panorama general de lo que involucra utilizar una TRA como lo es la maternidad gestante y todo lo que ello implica, ya que requiere una solución eficiente y eficaz en beneficio de la familia.

Definir la estructura histórico-social de la familia sería un trabajo que nos remontaría a los orígenes de la especie, que no correspondería al espíritu y límites

metodológicos de esta tesis, sin embargo, abordaré algunas consideraciones de importancia.

Antes de iniciar formalmente este estudio cabe destacar que la familia a lo largo de la historia ha sufrido una serie de modificaciones por lo que los doctrinarios y estudiosos del fenómeno no se han puesto de acuerdo sobre su evolución histórica.¹³⁶

La idea de familia es natural al hombre desde tiempos inmemorables. El ser humano ha vivido en sociedad, por lo mismo, se ha agrupado en diversos clanes a los que se les reconoce una cierta pertenencia.¹³⁷

En este sentido, Bachofen¹³⁸ sostiene que existió una primera fase de horda en la que no había verdadera familia. Luego una segunda fase en la cual se organiza la familia bajo un régimen matriarcal, en la que el padre es desconocido y el parentesco se considera únicamente por la vía materna, por tanto, los hijos sólo pertenecen a la madre y heredan a los parientes de ésta. En una tercera etapa, se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organización familiar surgiendo así la familia patriarcal.

Morgan,¹³⁹ siguiendo esta tesis explica las etapas de evolución del género humano y a partir de ellas encuadra el desarrollo de la familia. Estos estadios de evolución del género humano en sus orígenes son: el salvajismo, la barbarie y la civilización.¹⁴⁰ A partir de esos tres estadios, afirma se encuentra el desarrollo de

¹³⁶ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 1-18.

¹³⁷ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, pp. 3-7.

¹³⁸ Bachofen deducirá cuatro fases de la historia de la humanidad que se articularían del modo siguiente: a) hetairismo, en el cual dominaban los hombres por la fuerza, estando las mujeres sexualmente sometidas a su capricho; b) amazónica, como reacción frente a esta situación arbitraria las mujeres respondieron, o bien violentamente, haciéndose guerreras. En la que el hombre pasa a ocupar un lugar secundario y a estar sometido a su capricho; c) ginecocracia, introduciendo la institución matrimonial y la agricultura, y; d) patriarcado, basado en los valores masculinos, y que permitirían el desarrollo del Derecho civil, el Derecho natural matriarcal, de la Racionalidad y de los aspectos superiores de la Cultura. Bachofen, Johann Jacob, *El matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo según su naturaleza religiosa y jurídica*, 4a. ed., España, Akal, 2008. Disponible en: http://books.google.es/books?id=XQ0bYWEK RoC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=trae Consultada el 17 de noviembre de 2011.

¹³⁹ Citado por Friedrich, Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, México, Coyoacán, 1994, pp. 26-43.

¹⁴⁰ Subdivide el salvajismo y la barbarie en los estadios inferior, medio y superior según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia. La etapa del salvajismo se caracteriza por: a) período inferior, considerado por Morgan como la infancia del hombre, pues este

la familia¹⁴¹ paralelamente, aportando aproximaciones de su transformación de acuerdo con dichas etapas. El autor en comento considera que los orígenes de la familia pudieron haber tenido lugar en la promiscuidad primitiva, a través de las diversas formas de uniones plurales con la familia consanguínea y la punalúa hasta una unión menos permanente como fue la sindiásmica. Este tipo de uniones demuestran los lazos que existieron para ser considerado como familia y las funciones limitadas a la procreación.

Ahora bien, existe otra teoría que desecha el origen de la familia en la promiscuidad,¹⁴² los autores Del Campo, Fromm, Sánchez Azcona, González

aún permanecía en los bosques tropicales y subtropicales; b) período medio, esta etapa comienza con el uso del pescado, gracias al descubrimiento del fuego. En ella presume la utilización de instrumentos de piedra sin pulimentar. De igual forma, Morgan señala que con el ejercicio de la actividad de caza se contribuyó a la obtención ocasional de alimentos suplementarios, pues durante ésta época tuvo lugar la invención de las primeras armas y; c) período superior, esta tuvo lugar con la aparición del arco y la flecha. Asimismo, Morgan considera que durante esta época se presentan algunos indicios de residencia fija en aldeas. En la etapa de la barbarie se presentó: a) período inferior, se introduce la alfarería; b) período medio, esta etapa se caracteriza por la mayor domesticación de animales, el empleo del adobe y la piedra para la construcción y; c) período superior, este estadio principia con la fundición del mineral del hierro. Permitió un mayor desarrollo de la agricultura. El periodo de transición entre el estadio de barbarie superior y la civilización es casi imperceptible, Morgan considera que se encuentra marcado por el invento de la escritura alfabética y su empleo literario. Las principales instituciones del ser humano se originaron en el salvajismo, se desarrollaron en la barbarie y maduraron en la civilización. Citado por Friedrich, Engels, *op. cit.*, pp. 21-26.

¹⁴¹ Las diversas formas de familia son las siguientes: a) consanguínea, según éste autor prevalece en una época de total promiscuidad, pues se basaba en la unión de parejas entre hermanos y hermanas, propios y colaterales en un grupo; b) punalúa, producto de la familia consanguínea, cuyo significado es “compañero íntimo” o “socio”. Basado en parejas comunes de individuos pertenecientes a otros grupos. En esta forma de familia surge el matriarcado, de importancia ya que es la primera forma de organización familiar, al sólo poderse saber certeramente quien era la madre de cada individuo; c) sindiásmica, en su organización se encuentran por primera vez características propias de una relación monogámica, al ser la unión más o menos permanente y exclusiva de un hombre con una mujer. Dicha permanencia se establecía sobre todo en función de la procreación. En cuanto a los descendientes, estos sólo eran responsabilidad de la madre; d) patriarcal, la característica esencial fue la autoridad ilimitada del padre, sobre los demás miembros del núcleo familiar. La familia patriarcal marca el tránsito de la unión sindiásmica a la monogámica, con el poder exclusivo a cargo del hombre y; d) monógama, esta organización aparece en el período superior de la barbarie hasta la actualidad, constituyéndose mediante la unión exclusiva de un solo hombre y un sola mujer; entre los cuales se establecen lazos conyugales duraderos, imposibles de disolver por el sólo deseo de alguno de los cónyuges. Citado por Friedrich, Engels, *op. cit.*, pp. 26-43.

¹⁴² Frente a esta hipótesis de la promiscuidad y matriarcado primitivos se alza también la teoría de Summer Maine, quien niega la existencia de las tres fases de la evolución familiar y sostiene la prioridad de la forma patriarcal, suponiendo que desde los tiempos más remotos la familia ya era un grupo coherente regido por la autoridad absoluta del padre. Otros autores como Starke y Posada, adoptan con gran prudencia una posición intermedia, y ponen de relieve la imposibilidad de fijar un tipo primitivo uniforme de constitución familiar. Citado por Ferrer, Francisco A. M.,

Porras, Leñero Otero y Belluscio, se manifiestan a favor de la inexistencia de pruebas para determinar una secuencia uniforme de etapas a través de las cuales la familia ha pasado o deba pasar. Desechan la idea de que el origen de la familia se encuentra en la promiscuidad, por la tendencia física y psicológica del ser humano a la monogámica.¹⁴³

Dejando de lado la era prehistórica carente de certeza y yendo a los tiempos históricos que son conocidos, Ferrer¹⁴⁴ señala tres grandes etapas en la evolución del núcleo familiar:

- a) El clan.¹⁴⁵ El clan es la familia cuyos miembros descendían de un antepasado común y estaban sujetos a la autoridad de un jefe, el *pater familias*, quien ejercía el gobierno, administraba justicia y celebraba el culto. Esta agrupación era el único ámbito social organizado en donde se desenvolvía la existencia total del individuo. El aumento de la población, el instinto de sociabilidad del hombre, los matrimonios entre los miembros de los distintos clanes, los factores geográficos y económicos, las necesidades del sustento y la guerra, determinaron que estas estructuras patriarcales se fuesen uniendo y organizando hasta constituir el Estado, a quien transfirieron las funciones políticas.
- b) La gran familia o familia extensa.¹⁴⁶ Al quedar las familias integradas bajo el poder político del Estado, dentro del ámbito familiar subsiste, no obstante, la autoridad absoluta del *pater familias*, quien preside una sólida comunidad compuesta por su mujer, hijos y esclavos siendo el señor, juez y pontífice de su familia.¹⁴⁷ Posteriormente, la influencia de diversos factores contribuye a cambiar aquella organización familiar, el crecimiento del Estado y el progreso del Derecho fueron cercenando paulatinamente los poderes del *pater familias* y, a la vez, el desarrollo de las costumbres y la trascendental influencia patriarcal elevando la

Derecho de Familia, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1982, t. I, pp. 14-17. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1447/3.pdf>

¹⁴³ Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 1-18.

¹⁴⁴ Ferrer, Francisco A. M., *op. cit.*, pp. 14-17.

¹⁴⁵ Clan se llamaba entre los germanos y celtas; *gens*, entre los romanos y los griegos.

¹⁴⁶ También llamada familia patriarcal.

¹⁴⁷ Cuyo origen lo encontramos en la familia romana primitiva.

dignidad de la mujer y combatiendo el ejercicio arbitrario y absoluto de la patria potestad. Finalmente, quedó modelada una familia de tipo patriarcal, compuesta por un amplio grupo de consanguíneos que se caracteriza por una vigorosa autoridad paterna y marital, por el predominio del varón y la consiguiente posición subalterna de la mujer, y por la aglutinación de todos los miembros bajo la dependencia personal y económica del jefe de la estirpe. Una característica de esta familia es que se constituye como un centro de producción económica en el que todos los miembros participan según un orden de jerarquía familiar por lo que, la función económica fortalece la unidad familiar y el grupo solidariamente protege a sus miembros contra los riesgos de la existencia. Tal fue el sistema de la gran familia dotado de una sólida estabilidad estructural que tuvo vigencia durante la Edad Media y hasta la época en que se produce la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

- c) La pequeña familia o familia nuclear. Surge como consecuencia del proceso de industrialización y urbanización que se opera en los siglos XVIII y XIX. En efecto, la industrialización significó una verdadera revolución tecnológica estableciéndose en la ciudad y sus alrededores, por lo cual la urbanización aparece como un componente necesario del desarrollo industrial. Este proceso produjo una corriente migratoria del campo a la ciudad y la concentración de la mano de obra entorno a las manufacturas, circunstancia que fue separando a un número cada vez mayor de individuos y núcleos conyugales de sus respectivas familias. La antigua producción doméstica, que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar, cede el puesto a la organización industrial y comercial. Las funciones económicas en adelante son asumidas por los comerciantes, las empresas capitalistas y el Estado. La familia ya no es la fuente de recursos económicos ni el lugar permanente de trabajo por lo que los miembros de la familia han de trabajar fuera del hogar, incluso la esposa

también debe abandonar el recinto hogareño a fin de allegar recursos al sustento común. La división de trabajo y su especialización provoca la dispersión de la familia facilitada por los modernos medios de comunicación. El fuerte impacto que el progreso técnico, la urbanización y el gran comercio produce en la estructura familiar tienen por consecuencia disminuir la estabilidad de la familia y además eliminarla como unidad de producción.

Bajo esta perspectiva, la mujer de nuestros tiempos ya no está sometida a la autoridad marital. El desarrollo económico y cultural condujo a la mujer a su emancipación civil y política logrando conquistar la igualdad jurídica con el hombre. Como podemos apreciar a través de la evolución del grupo familiar que sintéticamente se expuso, fundamentalmente las circunstancias económicas han determinado la transformación gradual de la familia patriarcal, la gran familia, numerosa, autoritaria y estable, en la familia moderna, pequeña, nuclear, igualitaria e inestable, que resulta más acorde con las condiciones económicas y culturales de una compleja civilización técnica, industrial y urbana. Asimismo, los acontecimientos actuales han provocado la transformación de la familia como elemento central en la estructura social.¹⁴⁸

2.2 La familia en Roma, Pueblos Germanos, España y México

A modo de tener mayores elementos para analizar el tema central de este trabajo, es obligada la referencia de la institución familiar en la tradición romana, germánica y española dado que tienen influencias en nuestra legislación.

a) Civilización romana

En términos generales en el antiguo lenguaje romano, la palabra familia designaba el conjunto de personas quienes estaban sometidas al poder de un ciudadano independiente, *sui iuris*, que era el *pater familiae*,¹⁴⁹ por lo que la característica principal es la figura preponderante del padre. En la antigua Roma la

¹⁴⁸ Véase Ferrer, Francisco A. M., *op. cit.*, pp. 14-17; y López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 1-18.

¹⁴⁹ Martínez, Deidamia, "La familia en el Derecho Romano y en las legislaciones modernas", *Revista de Derecho Privado*, número 21-22, septiembre-abril 2008, pp. 240-261. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/89/pr/pr26.pdf> Consultada el 16 de noviembre de 2011.

familia podía ser *agnaticia* o *cognaticia*.¹⁵⁰ La primera se restringía a la estirpe derivada de la línea paterna de parentesco, mientras la segunda coincidía plenamente con la familia consanguínea.¹⁵¹

b) Pueblos germanos

En estos pueblos del centro de Europa, la familia entre germanos era un organismo, una verdadera comunidad social. Tenía similitud a la romana, sin embargo, la personalidad de cada uno de los individuos integrantes de la familia era independientemente del poder del *pater familias* romano.

c) España

En el caso de España, desde el Fuero Juzgo, se determina la naturaleza de la familia en la monogamia y la indisolubilidad del vínculo conyugal. Con posterioridad, dicha legislación ordenó hacer públicos los matrimonios, considerando como fundamento el cristianismo. Más tarde, en el Código del Rey Sabio las disposiciones reguladoras de la familia estuvieron influenciadas por el Derecho Canónico y en la Novísima Recopilación se mantuvo la anterior regulación y no fue hasta 1870 cuando se impuso como obligatoria la forma civil del matrimonio.

d) México

La familia azteca era predominantemente monogámica y no obstante la ilicitud de la poligamia era tolerante sólo a los jefes de alto rango. La estructura familiar era patriarcal y aún cuando el padre tenía potestad sobre los descendientes, esa autoridad era limitada. Normalmente, la edad para contraer matrimonio era a los veinte años, de hecho la mayor parte de los aztecas se casaban entre los veinte y los veintidós años. La mujer conservaba sus propios bienes, podía hacer negocios o ejercer alguna profesión como la de sacerdotista, partera o curandera, en las cuales se disfrutaba de una gran independencia.

En la familia poligámica azteca tanto la mujer principal como las secundarias tenían muchos descendientes, de modo que llegaban a ser

¹⁵⁰ Cuando se habla concretamente de familia "civil" o *agnaticia*, se entiende la fundada en la potestad del *pater familias* o "patria potestad". El parentesco *cognaticio* o natural, en cambio, se funda en los vínculos de sangre y no en la patria potestad. De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, pp. 3-7.

¹⁵¹ *Ibid.*

extremadamente numerosas. En principio sólo los descendientes de la mujer principal sucedían a su padre. Sin embargo, en ocasiones también los descendientes de las esposas secundarias, considerados como *pilli*, podían llegar a las funciones más altas, si eran dignos de ello.

De aquí se desprende que en la cultura azteca no había una diferencia tan tajante entre los descendientes habidos dentro como fuera del matrimonio. Tanto en la cultura maya como en la azteca se prohibió el casamiento entre parientes al considerar dichas uniones como infames. El matrimonio no era una unión de amor, sino los progenitores buscaban para sus descendientes un cónyuge apropiado, prefiriendo a personas del mismo domicilio.

La llegada de los españoles en 1521 significó un enfrentamiento de dos culturas distintas en muchos aspectos. Se aplicó el Derecho Indiano¹⁵² en particular el Derecho Novohispano, rama de aquél especialmente aplicada al Virreinato de la Nueva España. Ambos derechos al tener su origen en la tradición romana y canónica, consideraron a la unión monogámica como la única forma legal y moral de formar una familia. Después de este acontecimiento pasaron años para convertir a los indígenas a la religión católica.¹⁵³

Los misioneros en cuanto a la vida familiar azteca se centraron en la erradicación de la poligamia y saber cuál de las mujeres debía de considerarse legítima. La Iglesia determinó que se consideraría matrimonio, aquél vínculo en el cual concurrían dos circunstancias: el consentimiento mutuo y la intención de unirse para toda la vida.

No obstante, cuando al final se logró la desintegración de la poligamia, la conversión y legitimación de las familias aztecas, se hizo patente la presencia de otro problema, el abandono de las demás mujeres con sus descendientes.

¹⁵² El Derecho Indiano son las disposiciones legislativas que se aplicaron en América durante los tres siglos de dominación española. Se conformaba tanto por las disposiciones legislativas especialmente promulgadas para las Indias en la metrópoli y en los territorios americanos, como por las normas del derecho castellano de aplicación supletoria sobre todo en materia de derecho privado y las costumbres indígenas que se incorporaron o se mandaron guardar por la propia legislación indiana por no contradecir ésta, ni los principios de la religión católica. López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 1-18.

¹⁵³ Para 1536 los sacerdotes tenían una gran carga de trabajo. Incluso había días en que debían desposar entre cien y quinientas parejas, sin contar los miles de bautizos, confesiones, entierros y celebraciones de misas. López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 1-18.

La nueva ideología impuesta por los conquistadores disgregó la vida familiar, la mezcla de las razas y la clase social de cada grupo también produjeron diversidad en las familias al crear e imponer categorías. Así, la regulación del matrimonio y de la vida familiar en la sociedad novohispana correspondía principalmente a la Iglesia, la libre elección de la pareja y la cohabitación de los cónyuges eran dos de los preceptos que regían el sacramento del matrimonio.

La familia era una comunidad santificada por el matrimonio. El pilar de esta organización era el varón quien como padre de familia tenía la potestad de esta, constituyéndose a su vez en depositario del derecho divino de dirigir la prole y llevarla por el camino del bien. La madre por su parte debía ayudar a su cónyuge en las tareas de dirección de los descendientes y a pesar de su papel secundario ella también poseía verdaderos derechos educativos.¹⁵⁴

En el siglo XIX la mayoría de las familias vivían en comunidades rurales, se dedicaban sobre todo a la agricultura, en la que participaban los niños desde muy pequeños. El hombre seguía siendo la autoridad en la familia y el principal sostén de sus integrantes. Sin embargo, un cambio muy importante en la familia de este siglo se produjo por las actividades de las mujeres.¹⁵⁵

Para el siglo XX y durante las últimas décadas, las relaciones familiares se han caracterizado por una relación menos rígida del padre. La madre ha adquirido más poder de decisión en la familia, pero también han aumentado sus responsabilidades dentro y fuera del hogar.¹⁵⁶

De este modo, se puede señalar que con independencia de la historia originaria de la familia, la cual probablemente jamás se averigüe con exactitud, parece cierto que su explicación está basada en datos poco ciertos y precisos, así como en inducciones atrevidas y precipitadas.

Así, de este análisis de la evolución de la familia puedo concluir en que la misma ha cambiado de forma importante en los últimos años y que la representación tradicional que tenemos del núcleo familiar ya no sirve para

¹⁵⁴ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, pp. 3-7.

¹⁵⁵ Consejo Nacional de Educación para la vida y el trabajo. Disponible en: <http://www.conevyt.org.mx/cursos/cursos/vaco/contenido/revista/vc04r.htm> Consultada el 16 de noviembre de 2011.

¹⁵⁶ *Ibid.*

explicar algunas mutaciones. Se deben reformular los conceptos esenciales en torno a la familia, lo cual tendrá evidentes repercusiones no solamente para los estudiosos del comportamiento familiar, sino también para el Derecho de Familia.¹⁵⁷

2.3 Definición de familia

Como quedó manifestado en los apartados anteriores, la familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye el núcleo primario de la sociedad en general. En el concepto de familia participan en una pluralidad de ciencias¹⁵⁸ y puede ser observado desde diversos ángulos. Por ello mismo, es complicado tratar en una definición de incorporar todos sus elementos. Además, es difícil comprender a todas las familias que en sus diversas estructuras se encuentran en nuestro país.¹⁵⁹

Etimológicamente la palabra familia deriva de la raíz latina *famulus*, cuyo significado es esclavo doméstico. Este término a su vez derivó en *famel*, voz perteneciente a la lengua de los oscos quienes lo utilizaron para denominar a los siervos. De esto se puede inferir que en un principio la palabra familia significaba el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre.¹⁶⁰

En este orden de ideas, los autores Mazeaud¹⁶¹ consideran que familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidos a la misma autoridad: la de la cabeza de familia.

Sin embargo, la familia está en constantes transformaciones por lo que la doctrina jurídica ha elaborado diversos conceptos que pretenden incorporar tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.¹⁶² Por

¹⁵⁷ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

¹⁵⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, p. 1.

¹⁵⁹ Chávez Asencio dedica un tema para la explicación de esta problemática. Véase Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 8a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 222.

¹⁶⁰ Véase Friedrich, Engels, *op. cit.*, p. 49. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶¹ Citados por Sánchez Márquez, Ricardo, *Derecho civil. Parte general, personas y familia*, México, Porrúa, 2002, p. 123.

¹⁶² Véase Ferrer, Francisco A. M., *op. cit.*, pp. 14-17.

tanto, la familia está constituida por personas que se encuentran vinculadas por diversos lazos.

Bossert y Zannoni señalan que dichos vínculos jurídicos tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.¹⁶³ Opinión que no difiere en mucho de la propuesta elaborada por Planiol y Ripert¹⁶⁴ que indican el matrimonio, la filiación y la adopción. Sánchez Cordero, por su parte, expone que son personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio, o sólo civiles a los que el ordenamiento legal impone deberes y otorga derechos jurídicos.¹⁶⁵

Bajo esta perspectiva, Montero Duhalt¹⁶⁶ distingue entre la familia en sentido amplio o familia extensa, cuando en la misma se incluye además de la pareja y de sus hijos, a los descendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos y; la familia en sentido estricto o restringido,¹⁶⁷ cuyos componentes elementales son únicamente el hombre, la mujer y sus hijos.

Galindo Garfias,¹⁶⁸ indica que se caracteriza; además, por ser una institución fundada en una relación sexual para proveer a la procreación. Opiniones que ya han sido superadas actualmente ya que por su misma naturaleza las TRA separan físicamente la procreación del matrimonio, así mismo hay que aceptar que se vive una nueva realidad social, al ser posible la procreación sin necesidad de alguna relación sexual, sin importar el vínculo que los una, como se analizó anteriormente.

Tratadistas como Díaz de Guijarro,¹⁶⁹ en definición compartida por López del Carril, señala que la familia surge por vínculos jurídicos emergentes de la

¹⁶³ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁴ Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁵ Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en el Congreso Internacional “La familia hoy derechos y deberes”, en el Centro de Negocios y Comercio de la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 2003. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/PERSONA%20DERECHO%20Y%20FAMILIA.pdf> Consultada el 16 de noviembre de 2011.

¹⁶⁶ Citada por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁷ También conocida como familia nuclear o conyugal.

¹⁶⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 598.

¹⁶⁹ Díaz de Guijarro, Enrique, “Evolución de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 11, julio-septiembre de 1953, pp. 29-31. Disponible en:

relación intersexual y de la filiación. Importante es comentar que la familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que por el hecho de descender de un progenitor común generan entre sí lazos de sangre.¹⁷⁰

Desde esta perspectiva biológica, la definición de familia puede ser ampliada hasta la totalidad de las personas que comparten una misma carga genética,¹⁷¹ esta realidad biológica constituye una problemática en relación a las TRA, es decir, ¿un donador o tercero ajeno a la pareja sería la familia del producto al tener la misma carga genética?

Nuestra Constitución no proporciona una definición de familia, empero en algunos Estados existen códigos familiares como en el Estado Zacatecas y otros, donde se hace mención de familia.

Por ejemplo, el artículo 138 TER del Código Civil para el Distrito Federal¹⁷² hace referencia a la familia como una institución de orden público. El Código Familiar del Estado de Zacatecas¹⁷³ en su artículo 3º, por su parte, define a la familia como un conjunto de personas unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica.¹⁷⁴

Como puede advertirse, hay una imposibilidad de definirla de un modo universal, pues se trata de una institución cambiante a través del decurso histórico materia de una marcha incesante y permanente de serios embates. Factores sociales, políticos, científicos, tecnológicos, económicos y jurídicos han provocado que se vea alterado lo que mucha gente entendía acerca de la naturaleza y los

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/11/dtr/dtr2.pdf> Consultada el 21 de noviembre de 2011.

¹⁷⁰ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Baez, Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990, p. 8.

¹⁷¹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928. La familia es una institución de orden público, a partir de la reforma de junio del 2000, en el cual adiciona un nuevo título, el Cuarto Bis, que se titula "De la Familia" en el artículo 138 TER; históricamente esta disposición no se encontraba en el código sustantivo, sino que tenía su fundamento en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷³ Publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Zacatecas, el 10 de mayo de 1986.

¹⁷⁴ En cuanto designarle personalidad jurídica a la familia hay diversidad de autores que abordan este tema.

propósitos de la vida en familia. Ante estas circunstancias, podrá tener varios significados según la óptica y el tiempo en el que se situó.

De acuerdo a lo anterior, puedo concluir que la familia es aquella colectividad de personas que están vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, reconocidas y protegidas por el Derecho y por el Estado en la que existen deberes, derechos y obligaciones entre sus integrantes.

Ahora bien, estos cambios profundos que se han desarrollado en estas últimas décadas afectan a las diversas nociones de la familia y, sobre todo, en la vida sexual que hasta ahora era el instrumento humano necesario para la procreación.

Junto al ejercicio de la libertad sexual orientada a la generación de la especie, se ha ido instaurando un nuevo modo de procrear con el uso de las TRA que dan como resultado una nueva relación de paternidad, una nueva concepción de maternidad y, por supuesto, de familia.

2.4 Antecedentes histórico-jurídicos de la filiación y la paternidad

La familia que fue analizada en sus aspectos generales se encuentra vinculada en lo jurídico a la paternidad, a la maternidad y a la filiación, tanto en su estructura como en su funcionamiento.

La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que interesa no sólo a los padres e hijos, sino también a la sociedad y al Estado. Al ser la concepción, gestación y nacimiento hechos naturales del hombre se toman en consideración por el Derecho.¹⁷⁵

En particular la responsabilidad que se genera con la procreación en torno a la paternidad y la filiación es única. Ya que el vínculo de los progenitores con los descendientes hace existir el cumplimiento de los deberes, obligaciones y cargas que surgen a su cargo.¹⁷⁶ Primeramente, antes de proporcionar una definición, expondré algunos aspectos de origen de la filiación.

¹⁷⁵ Véase Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1997, 451 pp.

op. cit., pp. 1-2; y Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, p. 420.

¹⁷⁶ Véase Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, pp. 230-231.

De acuerdo con la reseña de la evolución de la familia expuesta con anterioridad, se deduce que de haberse presentado la evolución de la familia en la época de la promiscuidad en las comunidades primitivas y de la familia punalúa, la filiación sólo habría podido ser determinada en función de la madre, siendo con posterioridad hasta la familia sindiásmica y al cobrar importancia la familia monogámica patriarcal, cuando se pudo determinar en función del padre.¹⁷⁷

Por tanto, la maternidad fue considerada un hecho y la paternidad fue mera especulación. Es importante destacar que cada cultura estableció una posición diferente en materia de filiación. Sin embargo, la ley trató de dar respuesta al establecimiento de reglas de filiación por lo que se realizaron, explica Varsi,¹⁷⁸ diversas teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales, que son las siguientes:

a) Teoría ovista

En la que se sostiene que el niño es exclusivamente “producido” por la madre; el varón solo depositaba el esperma, sin ningún otro rol específico.

b) Teoría espermetista

Hasta el siglo XVI la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre era lo que reinaba repercutiendo en materia de filiación.

Fue con los espermetistas con su homúnculo¹⁷⁹ que sostuvieron que la única contribución de la mujer era proveer el ambiente para el desarrollo del espermatozoide. Por tanto, sostenían la tesis que el hombre era el que mandaba en la generación de la vida.¹⁸⁰

c) Pangénesis

En el siglo XVIII las tesis de los ovistas y spermistas eran insostenibles. Sin embargo, se presenta la teoría vanguardista de la pangénesis, planteando que cada progenitor colabora en la descendencia, lo que fue fortalecido por la teoría de la mezcla.

¹⁷⁷ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 84; y Friedrich, Engels, *op. cit.*, pp. 26-43.

¹⁷⁸ Véase Varsi Rospigliosi, Enrique, *El proceso de filiación extramatrimonial*, Perú, El Búho, 2006, pp. 11-13.

¹⁷⁹ “Pequeño hombrecito” dentro de cada esperma. *Ibid.*

¹⁸⁰ Tesis planteada antes por Platón que atribuía la generación al macho. También los griegos cuando decían que hacer un hijo era como meter un pan dentro del horno. *Ibid.*

Para el siglo XIX, Mendel descubre la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética. Por lo que se consideró que la filiación era una mezcla de las características de los padres.

Ahora bien, lo cultural y lo biológico, debe amalgamarse con lo jurídico, así se produjeron diversos cambios.

d) Roma y Medieval

En Roma¹⁸¹ la filiación podía surgir de tres maneras: por nacimiento, por adopción y por arrogación,¹⁸² estas últimas eran las formas artificiales de crearla.

El nacimiento constituía la forma natural de originar la filiación entre dos personas. Para el establecimiento del vínculo parental entre madre e hijo no se requería requisito alguno, ya que regía el principio *mater semper certa est*, es decir, la madre siempre es cierta.

Sin embargo, el establecimiento de la filiación entre padre e hijo dependía de las siguientes tres circunstancias:

- a. Que los progenitores estuvieren casados en matrimonio legítimo.¹⁸³ Esto conforme a la máxima, *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, es decir, padre es quien demuestra las justas nupcias. Méndez Costa,¹⁸⁴ explica y diferencia los descendientes legítimos y a los ilegítimos, es decir, los habidos dentro y fuera del matrimonio, respectivamente. A los ilegítimos se les clasificó en cuatro categorías: *liberi naturali*, que eran los hijos de la concubina; *liberi spurii*, que eran los hijos de la mujer de baja condición o vida deshonesta; los *liberi aduterini*, que eran los hijos nacidos del adulterio; y los *liberi incestuosi*, que eran los hijos resultantes de una unión incestuosa. La autora en comentario, explica que

¹⁸¹ La doctrina romanista suele referirse a los modos de adquirir la patria potestad y no a las maneras en que surgía la filiación. Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, México, Porrúa, 2011, pp. 331-332.

¹⁸² Floris Margadant llama a esta institución del Derecho Romano como *abrogatio*. Floris Margadant, Guillermo S., *Derecho Romano*, 7a. ed., México, Esfinge, 1977, pp. 205-206.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 202.

¹⁸⁴ Esa autora explica las distinciones entre los hijos en razón de las circunstancias en que nacieron, éstas quedaron definidas hasta el Derecho Justiniano. Méndez Costa, María Josefa, *La filiación*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1986, p. 15.

los *liberi naturali* eran los únicos hijos extramatrimoniales que gozaban de ciertos derechos.

- b. Que el hijo hubiere nacido después de los seis meses de iniciarse el matrimonio y hasta diez meses después de su extinción por muerte del padre o por divorcio.
- c. Que el padre hubiera aceptado al hijo o lo hubiere reconocido judicialmente.

En cuanto a la prueba de filiación, el Derecho Romano admite una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, la comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo y en último caso la prueba testimonial.

Ahora bien, Rabinovich¹⁸⁵ sostiene que la filiación se establecía mediante ritos, por lo que era vista de otro modo no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que se podía transmutar la sangre.

Sin embargo, López Faugier¹⁸⁶ sustenta que el principio constitutivo de la filiación fueron las creencias, así la unidad de los miembros de la familia antigua provino de algo más poderoso que el nacimiento, pues se basó en la religión del hogar y de los antepasados. De este modo, el descendiente consanguíneo dejaba de considerarse como tal, si había renunciado al culto o se había emancipado, sin embargo, el adoptado podía incorporarse a la familia como un verdadero descendiente, aún cuando no tenía el nexo de sangre, ya que poseía, la comunidad de culto.

La familia tenía como regla perpetuarse siempre, los muertos necesitaban la continuidad de su descendencia. El único pensamiento e interés del núcleo familiar era que nunca faltará un hombre de su sangre, pues la extinción de una familia producía la ruina en la religión de esa familia.

A pesar de esto, no era suficiente engendrar un hijo, ya que debía ser fruto de un matrimonio religioso y obligatorio. El hijo extramatrimonial no podía desempeñar el papel asignado por la religión a los descendientes, por lo que el

¹⁸⁵ Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique, *op. cit.*, pp. 11-13.

¹⁸⁶ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 86-88.

lazo de sangre no constituía por sí sola la familia. Por todo esto, se tenía un poderoso interés en dejar un hijo tras sí, que fuese apto para continuar el culto.

Por su parte, el nacimiento de una hija no continuaba el culto, pues cuando se casaba, renunciaba a la familia y al culto de su padre, pasando a formar parte de la familia y de la religión de su marido.

Respecto de la adopción, cabe señalar que sólo se permitía a quien no tuviera hijos, buscando prevenir la extinción del culto. En el caso de la *abrogatio*, era la figura en la que se permitía que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*.¹⁸⁷

Así, la filiación que en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre que sólo hacía continuar el culto no estaba determinada tanto por el nacimiento ya que sólo formaba el lazo físico, prevaleciendo únicamente esta institución en los varones, porque las mujeres modificaban su filiación al casarse.

Sin embargo, con posterioridad se dieron transformaciones en las instituciones, costumbres y creencias. Se escribieron las Doce Tablas en las que se volvió innecesaria la aceptación del hijo por el padre para integrarle al núcleo familiar; asimismo, se estableció el término máximo para la gestación lo que constituye el antecedente de las presunciones de la filiación en nuestro Derecho.

e) Digesto

El Digesto consagró el principio *mater semper certa est* y continuó estableciendo la diferencia entre los *liberi naturali*, los *adulter*, los *incestuosi* y los *spuri*. Estos últimos serían los mánceres que son considerados así por muchos código contemporáneos.

Destacando que los *liberti naturali* se consideraban parientes de la madre y del padre, quienes podían legitimarlos; asimismo, tenían derecho a heredar en porción menor a los legítimos. En cuanto a los demás, su posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta el de alimentos.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Véase Floris Margadant, Guillermo S., *op. cit.*, pp. 205-206.

¹⁸⁸ Véase Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, p. 420.

f) Derecho Canónico y Edad Media

La principal aportación del Derecho Canónico fue promover el mejoramiento de la situación de los hijos legítimos.¹⁸⁹

El cristianismo influyó enormemente para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales, tesis que sostiene Méndez Costa¹⁹⁰ al subrayar la filiación divina de todos los hijos de Dios, sin perjuicio de destacar el valor temporal y sobrenatural del matrimonio, entendiéndose que si, por derecho natural, todos los hombres nacen iguales, la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos está preestablecida por normas morales que regulan la conducta humana y no se rige exclusivamente por aquél, sino que caben aspectos que el derecho positivo debe prever con miras al bien común.

Por lo que en particular, la Iglesia Católica admitió a los hijos naturales, la investigación de la paternidad, la legitimación y puso de relieve los deberes morales-paternos, reconociendo el derecho de todos los hijos de ser sustentados cualquiera que fuera su origen.

A pesar de la influencia del cristianismo que suavizó la dureza de las disposiciones romanas la situación de los hijos fuera del matrimonio conservó caracteres de dura inferioridad durante la Edad Media. Cabe destacar que el Derecho Canónico reconoció el derecho de alimentos de todos los hijos cualquiera que fuera su origen y favoreció la legitimación por subsiguiente matrimonio.¹⁹¹

g) Código de Napoleón¹⁹²

En el Código de Napoleón de 1804 se estableció un capítulo especial sobre filiación dentro del cual se distinguieron los distintos tipos de hijos, se establecieron las presunciones, las reglas para combatirlas y se regularon las pruebas de la paternidad.

La filiación podía originarse de dos maneras:

¹⁸⁹ Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁹⁰ Méndez Costa, María Josefa, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹¹ Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, p. 420.

¹⁹² Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, p. 333. Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal*, 2a. ed., México, 2007, Porrúa, p. 270.

- a) Natural. Se da a través del nacimiento. Esta podía establecerse de tres maneras: por medio de la presunción de paternidad, dicho Código presumía hijos legítimos del varón a los nacidos durante el matrimonio o dentro de las 300 días posteriores a su disolución; a través del reconocimiento de hijos o en virtud de la investigación judicial.
- b) Artificial. Se da por medio de la adopción.

En el caso de la filiación materna no requería presunción alguna cuando la mujer daba a luz durante los periodos señalados, ya que bastaba con acreditar el alumbramiento y la identidad del hijo para que el vínculo maternal fuera admitido.

Sin embargo, para que la filiación quedara establecida respecto de los hijos fuera del matrimonio necesariamente debía verificarse un reconocimiento paterno y materno o debía llevarse a cabo una investigación judicial. Por lo que se restablecieron las desigualdades, pero sin llegar al extremo del rigor anterior.¹⁹³

La ley francesa previó tres categorías de hijos ilegítimos: los naturales, que eran los concebidos por dos personas que legalmente hubieren podido contraer matrimonio; los adulterinos, que eran los concebidos por una persona unida en matrimonio con otra distinta de su cónyuge; y los incestuosos, que eran los concebidos por quienes mantenían una relación cercana de parentesco consanguíneo. La situación de los hijos legítimos era más ventajosa que la de los ilegítimos, y de entre éstos, la del hijo natural era considerablemente mejor que la de los adulterinos e incestuosos.

A partir de esta época, se consideró como un trato injusto el que se le daba a seres inocentes por culpas ajenas y por ello la mayoría de las legislaciones posteriores equiparán al hijo natural o fuera del matrimonio con el legítimo, concediéndoles el derecho a heredar y el derecho de alimentos.¹⁹⁴

h) Derecho Español

El Derecho Español tiene como punto principal las Siete Partidas,¹⁹⁵ en las que se sostiene el hecho de que no se obligaba al padre a proporcionar alimentos, pero tampoco se los prohibía, por consideraciones de piedad. Sin embargo, la

¹⁹³ Véase Méndez Costa, María Josefa, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁴ Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, p. 421.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 421.

obligación de proporcionar alimentos recaía en la madre. Asimismo, se niega el derecho de heredar respecto al padre pero, no respecto a la madre.

Ya en la época contemporánea y bajo el espíritu de la Revolución Francesa, se estableció la igualdad entre los hijos legítimos y naturales, dejando al margen a los adulterinos y a los incestuosos.

i) México

Como se analizó, en las culturas maya y azteca la familia se fundó bajo las bases de la unión monogámica preponderantemente patriarcal, lo cual permitió la determinación de la filiación tanto en vía paterna como materna. Sin embargo, como se sabe, la poligamia fue tolerada para los varones en el caso de las clases altas o dirigentes, permitiéndose a estos relacionarse con varias mujeres, quienes ante todo tenían el deber de fidelidad, por ello la filiación aún en este supuesto pudo ser siempre determinada en ambas vías.

Además, cabe resaltar que en ambas culturas a pesar de no existir una diferencia tan tajante entre los descendientes habidos dentro como fuera de matrimonio, estos últimos tenían un lugar muy diferente respecto de los habidos dentro de aquella institución. Dicha diferencia se hizo patente en los casos sucesorios, en los cuales sólo heredaban los descendientes de la esposa, particularmente el primogénito de esa unión.¹⁹⁶

En la Nueva España¹⁹⁷ se condenó todo tipo de unión contraria al matrimonio. Con lo cual marcó por primera vez una clara diferencia entre los descendientes habidos dentro como fuera de dicha institución al crear categorías entre los miembros del núcleo familiar e imponer el abandono y la privación de seguridad material y social a todas aquellas mujeres y descendientes, que conforman las familias poligámicas dentro de estas culturas.

Esta nueva ideología impuesta por los conquistadores trajo como consecuencia la disgregación de la vida familiar maya y azteca, como la Iglesia era la encargada de regular el matrimonio y la vida familiar en la sociedad novohispana, diferenció desde aquella época y hasta la fecha, la filiación

¹⁹⁶ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 88-89.

matrimonial y la extramatrimonial al denominar a los descendientes: legítimos e ilegítimos.

Asimismo, en la filiación matrimonial se adoptaron las presunciones de filiación de origen romano, y que como se indicó, fueron transmitidas con posterioridad a los Códigos que constituyen el antecedente de la legislación civil vigente.

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas del México independiente la vida familiar era regulada exclusivamente por la Iglesia con cierto reconocimiento de las autoridades civiles quienes intervenían en la materia familiar sólo en algunas áreas específicas.

Fue hasta 1859, siendo Presidente de la República Mexicana Benito Juárez, cuando se emitieron dos Leyes de Reforma relativas a la familia: la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil. Con ellas se encomendó a los jueces del estado civil tanto la celebración de los matrimonios¹⁹⁸ con las solemnidades establecidas en las mismas como el control de libros especiales para el registro de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones.

Posteriormente, la legislación civil desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio, a pesar de ello, se legisló atentando gravemente en contra de los descendientes, pues éstos continuaban siendo clasificados en legítimos e ilegítimos; y subdividiendo a estos últimos, con el objeto de conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones de acuerdo a la categoría a la que pertenecían.¹⁹⁹

El legislador de 1884²⁰⁰ siguió la tendencia de diferenciar a los hijos en razón de las circunstancias de su nacimiento. Distinguiendo entre hijos legítimos e ilegítimos, a los últimos los clasificó en naturales y espurios, y a éstos los subdividió en adulterinos e incestuosos.

¹⁹⁸ Se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante sólo un contrato civil. López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op.cit*, p. 334.

Sobre la clasificación de los hijos ilegítimos Mateos Alarcón²⁰¹ explica que se llamaban hijos naturales, los concebidos fuera del matrimonio; los hijos espurios eran los que nacían fueran de matrimonio y cuyos padres no podían casarse al tiempo de la concepción o del nacimiento, asimismo según la división aceptada por nuestra antigua legislación se distinguían en incestuosos, que eran los habidos entre parientes hasta el cuarto grado; los adulterinos, procedentes de hombre o de mujer casados; los sacrílegos, que eran los hijos nacidos de clérigos, frailes o monjas profesos; y mánceres, que eran los hijos de mujeres con vida deshonestas.

Así, en el Código Civil de 1884 la filiación sólo podía originarse de manera natural, es decir, por el hecho biológico del nacimiento. Sin embargo, existían tres maneras para que el vínculo filial quedara establecido: ya sea a través de presunciones de filiación, por el cual se presumían hijos legítimos de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días de contraído el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución; asimismo por medio del reconocimiento o designación de hijos; y por último, en virtud de acciones de investigación de paternidad o maternidad.

Ahora bien, para que la filiación quedara establecida respecto de los hijos ilegítimos era necesario su reconocimiento o designación, o el ejercicio de la acción de investigación de paternidad o maternidad. Es importante hacer la distinción entre el reconocimiento y la designación, ya que el primero era una figura aplicable a los hijos naturales, mientras que la designación procedía sólo respecto de los hijos espurios.

La Ley sobre Relaciones Familiares 1917²⁰² quiso borrar las distinciones y clasificaciones entre en los hijos en virtud de las circunstancias de su nacimiento, ya que en la exposición de motivos se indicó que en materia de paternidad y filiación no era justo que la sociedad estigmatizara a consecuencia de faltas que no les eran imputables a los hijos, considerando que el matrimonio era un contrato

²⁰¹ Citado por Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, op. cit., p. 33.

²⁰² Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, op. cit., pp. 335-336.

y la infracción a los preceptos sólo debe perjudicar a los infractores y no a los descendientes.

La ley señalaba que ya no sólo se podía reconocer a los hijos, sino legitimar a algunos de ellos que antes sólo se podían designar. Sin embargo, se restringían los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor.

No obstante lo anterior, este ideal no se pudo lograr, ya que en su texto no se regulaba la materia de sucesiones y permanecían algunas limitantes con lo que se dejaron vigentes disposiciones sobre sucesión legítima del Código Civil de 1884 donde persistía la distinción entre los distintos tipos de hijos.

Por tanto, la filiación sólo podía originarse por el nacimiento y por la adopción. En lo tocante a la filiación por nacimiento podía establecerse por presunciones, reconocimiento de hijos e investigación de paternidad o maternidad, en términos similares a los previstos por el Código Civil de 1884.

El Código Civil de 1928²⁰³ se propuso ir más allá que la Ley sobre Relaciones Familiares, suprimió cualquier distinción sustantiva entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, es decir, intento dar a los hijos naturales los mismos derechos que a los hijos legítimos.

Siendo uno de los logros más importantes de dicho Código por lo que toca a los hijos, así lo expresó en la exposición de motivos, procurando que unos y otros gozasen de los mismos derechos.

En su texto continuó existiendo la diferencia entre los hijos naturales y los legítimos esto en razón de las reglas para determinar la filiación, ya que al igual que sus antecesores el Código Civil de 1928 desde un inicio dispuso que la filiación puede originarse por el nacimiento y por la adopción. Así, la filiación por nacimiento se establecía de tres maneras: por presunciones de filiación, por reconocimiento de hijos y por acciones de investigación de paternidad o maternidad. Destacando que dicho Código aportó por primera vez lo relativo a la

²⁰³ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, pp. 270-271; y Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *De la persona y la familia en el código civil para el distrito federal*, *op. cit.*, pp. 334-335.

admisión de la aplicación de las presunciones de filiación a los hijos nacidos del concubinato.

Sin embargo, era incongruente con el articulado de ese ordenamiento, pues dicha declaración sólo fue producto de la demagogia del legislador quien a través de la misma pretendió señalar la igualdad de descendientes ante la ley lo cual es falso en virtud de que se contenían clasificaciones de descendiente natural, adulterino e incestuoso e incluso mantuvo el capítulo denominado “De la legitimación” que tenía por objeto regular la manera en que un hijo nacido fuera del matrimonio podía tenerse por nacido dentro de la unión matrimonial.

La reforma más importante en materia de filiación tuvo lugar el 25 de mayo de 2000²⁰⁴ al Código Civil para el Distrito Federal, las modificaciones más relevantes fueron la eliminación de cualquier distinción nominal entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio,²⁰⁵ con la consecuente derogación del capítulo sobre legitimación, así como la mención expresa de la posibilidad de ofrecer pruebas que provean los avances científicos para establecer la filiación.

No obstante, esta norma se refiere a la igualdad de los derechos derivados de la filiación y no propiamente a la igualdad de las filiaciones, es decir, en ningún momento señala la igualdad de los descendientes ante la ley, en los cuales se contiene la clasificación implícita de los descendientes de progenitores desconocidos, los de matrimonio y los expósitos.²⁰⁶

Por otra parte, cabe destacar que la institución jurídica de la filiación, ha sido objeto de atención del legislador desde los primeros Códigos Civiles de nuestro país.²⁰⁷ Sin embargo, autores como Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel indican que el legislador debió aprovechar la reforma de mayo de 2000

²⁰⁴ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, pp. 334-335. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁵ Artículo 338 BIS del Código Civil para el Distrito Federal. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

²⁰⁶ Tal como se puede corroborar con lo establecido en los artículos 58, 63 y 65 del Código Civil para el Distrito Federal.

²⁰⁷ Así, su regulación se encuentra en el Código Civil de Oaxaca de 1827; en el Proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859; en el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866; en el Código Civil de Veracruz-Llave de 1868; en el Código Civil del Estado de México de 1869 y en los Códigos Civiles para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884. No obstante, en ninguno de dichos ordenamientos se le define. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 92.

para implementar un régimen completamente nuevo sobre la filiación, opinión que comparto, ello a efecto de que toda la normatividad responda a la realidad social resultante de los avances científicos y tecnológicos, la cual es objeto de investigación en la presente tesis.

2.5 Definición de filiación

Después de analizar los orígenes de la filiación y de acuerdo con el tema central que nos ocupa, corresponde exponer el abanico de conceptos que propone la doctrina.

Como se explicó, la filiación es una de las instituciones fundamentales del Derecho de Familia cuya estructura se basa en un hecho propio de la naturaleza, la procreación de los hijos. Lorenzo de Ferrando²⁰⁸ afirma que también se basa en la unión sexual entre el hombre y la mujer.

En este sentido, el hecho de la procreación trae consigo una serie de implicaciones jurídicas de gran trascendencia. En primer lugar, de dicho acontecimiento depende el nacimiento de una personalidad jurídica de la titularidad del concebido. Como señala Sánchez Barroso, la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, es la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas que tiene origen en la ley.²⁰⁹

En segundo lugar, a partir de la personalidad jurídica, determinar la posición del hijo respecto de la familia y sus integrantes; en otras palabras, en cuanto a la filiación y parentesco. Por lo que Domínguez Martínez²¹⁰ sostiene que del cúmulo

²⁰⁸ Méndez Costa, María Josefa, Lorenzo de Ferrando, María Rosa, *et. al.*, *Derecho de familia*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1984, t. II, pp. 9-10. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1446/1.pdf> Consultada el 25 de noviembre de 2011.

²⁰⁹ Dicho autor añade, el *nasciturus* tiene derecho a la vida desde la concepción. En este sentido, el concebido tiene personalidad, sujeta a condición resolutoria negativa; si nace no-viable, es decir, si se cumple la condición, se extingue su personalidad con efecto retroactivo y; si nace viable, es decir, si no se cumple la condición, la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento. Un amplio y muy bien documentado estudio relativo a la personalidad jurídica puede verse en: Sánchez Barroso, José Antonio, "Inicio y fin de la personalidad jurídica", en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *Cien años de Derecho Civil en México 1910-2010. Conferencias en Homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, pp. 1-24.

²¹⁰ Dicho autor considera que la relación de filiación toma también los nombre de paternidad y maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 453.

de relaciones jurídicas provocadas por la personalidad, participan en primer lugar las que se generan por el estado civil o familiar, precisamente como la situación jurídica de un sujeto a los miembros de su familia y de dicha situación derivan diversas posiciones, como es el caso del estado parental, del estado matrimonial o concubinal y del estado de hijo. Todas ellas dan lugar a una serie de derechos y obligaciones surgidas en función de la posición del sujeto en el núcleo familiar.

La filiación encuentra su origen en la procreación y produce automáticamente los derechos y obligaciones del hijo ante sus progenitores. Así, el *status filii*, es precisamente la situación jurídica que deriva de la filiación, calificada así a partir del hijo para con sus progenitores y en su caso la paternidad o maternidad, si el punto de partida es del padre o la madre, ambos para con su hijo.

La normatividad y la regulación de todo lo relacionado con la filiación, esta en una evolución constante y en una dinámica permanente. Cabe tener en cuenta los avances de la ciencia en relación con las TRA que han llegado a posiciones imprevistas; necesitadas de una atención legislativa seria, que trastocan muchos principios tradicionales.

La institución jurídica de la filiación puede ser definida desde diversos puntos de vista, se analizará primeramente atendiendo a la raíz latina de la cual procede, es decir, su significado etimológico; desde una perspectiva biológica, y su significado jurídico, para lo cual referiré la doctrina y la ley.

a) Etimológico

El origen etimológico de la palabra filiación, deriva del vocablo latín *filatio-onis*, perteneciente a la raíz *filius*²¹¹ cuyo significado es hijo y *onis*²¹² acción o efecto de.

Por tanto, desde el punto de vista etimológico, se destaca la posición de los descendientes en relación con sus progenitores.²¹³ En términos generales la

²¹¹ Algunos autores consideran correcta la raíz *filium*. Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal*, *op. cit.*, pp. 271-273.

²¹² Algunos autores consideran correcta la raíz *tionis*. *Ibid.*

²¹³ Véase Bosques Hernández, Gerardo J., ¡Qué la realidad biológica coincida con la realidad jurídica!, *Revista Jurídica*. Disponible en: <http://www.derecho.inter.edu/revistajuridica/gerardo.htm>

filiación, es el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

b) Biológico

La filiación es un hecho natural, existe siempre con relación a todos los individuos, cada ser humano es, infaliblemente, hijo de una madre y de un padre.²¹⁴ Esto permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada, es decir, es la procedencia de los hijos respecto de los padres.²¹⁵

Para Prayones,²¹⁶ la filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas. Entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra.

Autores como Rico Álvarez, Garza Bandala y Hernández de Rubín, consideran esta relación biológica en virtud de que el padre y la madre aportaron el material genético para la concepción de su hijo.²¹⁷

En este sentido, el autor Serrano Geyls²¹⁸ considera que la filiación es el vínculo biológico que une a una persona con el hombre que la engendró y con la mujer que la alumbró.

A este respecto, López del Carril considera que este hecho biológico no está regulado por el Derecho, pues el orden jurídico sólo se limita a regular los efectos y las consecuencias producidas por la procreación, aseveración que considera incorrecta López Faugier.²¹⁹ Considero que tanto la concepción como la procreación son hechos naturales regulados por el Derecho.

Consultada el 2 de diciembre de 2011; Sánchez Márquez, Ricardo, Derecho civil, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 419-420.

²¹⁴ Cicu, Antonio, *La filiación*, trad. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, España, Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16. García Mendieta, Carmen, *La filiación: problemas jurídicos actuales*, p. 301. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/26.pdf> Consultada el 2 de diciembre de 2011.

²¹⁵ Véase Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, pp. 1-3.

²¹⁶ Méndez Costa, María Josefa, Lorenzo de Ferrando, María Rosa, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 9-10.

²¹⁷ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal*, *op. cit.*, pp. 271-273.

²¹⁸ Citado por Bosques Hernández, Gerardo J., *op. cit.*

²¹⁹ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 101.

Por tanto, la filiación biológica deriva del hecho natural de la procreación.²²⁰ De esta manera, siempre va a existir, porque necesariamente todos los seres humanos somos el resultado de la unión sexual entre un hombre y una mujer, aún cuando éstos fuesen desconocidos.

Es importante destacar que en ocasiones el legislador no desconoce la realidad biológica, generalmente la toma como base para determinar la relación jurídica de la filiación, pero la verdad biológica no es ni ha sido el único criterio utilizado por el legislador para determinar y atribuir una relación jurídica de este tipo, y mucho menos lo es a partir de la aparición de las TRA.²²¹

c) Jurídico

La definición jurídica de la filiación se abordará a partir de dos fuentes: la doctrina y la ley. La doctrina jurídica refiere que la filiación tiene la característica de ser un hecho natural, no obstante, esta regulado por el ordenamiento jurídico inspirado fundamentalmente en la protección del interés del hijo.

Al respecto, conviene precisar que en la doctrina se encuentran una diversidad de opiniones entorno al concepto de filiación. López Faugier²²² considera que no se puede hablar de una definición uniforme de esta institución, pues la misma ha sido concebida como hecho jurídico, como vínculo jurídico, como un estado civil o de familia, como parentesco,²²³ como un hecho biológico que no es regulado por el Derecho y finalmente, considero agregar otros que la conceptúan con dos connotaciones, ya sea como hecho jurídico y vínculo jurídico o como hecho biológico y como vínculo jurídico.²²⁴

De acuerdo a lo anterior, Mazzinghi²²⁵ califica esta institución como la relación que se establece entre el hijo y las personas que han concurrido con sus

²²⁰ El autor Varsi Rospigliosi considera que el presupuesto biológico fundamental de la relación jurídica paterno-filial es la procreación y que la filiación es, por tanto, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. Varsi Rospigliosi, Enrique, *Filiación extramatrimonial*, 2a. ed., Jurista Editores EIRL, Perú, 2010. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/view_content.cgi?article=1019&context=enrique_varsi Consultada el 2 de diciembre de 2011.

²²¹ Lamm, Eleonora, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, España, Universidad de Barcelona, 2008, p. 15.

²²² Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 95.

²²³ Confundiendo la institución de filiación con el parentesco.

²²⁴ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 95.

²²⁵ *Ibid.*

propios aportes genéticos a engendrar su vida, es decir, como un hecho esencialmente natural o biológico. Opinión compartida por De Pina,²²⁶ al considerar la filiación como una relación de origen que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.

Por tanto, estas definiciones conciben a la filiación como el acontecimiento de la naturaleza o de las personas que crea consecuencias jurídicas, es decir, un hecho jurídico.²²⁷

No se puede negar que la filiación trasluce un lazo sanguíneo, sin embargo, a los ojos del Derecho consiste en algo más que una relación biológica, es esencialmente una relación de índole jurídica entre dos personas, padre o madre e hijo o hija. Así, consiste en una relación de nacimiento elevada a la categoría jurídica, porque para que produzca efectos jurídicos tiene que ser conocida por el Derecho, es decir, debe cumplir con ciertos presupuestos o requisitos.²²⁸

Por tanto, los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél.

Al respecto, referiré a los autores que califican a la filiación como un vínculo jurídico. Así, Carbonnier y Ramos Pazos consideran que es el vínculo jurídico existente que une a un hijo con su padre o con su madre. Por otra parte, en cuanto a la definición de Ramos Pazos,²²⁹ cabe destacar que dicho autor confunde a la filiación con otra relación jurídica como es el parentesco, es decir, con el estado jurídico establecido entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción lo cual es incorrecto, pues el parentesco es el hecho biológico y no su antecedente.²³⁰

Zannoni,²³¹ agrega que es el conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a los padres y los hijos dentro de la familia. En el mismo sentido que los autores

²²⁶ De Pina, Rafael, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 221.

²²⁷ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 96.

²²⁸ Guzmán Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, México, Porrúa, 2005, pp. 1-3.

²²⁹ Para Ramos Pazos, considera la filiación como el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado. Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 98.

²³⁰ Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, p. 22.

²³¹ Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 97.

citados Galindo Garfías,²³² amplia la definición considerando que se trata un presupuesto jurídico necesario, de una *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra.

Conviene precisar que en las definiciones mencionadas, se diferencian los dos extremos de la relación paterno-filial, es decir, se destaca la distinción entre los términos paternidad, maternidad y filiación.

Cuestión que no ocurre en la definición proporcionada por Rojina Villegas²³³ que considera la filiación con dos connotaciones jurídicas, una amplia, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. En sentido estricto, considera la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Dicho autor refiere a progenitor e hijo englobando en el concepto de progenitor al de paternidad y maternidad, los cuales son diferentes desde el punto de vista gramatical, biológico y cultural.

Estas definiciones referidas, califican a la filiación como un vínculo jurídico y pareciera que se deja a un lado el vínculo biológico, aún cuando éste es esencial en la relación entre progenitores y descendientes, pues todos los seres humanos somos el resultado de las aportaciones genéticas de un hombre y una mujer, ya sean conocidos o desconocidos, por lo cual el hecho biológico es esencial en la relación paterno-filial.²³⁴

Planiol y Ripert²³⁵ aportan dos definiciones de filiación, de manera amplia y otra restringida. La primera, comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que este sea; la segunda,

²³² Galindo Garfías, Ignacio, "La filiación y la paternidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 110, 1978, p. 256. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/876/20.pdf> Consultada el 2 de diciembre de 2011.

²³³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, 15a. ed., México, Porrúa, 1978, t. I, p. 429.

²³⁴ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 98-99.

²³⁵ Citado por Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 1-3.

entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. De la que se desprende que no destacan únicamente el vínculo jurídico, sino también el lazo de descendencia que une a los progenitores con el descendiente, diferenciando además los conceptos integrantes de la relación paterno-filial.

Ahora bien, las definiciones de Rojina Villegas y, Planiol y Ripert, destacan dos distintas visiones del concepto de filiación: como hecho jurídico y como vínculo jurídico. Por tanto, este otro sector de doctrina definen a esta institución considerándola tanto como un hecho jurídico como un vínculo jurídico. Así, para Guglielmi,²³⁶ la filiación es el vínculo natural y jurídico que une los hijos a los padres.

Para Cicu,²³⁷ la filiación es el estado de familia, porque es la posición que el individuo ocupa en la familia, se basa en el hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan legalmente sus padres. Puede decirse que para este autor, la filiación es un estado civil, un hecho natural y un vínculo jurídico. En este sentido, Puig Peña²³⁸ expone que la filiación es el estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero.

Destacando que estas definiciones son más concretas, pues además de admitir que el vínculo biológico es indispensable, también destacan el vínculo jurídico.

Conveniente es resaltar las definiciones de Cicu y Puig Peña quienes sostienen la tesis de la filiación como un estado jurídico o estado de familia, es decir, como el atributo de la personalidad que designa la posición de una persona en relación con la familia, constituyéndose a través de esa relación derechos y deberes jurídicos.

De Ibarrola,²³⁹ sostiene que la filiación es un hecho natural y un hecho jurídico. Considerada como hecho natural existe siempre en todos los individuos:

²³⁶ Guglielmi, Enrique A., *Instituciones de derecho civil*, Argentina, Universidad, 1980, p. 569.

²³⁷ Cicu, Antonio, *op. cit.*, pp.18-19.

²³⁸ Citado por Méndez Costa, María Josefa, *op. cit.*, p. 13.

²³⁹ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1978, p. 300.

se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente. Considera que el derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación.

Ahora bien, en estas definiciones se contemplan los términos que integran la relación paterno-filial, de manera especial el autor De Ibarrola diferencia la paternidad de la maternidad, porque los demás autores se refieren de manera genérica a los progenitores, sin distinguir la distinta naturaleza de la paternidad y la maternidad.

En otro orden de ideas, destaco la posición de quienes definen a la filiación como un hecho esencialmente biológico que no es regulado por el Derecho, pues este sólo regula los efectos y las consecuencias derivadas de esta situación.²⁴⁰

Así, López del Carril,²⁴¹ indica que es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. Esto importa, desde el ángulo biológico, considerado un hecho de la naturaleza, cuya posición posterior es regulada por el Derecho. Este autor, la define como un hecho fundamentalmente biológico, destacando en él dos momentos, la concepción y el nacimiento, dando como resultado la relación entre el padre, la madre y el hijo o hija, posición posteriormente regulada por el Derecho, en cuanto a sus efectos y consecuencias.

Desde el punto de vista Méndez Costa,²⁴² la filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores, y lógicamente, a estos con aquél. Por tanto, la autora en comento considera la filiación como un estado de familia derivado del vínculo biológico con respecto al generado, es decir, como la posición del descendiente en relación con

²⁴⁰ Sector de la doctrina también representado por Clemente de Diego, Ocaña Rodríguez, Messineo y D' Antonio.

²⁴¹ Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 101.

²⁴² Méndez Costa, María Josefa, *op. cit.*, p. 13.

la familia y a partir de esa relación, concibe la actualización de derechos y deberes, con los cuales se conforma el vínculo jurídico.

López Faugier,²⁴³ considera incorrectas las definiciones antes mencionadas, sostiene que si bien la institución es un hecho biológico, es claro que se encuentra reglamentado por el Derecho, ya que regula el hecho biológico resultado de la fecundación, cuyo efecto natural es la procreación.

Ahora bien, destaco la posición de quienes definen a la filiación como un hecho biológico y como un vínculo jurídico.

Así, O'Callaghan²⁴⁴ entiende que la filiación es una realidad biológica y jurídica, pues el vínculo de sangre se une a la realidad jurídica.

Por su parte, Baqueiro y Buenrostro²⁴⁵ consideran que la procreación es un hecho que genera el vínculo biológico y el vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre, y el hijo de ambos.

En el mismo sentido, Castan Tobeñas²⁴⁶ califica a la institución materia del presente estudio desde dos perspectivas: como un vínculo de la naturaleza y como una ficción de la ley.

Ahora bien, Chávez Asencio²⁴⁷ concluye que desde el punto de vista jurídico se reconoce la realidad biológica, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Ya que requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas.

En este orden de ideas, Lacruz²⁴⁸ comparte la postura del autor Chávez Asencio, sostiene que no siempre existe aquella coincidencia. Si bien la filiación, como hecho natural, se da siempre y en todas las personas, como un hecho jurídico no siempre existe. A veces el Derecho no conoce, o no puede conocer con la certeza debida, la realidad biológica; otras veces aún conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras de determinados criterios.

²⁴³ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 103.

²⁴⁴ Citado por Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 105.

²⁴⁵ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Baez, Rosalía, *op. cit.*, p. 179.

²⁴⁶ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, España, Reus, 1975, t. IV, p.5.

²⁴⁷ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, *op. cit.*, pp. 1-3.

²⁴⁸ Citado por Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 105.

Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología.²⁴⁹

Destaco la postura de Flores Barroeta²⁵⁰ quien considera que de la voluntad humana, puede derivar una relación artificial, semejante a la natural que liga a los hijos con sus progenitores.

En el ámbito legal, el Código Civil para el Distrito Federal sostiene en su artículo 338 que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia. Por tanto, la filiación es una “relación”.

El contenido de la situación jurídica engloba un complejo de relaciones y efectos de Derecho, deberes, derechos, obligaciones e impedimentos, mientras que la relación jurídica es un vínculo de Derecho singular que une a dos partes y que sólo constituye un derecho con su correlativa obligación.²⁵¹

Cornu, indica que un padre es siempre un padre y una madre es siempre una madre. El derecho distingue tres clases, tres calidades de filiación e incluso cuatro: la filiación legítima, la filiación natural, la filiación adoptiva y, destacando sobre todo, la filiación resultante de la procreación hasta hace poco llamada artificial, hoy: denominada por algunos como procreación asistida.²⁵²

En efecto, la filiación tiene su origen en la fusión de los elementos orgánicos de procreación de un hombre y una mujer, como un fenómeno biológico en cuanto a la concepción del sujeto, una gestación y un nacimiento, con asignación de la progenitura; que existe con independencia de la ley y ésta simplemente la reconoce.

Consecuentemente, puedo concluir que el género es la filiación y de ello cabe hacer referencia, como sus especies: filiación biológica, que se subdivide en

²⁴⁹ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal*, *op. cit.*, pp. 271-273.

²⁵⁰ Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 458-459.

²⁵¹ Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, *op. cit.*, pp. 336-337.

²⁵² Véase Méndez Costa, María Josefa, Lorenzo de Ferrando, María Rosa, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 9-10.

filiación matrimonial y extramatrimonial, y filiación legal, subdividida en filiación adoptiva y proveniente del uso de las TRA.

Puedo concluir que la permanencia de la relación paterno-filial infiere un estado a la filiación que otorga al ser humano una posición en un determinado grupo familiar, dotándolo de la gama de derechos y obligaciones que dimanen por la misma estabilidad de dicha relación jurídica, toda vez que los efectos jurídicos se les otorgan a todos los hijos sin importar el vínculo familiar en que se origine su nacimiento.²⁵³

Por tanto, filiación es aquella relación que existe entre dos personas, descendientes y ascendientes, unidas ya sea por un hecho natural, por un acto jurídico o por un vínculo socioafectivo.

Actualmente, se viene consolidando en la dogmática *ius familista* el ejercicio del derecho a la dignidad y el derecho al conocimiento del origen genético, es decir, que es perfectamente viable investigar el vínculo biológico de una persona. Ya que puede ocurrir que el estado de filiación derive de una comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos, por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación, sea genética o no. Dicha teoría sostiene que una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para desmantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socioafectivo por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación, este se ha generado y como tal debe prevalecer.²⁵⁴

México ha sido un poco reservado en relación a los cambios entorno a la filiación, sin embargo, poco a poco en las distintas Entidades Federativas se han realizando reformas en la materia. No hay duda, que las modificaciones al derecho de filiación en el Distrito Federal son de las más novedosas en nuestro país, pero no suficientes en disposiciones relacionadas con las innovaciones científicas, tanto en materia de filiación, como de la atribución de la paternidad y maternidad

²⁵³ Véase Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, pp. 1-3.

²⁵⁴ Varsi Rospigliosi, Enrique, "Paternidad socioafectiva", *Actualidad Jurídica*, julio 2010, pp. 57-58. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=enrique_varsi Consultada el 2 de diciembre de 2011.

mediante la utilización de las TRA. En tal virtud, este trabajo apunta hacia un análisis de esos ámbitos que actualizan dicha institución y le dan nuevos matices.²⁵⁵

2.6 Naturaleza jurídica de la filiación

Ahora es necesario abordar lo relativo a la naturaleza jurídica de la filiación. López Faugier²⁵⁶ considera que la naturaleza jurídica de la filiación es vista como: un hecho jurídico en estricto sentido y acto jurídico, estado de derecho, estado civil, institución jurídica y como fuente de relaciones jurídicas.

a) Hecho jurídico en estricto sentido y acto jurídico

Así, la filiación matrimonial y la extramatrimonial son hechos jurídicos en estricto sentido,²⁵⁷ porque su origen es la procreación, es decir, un hecho fisiológico producto de la conducta humana, que independientemente de la voluntad de los progenitores, produce efectos jurídicos por disposición de la ley.

Sin embargo, la filiación adoptiva es un acto jurídico,²⁵⁸ en virtud de que se trata de la manifestación de voluntad de una o más personas con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son sancionadas por normas jurídicas, tanto en lo relativo a la manifestación de la voluntad, como en cuanto a los efectos deseados por el autor de dicho acto.

La adopción es una institución jurídica producto de la creación legislativa en la que no existe el hecho natural de la generación, por lo cual debe haber una exteriorización de la voluntad, ya sea unilateral o bilateral, cuyo fin directo es generar con fundamento en la ley, una institución jurídica a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado filiacional, es decir, una situación jurídica general y permanente.

²⁵⁵ Véase Guzmán Ávalos, Aníbal "Los avances científicos en el derecho de filiación del Distrito Federal", *Letras Jurídicas*, volumen 3, enero-junio 2001. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/3/guzman3.pdf> Consultada el 25 de noviembre de 2011.

²⁵⁶ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 104-107.

²⁵⁷ El hecho jurídico en estricto sentido es el acontecimiento independiente de la voluntad humana susceptible de producir efectos en el campo del Derecho. De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 233.

²⁵⁸ El acto jurídico es la manifestación de la voluntad susceptible de producir efectos jurídicos. Para que produzca efecto, además de la capacidad para realizarlo, se precisa que se verifique de acuerdo con los requisitos legales previamente establecidos para su caso. De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 48.

Por otra parte, la filiación proveniente del uso de las TRA, base de este trabajo de investigación,²⁵⁹ surge del acuerdo de voluntades entre quienes se someten a las TRA. Por lo que conforma un acto jurídico, pues es necesaria la manifestación de la voluntad y la intención de producir consecuencias de derecho.²⁶⁰ Por tanto, comparto la teoría que la filiación es un hecho jurídico en estricto sentido y acto jurídico

b) Estado de derecho

La filiación es un estado de derecho, porque es una situación jurídicamente permanente que permite la aplicación reiterada de un estatuto legal específico a ciertas situaciones concretas en virtud de su incesante renovación de manera constante y sucesiva en tanto exista. La filiación como estado representa una especial posición ante el orden jurídico integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados.

c) Estado Civil

La filiación es un estado civil, porque es un atributo de la personalidad de toda persona física, es decir, es una cualidad permanente que determina la posición jurídica de una persona en el grupo familiar a través del mismo, en la comunidad. La filiación, como estado civil, tiene las siguientes características: es una cualidad personalísima que mediata o inmediatamente concreta el régimen de la capacidad o poder de la persona, esto concreta la situación de cada persona en relación con los demás miembros en propia familia.

d) Institución jurídica

Destacando que para Von Ihering,²⁶¹ el Derecho y sus instituciones surgen por el impulso de la vida de la especie humana. Así, las diversas relaciones humanas se traducen en reglas de derecho que tienen rasgos característicos de igual naturaleza y finalidad y que se amalgaman en unidades sistemáticas o instituciones jurídicas, que representan el esqueleto y el corazón del Derecho.

²⁵⁹ Tema que será analizado en el siguiente capítulo.

²⁶⁰ Esto con fundamento en los artículos 162 y 293 del Código Civil para el Distrito Federal, por mencionar algunos.

²⁶¹ Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 106.

Por ello, la filiación es una institución jurídica, pues se regula en una unidad sistemática de reglas de derecho que tienen la misma naturaleza y finalidad, es decir, crean un estado permanente de vida que será fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas, cuyo origen se encuentra en el impulso de la vida humana.

e) Fuente de relaciones jurídicas

La filiación es fuente de importantes relaciones jurídicas, como la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad.

2.7 Clases de filiación

En otro orden de ideas y una vez que ya me he referido a la naturaleza jurídica de la filiación, será necesario abordar lo relativo a las clases de filiación. En este sentido y al igual que el concepto, no hay uniformidad por lo que explicaré algunas de las posturas.

Al respecto, conviene señalar que hay clases de filiación por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación pero, no hay clases de hijos porque todos los hijos son iguales.

Autores como De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez²⁶² clasifican la filiación de tres maneras en filiación matrimonial, filiación legitimada y filiación extramatrimonial. En este sentido, Baqueiro y Buenrostro,²⁶³ y Domínguez Martínez²⁶⁴ siguen este criterio indicando que la filiación se clasifica en: legítima, legitimada y natural.

En este sentido, es importante destacar que en el artículo 108 del Código Civil Español se establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Cabe destacar que antiguamente en el Derecho español se clasificaba la filiación ilegítima en natural y espúrea, subdividiéndose la última en las especies de hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos y manceres o espúreos en sentido estricto.²⁶⁵

²⁶² De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 243.

²⁶³ Véase Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Baez, Rosalía, *op. cit.*, p. 179. López Fugier, propone la filiación en el supuesto de clonación humana. López Fugier, Irene, *op. cit.*, p. 108.

²⁶⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 463.

²⁶⁵ Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, p. 421.

Sin embargo, en el presente trabajo de investigación explicaré las clases de filiación, siguiendo la teoría de los autores Montero Duhalt, Rojina Villegas, Galindo Garfias, De Pina, Chávez Asencio, De Ibarrola, Sánchez Márquez y López Faugier que clasifican a la filiación en: biológica y legal. La primera, subdividida en matrimonial o extramatrimonial y; la segunda la subdividen en adoptiva y la filiación proveniente del uso de las TRA.²⁶⁶

2.7.1 Filiación biológica

Como se explicó, desde el punto de vista biológico la filiación encuentra su origen en un hecho de la naturaleza resultado de la fecundación cuyo efecto natural es la procreación, es decir, proviene de la unión sexual entre un hombre y una mujer.²⁶⁷

Ahora bien, para desarrollar este tema voy a considerar la postura de Chávez Asencio²⁶⁸ que clasifica esta filiación en la que se origina dentro del matrimonio denominándose filiación matrimonial o fuera del vínculo conyugal o durante el concubinato, designándose a ésta con el nombre de filiación extramatrimonial.²⁶⁹

a) Filiación matrimonial

Es el vínculo jurídico que se crea entre los progenitores y el hijo nacido dentro del matrimonio. Requiere la existencia de los siguientes elementos: un matrimonio válido o putativo²⁷⁰ para los progenitores, que el nacimiento del descendiente fuere durante el matrimonio, haber sido concebido por su padre, es

²⁶⁶ Sin embargo, López Faugier, propone la filiación en el supuesto de clonación humana. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 107.

²⁶⁷ Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *op. cit.*, p. 337.

²⁶⁸ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁶⁹ Esta clasificación, indica el autor en comentario, se realiza con efectos didácticos, por lo que la división no se hace para diferenciarlos.

²⁷⁰ Para Messineo un matrimonio es putativo cuando ha sido celebrado de buena fe por ambos contrayentes o por alguno de ellos, supone que en el momento de la celebración del mismo, los cónyuges ignoraban la existencia de algún impedimento dirimente o de otro impedimento a él equiparado en los efectos, el cual da lugar a su invalidez. Citado por López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 115.

decir, el marido de su madre, haber sido concebido por su madre y finalmente, que el descendiente haya nacido de aquél padre y de aquella madre.²⁷¹

b) Filiación extramatrimonial

Es el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y el hijo nacido fuera del lazo matrimonial.²⁷²

Este tipo de filiación se consideró en dos formas:²⁷³

- I. Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias, si los progenitores del descendiente pudieron legalmente celebrar matrimonios por no existir ningún impedimento.
- II. Una relación ilícita, si los progenitores estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco, la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, u otra causa igualmente grave.

En virtud de estas consideraciones los descendientes han sido objeto de una serie de discriminaciones y clasificaciones injustas, que califican a los descendientes según su origen.

2.7.2 Filiación legal

Desde el punto de vista jurídico es la relación existente entre quienes son considerados por el Derecho como hijo y padre o como hijo y madre. Por tanto, la designación filiación legal deriva de que el dato determinante de dicha relación, se actualiza en función de la imputación de la ley y sólo existe en los casos previstos por la misma. Se subdivide en adoptiva y proveniente del uso de las TRA.²⁷⁴

a) Filiación adoptiva

La filiación adoptiva se genera por un acto jurídico y no tiene relación alguna con la biología. Ya que consiste en la constitución de un vínculo paterno-filial o materno-filial entre dos personas a instancia de una de ellas. Se trata de

²⁷¹ *Ibídem*, pp. 108-123.

²⁷² De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 253.

²⁷³ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 124.

²⁷⁴ Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *op. cit.*, p. 338.

una filiación de equivalencia jurídica con la filiación biológica, pues la situación de los descendientes adoptivos se asimila a la de los descendientes biológicos.²⁷⁵

Esta característica de equivalencia jurídica de la adopción con la filiación biológica también es destacada por autores tales como Barbero, De Ruggiero, Puig Peña y Belluscio, quienes señalan que este tipo de filiación es una ficción jurídica por medio de la cual se supone que una persona es descendiente de otra, por un acto de voluntad orientado a equiparar los efectos de la filiación biológica, la cual está basada en la generación y necesariamente en la consanguinidad.²⁷⁶

b) Filiación proveniente del uso de las TRA

La filiación proveniente del uso de las TRA también conocida como filiación artificial por Rico Álvarez, Garza Bandala, Cohen Chicurel y Sánchez Márquez.²⁷⁷

La filiación proveniente del uso de las TRA, por regla general, tienen su origen en el acuerdo de voluntades entre quienes se someten a este tipo de técnicas para tener descendencia. En la actualidad, las modernas conquistas genéticas y de la biología ponen al alcance de los matrimonios infecundos estos recursos, incluso de personas solas sin necesidad de estar casados.

Las TRA, como se analizó, pueden llevarse a cabo de dos maneras: homóloga y heteróloga. El primer supuesto no representa mayor problema, pues los aportes genéticos provienen de los cónyuges. No así en el segundo supuesto, en el que se comprenden todas aquellas situaciones en las cuales el descendiente, si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes jurídicamente son su padre o madre, es el resultado de una fecundación en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos.

Actualmente la maternidad puede ponerse en duda ante la denominada maternidad gestante, antiguamente se les atribuía a todas las mujeres la maternidad de los hijos que daban a luz, siguiendo el principio *mater semper certa est*, es decir, la madre es siempre cierta. Respecto a los varones, la filiación

²⁷⁵ Véase Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., p. 5.

²⁷⁶ Citados por López Faugier, Irene, op. cit., p. 157.

²⁷⁷ Véase Rico Álvarez, Fausto, et. al., op. cit., p. 339. Sánchez Márquez, Ricardo, op. cit., p. 457.

siempre fue dudosa e incomparable, por lo que debían emplearse presunciones y otros medios indirectos para establecerla.

No obstante, se ha abolido el aforismo romano, al hacer posible que una persona emane del útero de una mujer que no aportó las células germinales necesarias para la procreación, problemática que será analizada en el siguiente capítulo.²⁷⁸

2.8 La filiación conforme al Código Civil para el Distrito Federal

El Código Civil para el Distrito Federal dedica el título séptimo del libro Primero para tratar lo relativo a la filiación.

a) Hijos de los cónyuges²⁷⁹

El Derecho Civil regula las relaciones ordenadas entre padres e hijos pero, tiene que tomar en cuenta también a las relaciones no ordenadas. Por lo que dicho título contiene primeramente cuando se presumen hijos de los cónyuges. Por tanto, establece la presunción de que serán hijos de matrimonio los nacidos dentro del mismo y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.²⁸⁰

La fundamentación de la hipótesis se encuentra en el hecho biológico de que nazca dentro de matrimonio y que el hijo nacerá tardíamente, sólo dentro de los trescientos días de que los cónyuges han quedado separados. Ahora bien, el legislador cometió un error al no señalar el período mínimo de la gestación, ni conceder importancia a la concepción del descendiente durante el matrimonio; y contrariamente establecer el periodo máximo de la gestación y considerar decisiva la concepción durante el matrimonio.

²⁷⁸ Véase Chávez Ascencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., p. 5. López Faugier, Irene, op. cit., pp. 170-171.

²⁷⁹ Véase Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal comentado, pp. 332-333. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1380/12.pdf> Consultada el 5 de diciembre de 2011. López Faugier, Irene, op. cit., pp. 215-216.

²⁸⁰ Ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. Véase artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esto significa que el mismo fue concebido mientras los excónyuges estaban casados con lo cual es decisiva su concepción durante el matrimonio de los mismos.

Además, para su actualización, la excónyuge no debe haber contraído un nuevo matrimonio, pues sí la madre contrae nupcias nuevamente dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de dicho matrimonio, el padre de su hijo será quien sea su marido en ese momento, porque el nacimiento del mismo tendrá verificativo durante su nueva unión conyugal.

La separación puede ser resultado de un hecho jurídico pero, este artículo hace referencia además a la muerte, que se computará desde que la defunción ocurra y en los casos de divorcio o nulidad, será desde que se da una separación de hecho, acompañada de una orden judicial.

Ahora bien, se trata de presunciones de tipo *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario, aunque dicha prueba sólo puede resultar de los casos y en las condiciones determinadas por la ley.

b) Oposición a la presunción y pruebas aceptables

El artículo 325 consagra una excepción a la presunción establecida en el artículo anterior, pues aun cuando es hijo del marido el concebido después de celebrado el matrimonio, éste podría excepcionarse probando que dentro de esa época le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer.

El término de trescientos días indica el período máximo de gestación, por lo cual la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su cónyuge, debe comprender todo el período legal de la concepción, es decir, los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al parto, la fijación de ese plazo responde a que si se restan esos ciento veinte días²⁸¹ a los trescientos días,²⁸² el resultado es de ciento ochenta días.²⁸³

Ahora bien, la carga de la prueba para acreditar la causa de la imposibilidad física para cohabitar, durante esos ciento veinte días en que debió haber tenido lugar la concepción del descendiente, recae en el marido y puede ser por varios

²⁸¹ Período legal de la concepción.

²⁸² Período máximo de la gestación.

²⁸³ Tiempo mínimo para que un individuo nazca vivo y viable.

motivos: alejamiento del domicilio conyugal; trabajar en otra ciudad o país; por haber sido deportado; encontrarse en prisión; haber estado de viaje; o bien, en el caso de impotencia. En todos estos supuestos, será necesario comprobar la imposibilidad de todo encuentro con su cónyuge durante ese plazo legal.²⁸⁴

Es importante mencionar, en cuanto a la impotencia, debe ser anterior al matrimonio, porque ésta con fundamento en el artículo 156 fracción VIII del Código Civil para el Distrito Federal, constituye un impedimento para la celebración de la unión conyugal, y aunque es dispensable, debió haber sido conocida y aceptada por la cónyuge, de lo contrario, el matrimonio sería nulo. Siendo así, la única posibilidad de alegar esta causa, es en el caso de que haya sobrevenido después del matrimonio.

Aún cuando la única causa para alegar la impotencia, como imposibilidad física para cohabitar durante los ciento veinte días, en los cuales debió haber tenido lugar la concepción del descendiente, sea la de haber sobrevenido después del matrimonio, no debe olvidarse que un matrimonio contraído mediando el impedimento de la impotencia es válido, hasta el pronunciamiento judicial de su nulidad, pues con fundamento en el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, la nulidad absoluta por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales únicamente serán destruidos retroactivamente, cuando se pronuncie por el juez dicha nulidad.

c) Derechos derivados de la filiación²⁸⁵

La legislación civil no establece distinción sustantiva o nominal alguna entre los hijos, independientemente de las circunstancias en que hayan nacido. No

²⁸⁴ García Gollena dice que la imposibilidad física debe ser evidente e incontestable. Lo primero porque con ello abarcaría los casos de ausencia del marido en la época de la concepción y lo siguiente porque la prueba tendría que ser firme en los casos de ausencia o impotencia. Para constituir la excepción de ausencia no es necesario, dice el mismo autor, que medie el espacio inmenso de los mares, con mayor razón en la época actual, dado que los medios de comunicación nos permiten hablar de distancia inmensa, todas las distancias se han acortado; el marido podría excepcionarse sólo probando que en la época de concepción ha sido físicamente imposible toda reunión aun momentánea entre los esposos. Otro caso de excepción a la paternidad sería la impotencia para generar y desde luego admitirá toda clase de pruebas médicas y biológicas. Citado en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal comentado, p. 333.

²⁸⁵ El artículo 338 Bis establece que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen. Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al., op. cit.*, pp. 372-373.

obstante, lo previsto en la norma citada, actualmente subsiste una diferencia importante entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio y concubinato, la presunción de filiación, lo que puede complicar la exigibilidad de sus derechos.

d) Transacción de derechos pecuniarios²⁸⁶

Respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de la filiación, el artículo 339 del ordenamiento en comento, sólo autoriza el pacto en contrario en lo concerniente a los derechos pecuniarios, es decir, interpretando aisladamente, dicho artículo permitiría la transacción o compromiso en árbitros sobre la obligación alimentaria, ya que es un derecho pecuniario que surge con la filiación, sin embargo, el Código Civil aclara que la transacción sobre alimentos sólo es posible tratándose de cantidades que ya sean adecuadas por dicho concepto.²⁸⁷

2.9 La filiación conforme al Código Civil Español

El Código Civil Español dedica el título V a la filiación y paternidad. Ahora bien, analizaré lo relativo a cada uno de ellos. Dicha legislación se encuentra dividida por tres capítulos, que abarcan desde el artículo 108 hasta el 141.²⁸⁸

El primero de ellos, titulado “De la filiación y sus efectos”, comprende desde el artículo 108 hasta el 111. Iniciando con la clasificación de la filiación a la cual ya hemos hecho referencia. Los artículos 109 y 110 tocan lo tratante a algunos efectos jurídicos de la filiación, como son: determinación de los apellidos²⁸⁹ y derecho de alimentos, cuando los padres que no ostenten la patria potestad.

En este sentido, el artículo subsecuente resalta la figura jurídica de la patria potestad, por la que quedará excluido el progenitor y no ostentará derechos por

²⁸⁶ El artículo 339 indica que puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que este Código señale lo contrario. Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al., op. cit.*, pp. 373-374.

²⁸⁷ Cabe mencionar los siguientes artículos: artículo 2950.- Será nula la transacción que verse: V. Sobre el derecho de recibir alimentos y; artículo 2951.- Podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos. Un amplio y muy bien documentado estudio relativo a alimentos puede verse en: Rico Álvarez, Fausto, *et. al., op. cit.*, pp. 37-68.

²⁸⁸ El capítulo tres, titulado “De las acciones de filiación”, comprende tres secciones: la primera, titulada “Disposiciones generales”, la segunda “De la reclamación” y por último “De la impugnación”, sin embargo, dado que requiere un estudio preciso no será analizado en este trabajo.

²⁸⁹ Ahora bien el hijo, al alcanzar la mayor edad, puede solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

ministerio de la ley respecto de sus descendientes, o herencias, cuando haya sido condenado, según sentencia penal firme y cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. Por lo que en ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor. Sin embargo, quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y proporcionarles alimentos.

El capítulo II se titula “De la determinación y prueba de la filiación”, dividida en tres secciones, comprende desde el artículo 112 hasta el 126. La primera sección nombrada “Disposiciones Generales”.

En artículo 112 indica que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Sin embargo, su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que dicha retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario.

Ahora bien, la manera de acreditar la filiación establecida en el artículo 113 del Código Civil Español es mediante: la inscripción en el Registro Civil, el documento o sentencia que la determina legalmente, la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los anteriores, por la posesión de estado,²⁹⁰ como lo establece el artículo 114.

En otro orden de ideas, la sección segunda nombrada “De la determinación de la filiación matrimonial”, en su artículo 115, establece cuando la filiación matrimonial materna y paterna quedan determinadas legalmente, ya sea por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme.

Un punto importante es lo relativo a la presunción de hijos de matrimonio, el cual establece a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, que se presumirán hijos del marido aquellos nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, presunción que es compatible con nuestra legislación.

²⁹⁰ En el Derecho Español se considera posesión de estado cuando una persona ejerce, en los hechos, los derechos y deberes que corresponden al estado, sin título.

Podrá el marido destruir la presunción, siguiendo lo establecido por el artículo 117, mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, esto es nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.²⁹¹

Sin embargo, aun faltando la presunción de paternidad del marido, establece el artículo 118, por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

Es importante destacar que en el Código Civil Español, la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente.

La sección tercera llamada “De la determinación de la filiación no matrimonial”, distingue entre hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio. Considera en su artículo 120 que la filiación no matrimonial, quedará determinada legalmente: por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, por sentencia firme, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

Un caso especial, es el relativo al reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, quienes necesitarán para su validez la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, indicado por el artículo 121.

No obstante, establece el artículo 122 cuando un progenitor hiciere el reconocimiento de un descendiente separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.

²⁹¹ Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

Los artículos subsecuentes regulan el reconocimiento de un hijo mayor de edad, o en su caso, del menor o incapaz. El primero, no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. El segundo, requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, así establecido por el artículo 123 y 124.²⁹²

Otro caso especial es el reconocimiento del hijo ya fallecido, que sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales, como lo expresa el artículo 126.

2.10 Definición de paternidad

En el tema anterior se examinó la filiación, es decir, la relación de los cuales uno es el descendiente y otro es el progenitor. Una de las personas que forman parte de dicha relación, es el padre.²⁹³

Por lo que se estudiará, la paternidad, es decir, la relación que une al padre con el hijo.²⁹⁴ El concepto de paternidad puede ser tratado mediante una perspectiva etimológica, biológica y jurídica.

a) Etimológico

Atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico la palabra padre procede del latín *pater* o *patris*, que deriva del griego *patér* o *patrós*, cuyo significado es padre. La idea de paternidad, en principio, no se asociaba a esta palabra, pues la antigua lengua tenía otra tan antigua como *pater*, para designar al padre, dicha palabra era *ganitar* o *genitor*, es decir, engendrador.²⁹⁵

²⁹² Es importante, resaltar el artículo 125, ya que cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido.

²⁹³ Zarraluqui, Luis, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, España, Tecnos, 1988, p. 80.

²⁹⁴ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, op. cit., pp. 1-3.

²⁹⁵ El vocablo es el mismo en griego, latín y sánscrito, por ello se infiere su procedencia en el tiempo en que los antepasados de los helenos, italianos e indos, aun vivían juntos en Asia Central.

La palabra *pater*, desde el punto de vista religioso como jurídico, sostiene López Faugier²⁹⁶ tenía un sentido diverso al conocido con posterioridad. Desde el punto de vista religioso, se aplicaba a todos los dioses denominando de esta forma a Júpiter, Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano y Plutón, a quienes los antiguos no consideraban sus progenitores, ya que siempre se pensó que el género humano existía antes de ellos. Desde el punto de vista jurídico, el vocablo *pater* se aplicaba en varias situaciones, en algunos casos se utilizó para denominar aquellos que no dependían de otro y ejercían autoridad sobre una familia; también se le denominó a quienes ni siquiera estaban en edad de contraer matrimonio.

Esencialmente se utilizaba con la idea de poder, autoridad o dignidad majestuosa, posteriormente las culturas antiguas denominaron al padre con dicho vocablo, convirtiéndose poco a poco el mismo en su nombre más corriente, en virtud de la indudable potestad por él ejercida en la familia, así como por el sentimiento de veneración que se le tenía como pontífice y soberano de este núcleo.

b) Biológico

Desde su perspectiva biológica, es la transmisión directamente de la herencia biológica. Se basa en que el hijo hereda la mitad del material genético del padre. Actualmente, la paternidad se puede diagnosticar mediante el estudio de los grupos sanguíneos, antígenos HLA y con técnicas específicas de biología molecular.²⁹⁷

Ahora bien, la paternidad es el vínculo que se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de una maternidad cierta. Por tanto, la paternidad se deriva después de esta relación entre madre y descendiente.²⁹⁸

No obstante, actualmente sostiene Guzmán Ávalos²⁹⁹ existe una colisión entre paternidad biológica y paternidad formal, cuyo estudio es reflejo de la

Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 196-198. Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, *op. cit.*, pp. 1-3.

²⁹⁶ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 196-198.

²⁹⁷ M. de Pancorbo, Marian, et. al., "El diagnóstico de la paternidad biológica: avances introducidos aplicando la tecnología del ADN", *Cuaderno de sección. Ciencias Médicas*, número 3, 1994, pp. 109-124. Disponible en: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/osasunaz/03/03109124.pdf> Consultada el 10 de diciembre de 2011.

²⁹⁸ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 196-198.

presente tesis, al llevarlo al ámbito de las TRA, en especial de la maternidad gestante.³⁰⁰

El autor en comento, sustenta que las legislaciones sólo se preocupan por reglamentar indirectamente la paternidad, empero con el avance de la ciencia, se puede conocer la paternidad biológica. Así, se ha dado lugar que en algunas legislaciones se faciliten mecanismos jurídicos para llegar al conocimiento de esa paternidad, permitiendo la investigación de la paternidad y maternidad, tanto para establecerlas como para impugnarlas.

En otras legislaciones todavía no se incorporan los avances científicos, por lo que estiman otros valores o elementos que dificultan determinarla por otro medio cuando se tiene dudas de que la paternidad jurídica coincida con la real.

El descendiente que nace dentro de matrimonio está cubierto por la presunción de paternidad y esta es una figura que sostiene la paternidad formal y si se pretende buscar la verdad biológica se cree que pueda trastocar algunos intereses. En este sentido, Rivero Hernández³⁰¹ no está de acuerdo en que la doctrina haya esgrimido para sostener la paternidad formal, porque sustenta que todo lo jurídico es relativo, ya que si bien el hijo prefiere ser legítimo que ilegítimo, no siempre es así.

Lo cierto es que se trata de uno de los aspectos más importantes, ya que como todas las instituciones de Derecho Familiar toca fibras que pueden colisionar con intereses diversos.

c) Jurídico

Se estudiará tanto en la ley como en la doctrina. Esta última considera que la paternidad es el estado civil del padre respecto del descendiente engendrado por él o incorporado a su familia por un acto de voluntad.³⁰²

Sánchez Márquez,³⁰³ sustenta que es la relación entre el padre y el hijo. Ya que el padre engendra al hijo. De Pina³⁰⁴ agrega que es la relación jurídica existente entre ambos.

²⁹⁹ Véase Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, pp. 8-10.

³⁰⁰ Análisis que desarrollaré en el capítulo III.

³⁰¹ Citado por Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, p. 9.

³⁰² López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 196-198.

Sin embargo, Baqueiro y Buenrostro³⁰⁵ consideran que ese vínculo recibe el nombre de paternidad, cuando es visto desde el lado de los padres a los cuales la ley atribuye derechos o deberes, por lo que la paternidad y la filiación se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo.

Algo que se ha puesto en entredicho, ya que los avances de la ciencia y tecnología en los últimos tiempos, han destruido los supuestos sobre los que se sustentaba el mismo.³⁰⁶

En nuestra legislación, el único ordenamiento jurídico que define la paternidad es el Código Familiar para el Estado de Hidalgo en el artículo 184, estableciendo que la relación entre padre e hijo se llama paternidad.³⁰⁷

Este concepto de paternidad aportado es muy amplio, ya que se refiere a la relación entre padre y descendiente, sin distinguir la forma como se constituye esa relación, caso contrario sucede con la definición doctrinal, que es más específica al definirla como el estado civil del padre respecto del descendiente, es decir, al engendrado por él, así como el estado civil del padre respecto del descendiente adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad. Por tanto, considero que la paternidad es aquél vínculo natural, jurídico o ambos que une a los progenitores con sus descendientes.

2.11 Paternidad, maternidad y filiación

Ahora bien, la paternidad indica la relación de padre a hijo. Es importante señalar que la filiación y la paternidad son términos que expresan calidades correlativas; esto es, la filiación es la calidad de hijo y paternidad la calidad de padre.

Por tanto, no siendo sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados.

³⁰³ Sánchez Márquez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 419-420.

³⁰⁴ De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 300.

³⁰⁵ Véase Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Baez, Rosalía, *op. cit.*, p. 179.

³⁰⁶ Véase Rico Álvarez, Fausto, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 271-273.

³⁰⁷ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 196-198.

Sin embargo, Puig Peña³⁰⁸ se plantea el problema de determinar si estos dos términos en realidad son correlativos o, por el contrario tiene cada uno sustantividad de concepto y contenido. Desde luego, algunos autores como, Cicu,³⁰⁹ sólo fija su atención en el término filiación abandonando por completo el otro, al que parece no conceder trascendencia. Contrariamente, Domínguez Martínez³¹⁰ considera que se estudian estas cuestiones como si alrededor de la condición de hijos debiera constituirse toda la teoría del estado civil, no siendo, la paternidad más que una mera consecuencia de la adquisición legal de ese estado.

El autor en comento explica otra teoría llamada clásica, que por el contrario, se fija en el otro término la paternidad, seguido por los antiguos autores. Destacando que del mismo se han realizado algunas expresiones como la “investigación de la paternidad”, “prueba de la paternidad”, etc., que hasta se consignan en las leyes.

Asimismo, es factible ver también puestos los dos términos en una relación sumada. Así, en el Código Civil Federal, título V de su libro I con el epígrafe de la “Paternidad y Filiación”, da a entender que son dos cosas distintas que deben unirse y estudiarse juntas para una clara sistemática.

Dicho autor concluye que ello no es más que cuestión de palabras, ya que se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, porque la una supone y lleva consigo la otra, es decir, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre. Por lo que son dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres dan las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos y por ello se llama filiación.

En otro orden de ideas, el concepto de filiación indica Montero Duhalt,³¹¹ es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre – hija o hijo.

³⁰⁸ Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 455.

³⁰⁹ Cicu, Antonio, *op. cit.*, pp.18-19.

³¹⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 455.

³¹¹ *Ibidem*, p. 456.

Empero, este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiera en un determinado momento esta relación.

Así, se llama maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo; paternidad, la relación del padre con su hijo, y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo con respecto a su madre o a su padre.³¹²

Ahora bien, maternidad o paternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación. No son sinónimos paternidad, maternidad o filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones. Lo que hace que se estudien separadamente es la diferencia que existe en cuanto a la forma de probar cada uno de esos hechos.³¹³

Sin embargo, autores como Chávez Asencio considera que desde un ángulo paternidad, contempla al padre y a la madre. Ya que existe un principio en el sentido que la paternidad y maternidad en el matrimonio son indivisibles. Es decir, no es posible ser hijo de una mujer sin serlo del marido.³¹⁴

Al respecto, Domínguez Martínez³¹⁵ considera que la filiación y paternidad, y maternidad en su caso, son términos que se usan para aludir a un solo concepto como relación jurídica entre padre o madre e hijo, o bien, que se les da un significado independiente, con atribución al hijo si se trata del primero, al padre si es el segundo y a la madre el tercero.

Diferencia que hace notar Magallón Ibarra,³¹⁶ quien considera que los vínculos de parentesco que existen entre el padre o la madre y el hijo se denominan paternidad o maternidad considerando a la persona, padre o madre y filiación cuando se le mira en cuanto a la persona del hijo. Por tanto, las relaciones de paternidad o de maternidad y de filiación, pueden ser resultado de la naturaleza

³¹² Otros autores consideran por su parte, que la filiación, propiamente dicha, tiene al hijo como sujeto a quien se le atribuye, y así éste es el punto de partida con proyección hacia los padres, y que cuando son ellos los sujetos cuya situación es planteada, se trata entonces de paternidad o de maternidad, según sea el caso. Así se lee en Montero Duhalt, Cornu y Magallón Ibarra.

³¹³ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, pp. 1-3.

³¹⁴ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, *op. cit.*, pp. 1-3.

³¹⁵ Véase Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 454.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 456.

o de una ficción legal, ya que son aquellos vínculos que van ligando a una persona con su estirpe.

Finalmente, considero con independencia del ángulo desde el cual sean observadas la paternidad, maternidad y filiación, resulta más apropiado destinar cada término para el sujeto situado como punto personal de atribución de los efectos. Así, paternidad comprende el estado del padre frente al hijo; maternidad en lo referente a la situación de la madre y filiación al *status* del hijo frente a cualquiera de sus progenitores.³¹⁷

2.12 Evolución del concepto de la paternidad³¹⁸

Como se analizó, desde la antigüedad se concedió una protección preferente a la fecundación producida dentro del matrimonio, que basaba la paternidad en el principio *pater est quem justae nuptiae demonstrant*. Esta se imponía inexorablemente al marido de la madre, si no demostraba él la imposibilidad de cohabitar con ella.

De tal forma esto era así, el hijo se seguía teniendo por legítimo, aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad o hubiera sido condenada por adulterio. En esos años se prohibía la investigación de la paternidad, ya que la verdad legal prevalecía sobre la verdad biológica. La ley establecía claras diferencias entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos procreados fuera de éste. Los hijos extramatrimoniales recibían un tratamiento distinto, por tanto, discriminatorio.

Posteriormente, se establecieron como principios rectores de la política social la protección de los niños y de las madres, la igualdad de los hijos ante la ley con dependencia de su filiación y la investigación de la paternidad y la maternidad. Se consagró el principio de la igualdad, en cuya virtud nadie puede ser discriminado en razón de su nacimiento.

Con las transformaciones en ámbitos sociales, religiosos, económicos, políticos y jurídicos se desarrollaron nuevos valores a nivel constitucional en

³¹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 456-457.

³¹⁸ Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 106-112.

diversos países, impactando en tópicos correspondientes a la filiación y a la paternidad.

Se estableció la igualdad de los hijos matrimoniales con los no matrimoniales y se admitió ampliamente la investigación de la paternidad y maternidad en los juicios sobre filiación, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

Por tanto, el establecimiento de la filiación se inspiraba en el principio de la verdad biológica. Simultáneamente, esto se vincula con la necesidad de que se comparta el campo con otros criterios de verdad social, como medio de acreditar subsidiariamente la filiación o como factor condicionante de una legitimación más o menos amplia en las acciones de filiación.

Hasta ese momento, la maternidad se determinaba por el parto, ya que se consideraba madre la mujer que dio a luz. En cambio, la paternidad correspondía al hombre que aportó su semen. Por tanto, la paternidad natural se basa en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica.

Se considera que la concepción de la filiación, si bien se basa en el principio de la veracidad, actualmente el establecimiento de la paternidad conlleva otros principios como son: de voluntad y responsabilidad que desplazan al biológico. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, está en todos los casos en que se impone judicialmente la paternidad, no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento.

Por otra parte, el elemento voluntarista justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al hombre que no quiere impugnar, es decir, aquél hombre que es consciente de que no es progenitor.

Rivero Hernández,³¹⁹ considera que estos elementos de voluntad y responsabilidad unidos al de seguridad jurídica, son el contrapeso fundamental y la desviación comprensible del principio de la veracidad y del presupuesto biológico, que subyacen conceptual y naturalmente en la idea de paternidad y filiación.

³¹⁹ Citado por Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 111.

La innovación que presentan las TRA choca con la concepción que tenía la legislación acerca del acto reproductor. Se regulaba sólo la concepción por fecundación natural, pero no por otros medios. Por lo que el acto procreador deja de ser un acto íntimo, exclusivo, personal e intransferible de la pareja, para pasar a ser un acto pluripersonal en que intervienen terceros y que también puede ser un acto individual.

Con las nuevas técnicas, en especial la maternidad gestante, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una “causalidad biológica”, sino a establecer la filiación del nacido respecto a personas determinadas con independencia de su causalidad. Estas técnicas producen una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y jurídica. Son conceptualizaciones que entran en conflicto al enfrentar la necesidad de determinar o atribuir una paternidad o maternidad.

En este sentido, cuando la mujer está casada, se presume que el marido es el padre del hijo que ha alumbrado, estas presunciones admiten prueba en contrario, como se explicó, son *iuris tantum*. La maternidad gestante cuestiona esos presupuestos de presunción de paternidad del marido. Por tanto, ¿a quién debe establecerse la relación paterno-filial, al padre legal, es decir, quien solicitó los servicios de una madre gestante; al marido de la mujer que dio a luz o en su caso, al donante del semen ajeno a la pareja solicitante? Entorno a esta técnica surgen diversos cuestionamientos que serán examinados en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD FRENTE A LA MATERNIDAD GESTANTE

3.1 Antecedentes de la maternidad gestante

El avance tecnológico y científico ha reflejado claramente en el campo de la medicina logros impresionantes en cuanto a la reproducción humana a través de prácticas médicas denominadas TRA, planteando una serie de nuevos retos para los juristas en lo que a las instituciones jurídicas se refiere.

Hoy en día ya no es imprescindible que un niño sea concebido en el vientre de su madre, ni que la mujer de quien procede genéticamente sea necesariamente la que le traiga al mundo.³²⁰

Ante tales posibilidades, abiertas por el avance de la ciencia, la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial hacen posible la maternidad gestante, práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.³²¹

Alrededor de esta práctica se desenvuelven una serie de implicaciones humanas, éticas y jurídicas, cambiando la perspectiva de familia, filiación, maternidad y paternidad.

Antes de abordar nuestro tema central de tesis, expondré su historia y la evolución que ha obtenido dicha técnica.

La evolución de las TRA hacen surgir nuevas técnicas con su desarrollo, ya que el procedimiento que se utiliza es inseminación artificial o bien la fecundación *in vitro*, por lo que el primer antecedente de la maternidad gestante es el origen de las TRA.

No obstante, es importante destacar que algunos doctrinarios³²² hacen una referencia bíblica. En el Génesis 16 y 30,³²³ se hace alusión a esta forma de maternidad. En el primero, se puede encontrar el pasaje en el que Sara, porque no

³²⁰ Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, España, Bosch, 1995, pp. 165-166.

³²¹ Véase Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, pp. 165-166.

³²² Algunos autores como Gómez de la Torre hace una primera referencia bíblica.

³²³ Génesis capítulo 16 versículo 1 y capítulo 30 versículo 1.

podía darle hijos a su esposo Abraham, le pide que tenga hijos con su sierva.³²⁴ La segunda alusión bíblica es en la que Raquel pide tener hijos mediante su sierva Bilha.³²⁵

Sin embargo, en realidad la maternidad gestante se remonta a la década de los años setenta teniendo su origen principalmente en los Estados Unidos de América.

El término maternidad subrogada fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Michigan que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres.

En 1979 se creó por Levine, en Louisville, Kentucky, la primera sociedad de préstamos de úteros que se denominó *Surrogate Parenting Associates, Inc.* Dicho programa tuvo un proceso de pruebas médicas y coordinación de documentación legal, por lo que no fue sino hasta 1980 en que se logró el primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional.³²⁶

El primer embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un bebé sano, cuya finalidad básica era que una mujer prestará su vientre a fin de gestar un hijo para otra u otros.

A través de esta agencia se formalizaban contratos en los que se elegía a una madre gestante que se comprometía a ser inseminada y gestar, para luego entregar al niño. Cuando la mujer daba a luz al niño, era recogido por el padre y adoptado por la esposa de éste.³²⁷ Este procedimiento sólo aplicaba cuando una mujer tenía una incapacidad total para gestar.³²⁸

³²⁴ “He aquí que Jehová me ha impedido concebir. Únete, por favor, a mi sierva; quizás yo tenga hijos por medio de ella”.

³²⁵ “Viendo Raquel que ella no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana y decía a Jacob: ¡Dame hijos; o si no, me muerdo! Entonces se encendió la ira de Jacob contra Raquel, y le dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, que te privó del fruto de tu vientre? Ella le dijo: He aquí mi sierva Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas, para que así yo también tenga hijos por medio de ella”.

³²⁶ Consiste en que la madre subrogada es simultáneamente la donante de óvulos y se somete a la inseminación artificial con el esperma del hombre solicitante del programa.

³²⁷ Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, pp. 165-166.

³²⁸ Ya sea por deficiencias o malformaciones del útero, o bien cuando la matriz por alguna circunstancia debido ser extraída.

Esta técnica se extendió rápidamente hasta Inglaterra³²⁹ donde se creó la *Miracle Program Incorporation*, fundada en Londres en 1983 por Blanksield, agencia especializada en la búsqueda de madres gestantes, realizando contratos de carácter formal y oneroso, y caracterizándose porque la madre gestante en ningún momento se encontraba con aquellos que iban a recibir al niño.

En ese mismo año, en Francia,³³⁰ surgieron varias asociaciones de este tipo, entre ellas se puede mencionar la *Association Nationale pour l'insémination artificielle par substitution*, formada por miembros del CEFER, siendo únicamente el servicio que presta la madre gestante con carácter remunerativo.³³¹ Asimismo, se pueden mencionar otras como: *Alma Mater*, *Sainte Sarah* y la *Association Marseillaise des mères d'accueil*.

El primer programa de maternidad subrogada en el territorio de la ya extinta Unión Soviética se llevó a cabo en Járkov en 1995, en el Centro de FIV del

³²⁹ Destacando que el 6 de enero de 1985 existió una fuerte polémica en el Reino Unido por el nacimiento del primer bebé de madre 'alquilada'. Una pareja pagó a una agencia para que una mujer tuviera a su bebé por la cantidad de 6.500 libras a la agencia, igual cantidad a la madre gestante y 1.000 libras destinado a cubrir los gastos médicos y legales. Además, la madre gestante vendió a un periódico popular de Reino Unido la narración de su experiencia por 20.000 libras (alrededor de 4.200.000 pesetas). Por lo que el Gobierno Francés declaró que dar a luz a cambio de recibir dinero es constitutivo de un delito, en virtud de la ley de adopción de 1958, el pago de dinero por un bebé era constitutivo de delito, para el que se tenía una multa de 110 libras (algo más de 20.000 pesetas) o seis meses de cárcel. Un portavoz del centro de adopción de Londres declaró, que el niño de madre gestante sería considerado ilegítimo. Sin embargo, miembros de los servicios sociales británicos prefirieron la definición de "bebé comercial". Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/REINO_UNIDO/Fuerte/polemica/Reino/Unido/nacimiento/primer/bebe/madre/alquilada/elpepisoc/19850106elpepisoc_5/Tes Consultada el 3 de enero de 2012.

³³⁰ Destacando que el 15 de abril de 1985 en Francia nació el primer bebé por contrato. Tras el nacimiento de Isabelle, es la primera vez que se produce un embarazo por encargo mediante una operación claramente mercantil. La madre gestante Lavissee fue militante activa del alquiler de vientres siendo presidenta de una asociación de madres portadoras voluntarias, llamada Las Cigüeñas, que fue disuelta por el secretario de Estado de Sanidad del Gobierno francés. Cabe destacar que cuando se fundó la asociación, Lavissee explicó que el pago a las madres alquiladas constituía un hecho natural y fijó el precio en 50.000 francos (850.000 pesetas). Sostenía que no era el precio de un niño, sino el de un regalo. Por su parte, Robert Badinter, en ese momento ministro de Justicia, consideró en un Congreso en Viena que esta práctica era una simple adopción por anticipación y que era válida con la condición de que esta sustitución de una mujer por otra no sea objeto de transacción comercial. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/FRANCIA/Polemica/Francia/nacimiento/primer/bebe/contrato/19850415elpepisoc_4/Tes Consultada el 3 de enero de 2012.

³³¹ No estaba constituida ni por las madres gestantes, ni por las parejas que demandan la técnica, ni por una agencia comercial. Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, p. 166.

Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo de la Academia de Ciencia Médicas.³³²

Por tanto, en los últimos años el fenómeno de la maternidad gestante, se ha ido repitiendo en diferentes países, así los acuerdos y contratos han surgido en diferentes momentos y en diferentes lugares indicando los más importantes.

Hay que señalar también, que los graves conflictos que plantea esta práctica hace que sean varios los casos que especialmente en Estados Unidos de América, Inglaterra, Francia y Rusia, han llegado a los Tribunales obteniendo resoluciones en diversos sentidos y que analizaré mas adelante.

3.2 Diferentes conceptos en relación a la maternidad gestante

El término maternidad subrogada deriva de la traducción de la lengua inglesa *surrogated motherhood*,³³³ por su origen en Estados Unidos de América.³³⁴

Al respecto, los anglosajones ha adoptado el término *surrogate mother*, especialmente a partir del Informe Warnock.³³⁵ En Francia, se utilizan indistintamente las expresiones *mère de substitution*, *mère porteuse*, *mère de remplacement* y *pret d'útero*. En Italia se emplea *affitto di útero* y *locazione di útero*. Los alemanes la designan con el término *Leihmutter*.

En España y México existe una discusión doctrinal por el vocablo utilizado, así se le ha referido indistintamente como: maternidad de sustitución o maternidad sustitutiva, maternidad de alquiler, maternidad colaboradora, maternidad por encargo, maternidad portadora, maternidad incubadora, maternidad delegada,

³³² Disponible en: <http://surrogacy.ru/es/history.php> Consultada el 7 de enero de 2012.

³³³ Cuyo significado es gestación de una mujer por cuanta de otra. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 287.

³³⁴ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 197- 201.

³³⁵ El modo preferido para abordar múltiples cuestiones suscitadas, ha consistido en designar comisiones de expertos de las más variadas disciplinas (biólogos, médicos, juristas, filósofos, sociólogos, teólogos, etc.) cuya misión es seleccionar criterios éticos sobre la base de los cuales puedan actuar más tarde los órganos legislativos. La más connotada de estas comisiones de estudio ha sido la Comisión "Warnock", llamada así por la profesora de Cambridge que la presidió. Esta comisión dio vida a un importante informe que fue presentado al Parlamento británico en julio de 1984, y que hasta 1990 constituyó la "normatividad" más completa sobre la materia en dicho país. Es punto de referencia obligado de todos quienes se han visto en la necesidad de encarar los problemas derivados de las nuevas técnicas de reproductivas. Similares procedimientos han utilizado países como Suecia, Italia, Alemania y Francia. Corral Talciani, Hernán, *Familia y derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Chile, Universidad de los Andes, 1994, pp. 131-132.

maternidad contratada, maternidad prestada, maternidad subrogada, alquiler de útero, alquiler de vientre, gestación subrogada,³³⁶ maternidad gestante y otras denominaciones similares. Debido a la diversidad de términos y a los matices específicos que cada uno expresa se analizará gramaticalmente cada una de ellas.

- a. Maternidad de sustitución o maternidad sustitutiva. La palabra sustituir significa poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.³³⁷
- b. Maternidad de alquiler. Alquilar significa dar a alguien algo, especialmente una finca urbana, un animal o un mueble, para que use de ello por el tiempo que se determine y mediante el pago de la cantidad convenida.³³⁸
- c. Maternidad colaboradora. El vocablo colaborar deriva del latín *collaboráre*, significa trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra.³³⁹
- d. Maternidad por encargo. De en- y cargar, significa encomendar, poner algo al cuidado de alguien.³⁴⁰
- e. Maternidad portadora. La expresión portador tiene distintas acepciones; sin embargo, son los dos las más importantes. La primera, consiste en aquél que lleva o trae algo de una parte a otra; y segunda, en el ámbito mercantil significa aquellos títulos de crédito emitidos a favor de quienquiera que sea poseedor de ellos.³⁴¹
- f. Maternidad incubadora. La palabra incubar es usada para las aves, ya que calientan sus huevos, generalmente con su cuerpo.³⁴²
- g. Maternidad delegada. El vocablo delegar consiste en dar a otra persona la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para conferirle su representación.³⁴³

³³⁶ Proviene de las siglas en inglés *surrogacy*.

³³⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://rae.es> Consultada el 7 de enero de 2012.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

- h. Maternidad contratada. Significa pactar, convenir, comerciar o hacer contratos.³⁴⁴
- i. Maternidad prestada. Consiste en entregar algo a alguien para que lo utilice durante algún tiempo y después lo restituya o devuelva.³⁴⁵
- j. Maternidad subrogada. Del latín *subrogāre*, significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.³⁴⁶
- k. Alquiler de útero y alquiler de vientre. Estas dos palabras están ligadas con la expresión maternidad de alquiler. Sin embargo, utilizar términos como útero o vientre, deja a un lado que la mujer que utiliza ésta técnica, no sólo compromete el útero o vientre, sino todo su organismo durante el embarazo.³⁴⁷
- l. Maternidad gestante. Gestar deriva del latín *gestāre*, cuyo significado es aquella mujer que lleva y sustenta en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.³⁴⁸

Otras denominaciones no tan usadas son: arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, maternidad suplente y vientre de alquiler.

No obstante, no todas las denominaciones son correctas. Cabe destacar la postura de Delgado Calva³⁴⁹ que considera el término “alquiler” o “arrendar” incorrecto, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento.

De acuerdo con los significados gramaticales antes analizados, considero que no se contempla en la mayoría la naturaleza médica de esta técnica. Por lo que retomo la afirmación de López Faugier³⁵⁰ y Mir Candal³⁵¹ al considerar el

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 197- 201.

³⁴⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

³⁴⁹ Véase Arámbula Reyes, Alma, *La maternidad subrogada*, Estudios de Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, 2008, pp. 33-41. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> Consultado el 8 de noviembre de 2011.

³⁵⁰ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 286.

³⁵¹ Mir Candal, Leila, “La maternidad intervenida. Reflexiones entorno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética*, número 1, 2010. Disponible en: http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf Consultada el 8 de enero de 2012.

término maternidad gestante como la acepción correcta para denominar esta técnica.

Al respecto, cada autor plantea y realiza su estudio de acuerdo con los aspectos que elige.

3.3 Definición de Maternidad Gestante

En este apartado se pretende hacer una revisión y análisis de las distintas definiciones doctrinarias que existen de maternidad gestante. Para ello las dividiré en grupos a partir de los elementos y características de cada uno de ellos. En primer lugar, estudiaré aquellas definiciones que consideran a la maternidad gestante como contrato. En segundo lugar, haré referencia a las definiciones que la conciben no solo como un contrato de modo genérico, sino como un auténtico arrendamiento o alquiler de útero. En tercer lugar, abordare algunas definiciones que la consideran una prestación de servicios. En cuarto lugar, haré alusión a las definiciones de maternidad gestante que la conciben como acto jurídico o como TRA. Finalmente, propondré una definición propia en base al análisis que se haga.

3.3.1 La maternidad gestante como contrato

Entre los que consideran la maternidad gestante como contrato están: Gómez Sánchez, Keane, Galindo Garfías, Gutiérrez y González, Pérez Monge, Zurriarain, Kolangui Nisanof, Zarraluqui, Bonet, Pardo y Fábrega Ruiz.

Cabe decir que entre ellos no existe uniformidad. De este modo, por ejemplo está la definición propuesta por Gómez Sánchez³⁵² quien la define como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo.

³⁵² Citada por Souto Galván, Beatriz, "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho" *Revista de Derecho*, número 1, 2005, pp. 276-278. Disponible en: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/16985583/articulos/FORO0505110275A>. PDF Consultada el 8 de enero de 2012.

Indica que es un acto reproductor que genera el nacimiento de un niño, sólo mediante un pacto o compromiso en el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. Complementado dicha definición, Keane³⁵³ la define como el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará.

Es importante destacar que en 1985 se dicta en Reino Unido la *Surrogacy Arrangements Act*³⁵⁴ que define cuando una mujer porta un hijo en cumplimiento de un acuerdo, realizado antes de que ella porte al hijo y que haya renunciado a los derechos parentales entregándolo a otra persona o personas y establece penalización en el caso de la intervención de terceros en contratos de gestación por cuenta propia.

Estas definiciones señalan en un primer término que la maternidad gestante se basa en un acuerdo o compromiso. Específicamente Galindo Garfías³⁵⁵ refiere para que se pueda tener lugar esta manipulación se requiere la celebración de ese contrato o convenio entre una mujer estéril y una madre sustituta conforme al cual, esta última consiente en ser inseminada con gametos del marido de aquélla y en soportar el embarazo y los riesgos del parto.

En este sentido, en el contrato de maternidad gestante se otorga el consentimiento para ser inseminada con gametos distintos de su pareja.

A diferencia de la anterior definición, Gutiérrez y González³⁵⁶ sostiene que este contrato se elabora con el objetivo de permitir que en el útero de una mujer se implante un óvulo de otra mujer, fecundado con el esperma del esposo de ésta, y que la “aceptante”, llevará en su vientre, durante el lapso del embarazo, con la característica de que ese producto no se generó con óvulo de ella, ni con esperma

³⁵³ Gómez de la Torre, Maricruz, *op.cit.*, pp. 204-205.

³⁵⁴ Traducido como Acuerdos de Alquiler de Vientres, es una ley del Parlamento del Reino Unido que prohíbe los acuerdos comerciales subrogación, realizada el 16 de julio de 1985. La Ley surgió como respuesta a la luz, del primer bebé a través de maternidad gestante en Gran Bretaña. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents> Consultada el 10 de enero de 2012. Véase Zarraluqui, Luís, *op. cit.*, pp. 158-162.

³⁵⁵ Galindo Garfías, Ignacio, *op. cit.*, pp. 550-552.

³⁵⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004, p. 585.

de su pareja o compañero. Se trata solamente de una mujer que permite que en su útero se desarrolle el embarazo, y al final de éste, el producto lo entregará a la que fue titular del óvulo y a su esposo, titular del esperma.

Distinta opinión es utilizada por Pérez Monge³⁵⁷ quien propone que es el contrato por el que una mujer aporta la gestación, o también en el caso su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos.

Zurriarán,³⁵⁸ por su parte, expresa que esa mujer es contratada a cambio de dinero independientemente de que aporte sus óvulos.

Ahora bien, el objetivo para realizar dicho contrato señala Galindo Garffías³⁵⁹ es la renuncia a la maternidad y una aceptación, antes de la concepción del hijo, en que sea acogido, no adoptado, por la pareja que pretenda con ello aparecer ante el derecho como el padre y la madre de ese infante.

Entorno a la figura de la adopción, Kolangui Nisanof³⁶⁰ considera que después del nacimiento, se tiene que tramitar un procedimiento de adopción para entregar al niño a la pareja contratante, con el fin de que la madre incubadora³⁶¹ ceda los derechos parentales que la ligan a la criatura a causa del nacimiento, rompiendo cualquier lazo que pudiera existir.

Por tanto, en las definiciones mencionadas se deja ver que existe una relación contractual. De forma habitual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero a través de un contrato en el que se estipulan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir.

Bonet y Pardo³⁶² consideran que en este contrato se conviene, en primer lugar, una gestación, con o sin precio; segundo, la renuncia a la filiación materna a

³⁵⁷ Citado por Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*, 2005, pp. 276-278.

³⁵⁸ Zurriarán, Roberto Germán, *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, España, 2007, p. 340.

³⁵⁹ Galindo Garffías, Ignacio, *op. cit.*, pp. 550-552.

³⁶⁰ Citado por Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, pp. 585-586.

³⁶¹ Madre incubadora es un término utilizado también por Gutiérrez y González para hacer referencia a la maternidad gestante. *Ibidem*, p. 585.

³⁶² Bonet, Enrique y Pardo Sáenz, José María, *Hay un embrión en mi nevera*, España, Universidad de Navarra, 2007, p. 59.

favor del contratante o contratantes; y tercero, que se compromete a entregar a la criatura gestada en su seno.

La posibilidad de estos contratos ha provocado la creación en varios países de agencias destinadas a la intermediación, con fines claramente lucrativos.³⁶³

En Estados Unidos es donde se producen la mayoría de estos acuerdos. La práctica es facilitada por un tercero llamado *broker* que pone en contacto a las partes y gestiona el contrato, éste sujeto selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes. De esa relación contractual las parejas pagan una tarifa sustancial al *broker*, además del pago a la madre gestante y de los gastos en que ésta incurra.

En Rusia se utilizan las llamadas Agencias de Alquiler de Vientres las cuales ya tienen elegida a la madre gestante y; además, ofrecen ayuda legal mediante un despacho jurídico de la misma agencia. Llevan a cabo el mismo modo de pago que en Estados Unidos.

En cuanto a los elementos comunes de las anteriores definiciones, se pueden señalar los siguientes:

- I. Es un contrato, que establece una relación contractual entre la madre gestante y la madre contratante.
- II. Puede ser oneroso o gratuito. Gutiérrez y González³⁶⁴ sostiene que puede ser también a cambio de una prestación.
- III. La madre gestante conciente en ser inseminada y soportar el embarazo.
- IV. Implica la renuncia a los derechos parentales a favor de los contratantes.
- V. La madre gestante se compromete en dicho contrato a entregar al niño gestado.

Después de haber presentado las principales definiciones de maternidad gestante que la entienden como un contrato, y de haber decantado los elementos comunes en ellas; ahora corresponde formular críticas en razón de las mismas.

³⁶³ Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, pp. 114-118.

³⁶⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, p. 585.

En primer lugar, cabe subrayar que las nociones de maternidad gestante como contrato señalan que tiene principalmente fines de lucro, ya que de forma contractual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, en el cual se estipulan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo, dejado de lado el supuesto cuando también aporta el óvulo la madre gestante.³⁶⁵

Ahora bien, considero oportuno el señalamiento de González Morán³⁶⁶ al indicar que se puede hablar de nulidad de contrato, primero, al carecer éste de objeto ya que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres; y segundo, el hijo producto de esta técnica no puede ser objeto de contrato, ya que de ser así existe una venta de niño revestida con terminología jurídica para ser aceptada socialmente, por lo que bajo estas condiciones un contrato de dicha naturaleza no podría tener efectos jurídicos.

En tal sentido, es preciso hacer énfasis de la nulidad de dicho contrato. En principio, el contrato carece de objeto, violando los artículos 1794 fracción II, 1824 y 1825 del Código Civil para el Distrito Federal relativos a la cosa objeto de los contratos, que excluyen como posibilidad de ello al ser humano.

En el caso de la legislación española se viola el artículo 1262 del Código Civil ya que no hay contrato sino cuando concurren, entre otros requisitos, que el objeto cierto sea materia del contrato. Este principio guarda una estrecha relación con lo establecido en la legislación mexicana, ya que en materia de contratos, pueden ser objeto de los mismos todas las cosas que no están fuera del comercio.

Por tanto, el cuerpo humano y el hijo producto de la maternidad gestante no pueden ser considerados como objeto de contrato entre la pareja contratante y la madre gestante, como lo señalan las definiciones, ya que las personas están fuera del comercio. Este argumento de Derecho Civil se fortalece aún más desde la perspectiva constitucional, ya que el reconocimiento constitucional de la dignidad

³⁶⁵ En los Estados Unidos de Norteamérica la forma más usada de maternidad gestante es la de inseminación de la mujer con semen del hombre de la pareja contratante. Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 204-205.

³⁶⁶ González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, pp. 147-150.

de la persona impide que sea objeto de un contrato pactado *inter partes* en el que una de éstas “tendría derecho” al hijo.

Además, este contrato sería contrario a las leyes y al orden público, tomando en consideración el artículo 138 TER del Código Civil para el Distrito Federal, referente a la familia. En la legislación española el artículo 1255 del Código Civil dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público. Por tanto, las partes en este supuesto contrato, no pueden establecer un pacto sobre la gestación de un niño.

También hay que destacar que la madre gestante habrá de entregar al niño a aquella que será la madre legal, pero ¿si la mujer gestante se niega a entregar al bebé? Esto hace suponer que ¿la maternidad o paternidad son renunciables? ¿La maternidad y paternidad pueden ser objeto de contrato? ¿Podrían la mujer gestante y su pareja rescindir el contrato? ¿Se puede válidamente disponer de la filiación?

Aceptar la maternidad gestante en los términos antes expuestos supone una quiebra en las normas de la filiación, fomentando aún más una disociación entre la relación materna y paterna, distorsionando instituciones jurídicas como familia.

Estas y otras razones son trascendentes para que en distintas legislaciones se muestren mucho menos complacientes con relación a esta *praxis*.

3.3.2 La maternidad gestante como arrendamiento o alquiler de útero

Autores como Corral Talciani, Gómez de la Torre, Mendoza García, León Rabago y Blázquez consideran a la maternidad gestante como arrendamiento o alquiler de útero.

Gómez de la Torre³⁶⁷ la define como el alquiler de las funciones reproductivas y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante.

³⁶⁷ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 204-205.

La maternidad gestante, para Mendoza García³⁶⁸ es el préstamo de útero para la gestación independientemente de que aporte su óvulo, a favor de una pareja contratante.

Esto implica que una mujer preste su vientre para concebir un ser humano, siendo este un alquiler del útero femenino.³⁶⁹

La mujer gestante, explica Blázquez,³⁷⁰ se limita a llevar a cabo la gestación del embarazo mediante la prestación de su útero.

En el mismo sentido, Corral Talciani³⁷¹ y León Rabago³⁷² consideran que es la mujer que presta su cuerpo para que en él se realice la gestación, la que denomina León Rabago madre alquilada, designación que el autor en comento alude exclusivamente por tener un aspecto oneroso.

En cuanto a los elementos en comunes de las anteriores definiciones se pueden mencionar las siguientes:

- I. Alquiler de las funciones reproductivas.
- II. A favor de una pareja contratante.
- III. Excepcionalmente tiene un aspecto oneroso.

Como se analizó, afirmada la nulidad de este contrato, diversos autores tienen en común calificarlo jurídicamente como un contrato de arrendamiento o alquiler ya sea entre el médico, la mujer o la pareja contratante y la madre gestante, o un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de alquiler de útero.

Algunos autores han admitido la licitud de este contrato de arrendamiento cuando no haya precio o un ánimo de lucro.³⁷³

Así, Rivero Hernández³⁷⁴ considera que esta práctica se vuelve benévola y altruista cuando se va a gestar un embrión con un óvulo fecundado de la pareja contratante; y una vez nacido el nuevo ser la mujer no desea retenerlo como hijo

³⁶⁸ Citado por Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, pp. 33-41.

³⁶⁹ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 158-168.

³⁷⁰ Blázquez, Niceto, *op. cit.*, pp. 437-438.

³⁷¹ Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, p. 130.

³⁷² León Rabago, Diego, *op. cit.*, pp. 122-123.

³⁷³ Cabe destacar que en países como Alemania se encuentra estrictamente prohibida la subrogación de matriz, sin importar si ésta sea de carácter altruista o no, prohibiéndose incluso la inseminación artificial heteróloga. Véase Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 347-349.

³⁷⁴ Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *op. cit.*, p. 116.

propio, porque ya tiene hijos y no buscará más, sino que se limita a ayudar a su amiga o hermana que lo necesitaba.

No obstante, siendo gratuita u onerosa, esta forma de contrato considera un órgano como cosa, siendo que el cuerpo humano está fuera del comercio. Asimismo, como se examinó, estas definiciones no consideran que no sólo se compromete un órgano, sino todo el organismo de una mujer durante el embarazo.

3.3.3 La maternidad gestante como prestación de servicios

Guzmán Ávalos y Vidal Martínez son autores que sostienen la tesis de considerar la maternidad gestante como una prestación de servicios.

Guzmán Ávalos³⁷⁵ explica que la maternidad gestante consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado.

En esa tesitura, Vidal Martínez³⁷⁶ sostiene que es la práctica social por la que se solicitan los servicios de una mujer para que se someta a unas TRA, para concebir, gestar y dar a luz a un hijo con la finalidad de entregarlo a otra mujer o a una pareja comitente utilizándose generalmente en estos casos los gametos del varón a aquélla vinculado.

Los elementos que se extraen de las definiciones antes indicadas son:

- I. Implica una prestación de servicios de una mujer con el fin de que lleve un embarazo.
- II. Al nacer el infante sea entregado a la pareja que contrato esos servicios.

Evidentemente, este tipo de contrato como anteriormente se estudió sería nulo, por tanto queda excluido de considerarse así, ya que implica un conjunto de actos concatenados con los que se pretende eludir la recta aplicación de las leyes ya que la maternidad se consideraría como una profesión.

Asimismo, no se señala el caso de la mujer gestante cuando aporta el óvulo, si es de forma gratuita u onerosa y el estado civil de la mujer gestante.

³⁷⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, p. 188.

³⁷⁶ Vidal Martínez, Jaime “Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español”, en Vidal Martínez, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, España, COMARES, 1998, p. 114.

3.3.4 Otras definiciones de maternidad gestante

Por la diversidad de estudios realizados hay autores que conceptúan la maternidad gestante desde diferentes enfoques,³⁷⁷ distintos a los analizados anteriormente. Por ello, considero apropiado tomar dos corrientes para ser analizadas; la primera, que define a la maternidad gestante como acto jurídico; y la segunda, como TRA.

Delgado Calva³⁷⁸ propone que se debe entender como el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida, a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante.

Al respecto, el autor en comento considera que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer gestante conviene con la mujer contratante en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

Esta definición tiene importantes aportaciones, es una de las pocas definiciones en las que se habla del estado que debe tener la madre gestante y de que será tratada por un médico con experiencia en la materia, en virtud de que no cualquier médico puede realizar este tipo de técnicas. Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las TRA y cuantas veces la madre gestante puede someterse a dicha técnica.

³⁷⁷ En la doctrina hay diferentes perspectivas en cuanto a la definición de maternidad gestante así, autores como González Morán, que sostiene la tesis de definirla como la gestación de un ser humano en el útero de de una mujer, en nombre y por comisión de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia. Un concepto de Zannoni, que agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice: "La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja". Véase González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, pp. 147-150.

³⁷⁸ Véase Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, pp. 33-41.

No obstante, tampoco puede considerarse como acto jurídico en virtud de las reflexiones hechas anteriormente en cuanto al objeto de los contratos. Recuérdese que conforme al artículo 1859 del Código Civil del Distrito Federal las disposiciones de los contratos también son aplicables a los actos jurídicos.

Por otro lado, López Faugier, De la Mata, Garzón, Silva Ruiz, Vidal, Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, son autores que consideran la maternidad gestante como una TRA.

En este contexto, Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel³⁷⁹ exponen que es el método por el cual una mujer aporta su útero para gestar un ser humano.

López Faugier³⁸⁰ sostiene la tesis de considerar la maternidad gestante como el método de reproducción asistida, que consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto.

La autora en comento explica que se encuentra comprendida dentro de las TRA por tratarse de la técnica de inseminación extracorpórea o extrauterina, mediante la cual se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, una madre gestante.

Asimismo, De la Mata y Garzón³⁸¹ definen como el método que es posible gracias a la fecundación *in vitro* y consiste en gestar un ser que procede genéticamente de otra mujer.

Silva Ruiz y Vidal³⁸² sostienen que la maternidad gestante es el caso de la mujer fértil que acuerda someterse a una TRA para ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre, para gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.

³⁷⁹ Rico Álvarez, Fausto, *et. al., op. cit.*, p. 380.

³⁸⁰ López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 286-287.

³⁸¹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *op. cit.*, p. 412.

³⁸² Citado por Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, pp. 33-41.

En las definiciones antes citadas se habla de una mujer que se somete a una TRA, por la que se presta para gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre, en pocas definiciones se hace referencia al estado civil que debe guardar la pareja solicitante. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es importante, pero más trascendente que se mencione si la mujer gestante es casada, concubina o soltera, es decir, el estado civil que tiene la madre gestante en el momento en que decide aceptar someterse a esta TRA. Esto debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que dé a luz al niño, pues si ésta mujer resulta casada o concubina, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.³⁸³

3.3.5 Definición propia de maternidad gestante

Considero que la maternidad gestante es aquella TRA en la que, mediante la fecundación *in vitro* o inseminación artificial, se logra un embarazo previo acuerdo entre una mujer (casada, concubina o soltera) que se compromete a llevar a cabo la gestación y en la que en algunos casos aporta el óvulo y otra u otras personas (casados, concubinos o solteros), para entregar el hijo y abandonar toda pretensión de maternidad.

Algunos doctrinarios consideran que es importante que exista una definición que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad gestante: ¿quiénes pueden participar de ella? ¿Cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes? Entre otras cuestiones, porque lo que se pone en juego no es una cosa sino, la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, a los que el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

Sin embargo, por completa que sea dicha definición la maternidad gestante no debe encontrar carta de naturaleza en el Derecho, al no aceptar, entre otros valores, el fundamental que es el derecho a la dignidad del hijo, ya que es

³⁸³ *Ibid.*

contrario a las exigencias naturales e introduce elementos perturbadores de la estabilidad familiar y potencialmente socava uno de los valores nucleares del Derecho, la seguridad jurídica, como lo ponen de manifiesto los diversos litigios en distintos países, que con frecuencia se suscitan en reivindicación de la maternidad³⁸⁴ y paternidad.

Esta técnica considera a la mujer un instrumento de explotación física, emocional y económica; en el sentido físico por mencionar, ¿qué sucedería si cuando se le va a inseminar a la mujer por un error o daño irreversible quedará estéril o infértil? La maternidad gestante es un atentado contra la dignidad de la mujer, ya que este contrato lo que está sometiendo a precio es su cuerpo.³⁸⁵

Desde una perspectiva ético-jurídica se ha insistido que el hijo no es un bien que está al servicio de los deseos o intereses de los progenitores; por el contrario, es un valor en sí mismo y la maternidad y paternidad está en función suya.

Por lo tanto, comparto la opinión de muchos juristas que han tratado esta materia y que han manifestado de manera prácticamente unánime su rechazo a la maternidad gestante.

3.4 Naturaleza jurídica de la maternidad gestante

Ante tales circunstancias conviene distinguir cuál es la naturaleza jurídica de la maternidad gestante, así como las consecuencias jurídicas que de esta TRA se deriven.

De igual forma que en la definición, en cuanto a la naturaleza jurídica encontramos diferentes posturas. Las principales se enuncian a continuación.

a) Compraventa

Tratar la maternidad gestante como una compraventa implica que sería un contrato traslativo de dominio por el que uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero, en base al artículo 2248 del Código Civil

³⁸⁴ González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, pp. 147-150.

³⁸⁵ *Ibid.*

para el Distrito Federal. En este caso, el objeto indirecto del contrato sería un ser humano, es decir, el hijo producto de aplicar una TRA.

b) Arrendamiento

Con fundamento en el artículo 2398 del ordenamiento jurídico en comento, mediante este contrato las partes contratantes 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. Importa destacar, que el útero no es una cosa, porque forma parte de la persona, entonces no se puede conceder el uso o goce temporal del mismo, más aún cuando el cuerpo humano está fuera del comercio, además ¿cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?³⁸⁶ ¿Qué sucede con los derechos y obligaciones derivadas de la filiación?

c) Prestación de servicios

Es un contrato por el cual una persona llamada profesor (sic), se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos a beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios convenidos,³⁸⁷ establecido en el artículo 2606 de dicho ordenamiento.

Cabe pensar que un contrato de esta naturaleza consistiría en la obligación de crear un bebé, ya sea a partir de material genético donado, ya se propio; pero también puede tratarse de un contrato de un arrendamiento de servicios.³⁸⁸ La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra radica que en el primero se compromete la realización de un servicio en sí mismo, sin consideración al resultado que se consiga; y en el segundo, se promete un resultado, sin tomar en cuenta el trabajo que se requiere para obtenerlo.³⁸⁹ De ningún modo, podemos encuadrar la naturaleza jurídica de la maternidad gestante como alguno de esos contratos.

³⁸⁶ Véase Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, pp. 77-78. López Faugier, Irene, *op. cit.*, pp. 289-290.

³⁸⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2008, p. 285.

³⁸⁸ Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, p. 547.

³⁸⁹ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 258.

d) Contrato innominado

Estos contratos son aquellos que no están especialmente reglamentados en el Código en comento. Estos se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en citado ordenamiento, establecido en el artículo 1858 de dicho ordenamiento.

López Faugier³⁹⁰ sostiene que el acto jurídico relativo a la maternidad gestante, encuadra en este tipo de contrato. En virtud, de que su objeto principal entraña una circunstancia novedosa, en relación con los contratos tradicionales reglamentados por la Ley sustantiva civil, al pactarse en él aspectos relativos a una técnica de reproducción asistida, producto de los avances de la ciencia en materia de procreación humana, y porque en esta área de la ciencia jurídica, es donde principalmente surgen consecuencia de derecho.

La autora en comento expone que esta forma legal es mediante la cual se puede celebrar en aquellos países donde se lleva acabo la práctica de esta TRA, es importante destacar que esto ha generado conflictos en las controversias habidas tanto en Estados Unidos de América como en Europa.

Chávez Asencio,³⁹¹ considera que la maternidad gestante al ser un contrato innominado tendría las siguientes características:

- a. Formal. Porque requiere forma escrita.
- b. Oneroso o Gratuito. Puede ser oneroso cuando hay prestaciones recíprocas; o gratuito, cuando la mujer sustituta sólo recibe el dinero necesario como compensación por los gastos habidos.
- c. Complejo. Ya que intervienen varias personas como: la pareja solicitante, la madre gestante y el esposo de ésta. Agregaría que en otras legislaciones internacionales se requiere la intervención de una agencia que gestione o coordine y el médico que intervendrá.

³⁹⁰ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 290.

³⁹¹ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p. 78.

Por último, indica el autor en comentario que este contrato puede ser de dos clases: cuando la madre sustituta sólo aporta sus servicios; o cuando aporta, además, su óvulo.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la maternidad gestante es oportuno formular algunas objeciones.

En primer término, ¿de qué contrato se trata? ¿Puede regirse por la reglamentación de un contrato de compraventa o de arrendamiento? Si no, ¿puede seguir las reglas de un contrato de prestación de servicios o, en todo caso, sería un contrato de obra? Incluso de no tratarse de los contratos anteriores ¿podría ser un contrato innominado?

Es de suma importancia determinar los alcances jurídicos que de esta TRA se deriven ya que, como sostiene Monte Penadés³⁹² el acuerdo podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que nace de esta técnica.

Antes de inclinarme por una u otra postura examinaré a detalle si cada uno comprende verdaderamente a la esencia de la maternidad gestante.

En un primer sentido, la maternidad gestante no podría ser un contrato de compraventa. Chávez Asencio³⁹³ cuestiona si el infante es propiedad de alguien y si puede ser materia de algún contrato. De este modo, basados en el artículo 2269 del citado ordenamiento jurídico, previene que solo se puede vender lo que es propio y el infante no es un objeto o bien propio.³⁹⁴

En nuestra legislación un contrato de esta naturaleza, no podrá tener efectos jurídicos, basados en el artículo 1794 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, la existencia de todo contrato requiere que su objeto pueda ser materia del mismo y en caso de la maternidad gestante, el objeto de contrato es una persona, es decir; el menor que debe ser entregado, lo cual evidentemente no puede actualizarse, pues las personas son sujetos no objetos de los contratos. Más aún, cuando los artículos 1824 y 1825 de ese mismo ordenamiento legal,

³⁹² Citado por Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 46.

³⁹³ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p.77.

³⁹⁴ Véase Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p.77. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 289.

relativos a la cosa objeto de los contratos, excluyen como posibilidad de ello al ser humano.³⁹⁵

No sería un contrato de arrendamiento, porque no cabe contraprestación además, el cuerpo humano o parte de él, no son jurídicamente cosa, lo que excluye también a una pequeña parte de la doctrina que considera el contrato de maternidad gestante como comodato.

Desde otro punto de vista, se estima que su naturaleza jurídica podría ser el contrato de prestación de servicios. Sin embargo, este contrato hace reflexionar que la madre gestante cuenta con conocimientos profesionales en la materia, sin embargo, no es una profesión la gestación, es una cuestión biológica y natural. Chávez Asencio,³⁹⁶ considera que podría ser un contrato de prestación de servicios en general, pero no de obra, porque la madre sustituta no se compromete a un resultado, sino a prestar un servicio.

Ahora bien, en este contrato de prestación de servicios la mujer gestante se obliga a realizar un servicio *sui géneris* ya que, más allá de la ejecución de un hacer, se compromete a entregar al niño. Por lo que, el contrato es ilícito por su objetivo y por causa, pues el cuerpo humano está fuera de comercio y no puede ser objeto de contrato.

La obligación que contrae una mujer gestante que mediante remuneración hace dicho contrato, constituye un atentado a su integridad física y no puede atentarse contra ésta.

Principalmente en materia de salud,³⁹⁷ en este tipo de contratos se comercializa con el útero de la madre gestante, lo cual se encuentra prohibido con fundamento en el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, ya que dicho precepto prohíbe cualquier acto de comercio de órganos.³⁹⁸

³⁹⁵ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 356.

³⁹⁶ Véase Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p. 78. López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 290.

³⁹⁷ Ya que la gestante está poniendo en peligro su salud a cambio de una compensación económica o incluso si decide aportar el óvulo esta vendiendo a su propio hijo. Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 123.

³⁹⁸ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 357.

Además de estar frente a la violación de una norma de orden público, también resulta que el útero materno, no puede ser objeto del contrato, pues de acuerdo con el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal la cosa objeto del contrato debe estar en el comercio.

Si hubiera que encuadrar este contrato, pese a considerarlo nulo, dentro de los existentes, algunos autores se inclinan por el contrato de obra. Basan su afirmación en los contratos de maternidad subrogada en los Estados Unidos de América, donde los pagos a la madre gestante se hacen en mensualidades o trimestralidades para evitar la impresión de que la cantidad que se pago es por el recién nacido.³⁹⁹

En este sentido, hay que destacar la postura de Chávez Asencio⁴⁰⁰ al considerar que como se trata en estos casos de un proceso biológico de gestación y nacimiento que se hace por una tercera persona extraña a los consortes, la solución que parece al autor en comentario más aconsejable es tratarlo en forma semejante a la adopción, aun cuando el hijo tenga el elemento del padre, pues expone que a diferencia de la inseminación heteróloga en el matrimonio, en donde la madre es la que recibe o el semen de un tercero o el óvulo de una extraña, aquí es la tercera la que realiza toda la gestación y el parto. Por tanto, sostiene el autor pueden aplicarse las reglas de la adopción.

Sin embargo, si se le diera este tratamiento sólo se encubriría que el objeto del contrato es el futuro niño. Además, con el objeto de evitar la infracción de reglas de la adopción, que prohíbe la compraventa de niños, los contratos que son así celebrados incluyen una cláusula donde se hace constar que la cantidad entregada a la madre gestante es en concepto de compensación de servicios, gastos de embarazo y parto, no por la renuncia a sus derechos de madre.⁴⁰¹

En relación a considerar la maternidad gestante como un contrato innominado, no se aplicarían las reglas generales de los actos jurídicos y en este sentido, es importante destacar lo establecido en los artículos 1858 y 1859 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁹⁹ Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁰⁰ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁰¹ Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 145.

Ya que, dichos contratos son el resultado de la realidad cambiante y de las nuevas necesidades de la existencia humana, imposibles de prever en su totalidad por el legislador en modelos definidos y en una reglamentación fija. Dichos contratos se regirán atendiendo a las reglas generales de los contratos, a las estipulaciones de las partes o a las disposiciones del contrato reglamentado en la ley, con el cual tengan más analogía.⁴⁰²

Ello, traspasaría los límites de la autonomía privada, si las parejas pretendieran negociar en cuanto a la posible prestación de vientre, uso no sólo del útero, sino del propio cuerpo. Esto, en razón de que el objeto del contrato sería la persona por lo que resultaría ilícito, en términos del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal.

Un elemento común de estos contratos es que contraviene leyes de orden público. Zannoni⁴⁰³ sostiene que implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres.

Se sostiene que el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad porque repugna a los principios de orden público aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato es la persona misma y sería un atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, como si se tratara de un interés patrimonial y no como alguien que constituye una finalidad *per se* y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales tales como el derecho a ser madre y/o padre.⁴⁰⁴

Se considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana. En este caso se trata de nulidad absoluta, porque dicha nulidad reposa sobre el supuesto de la violación de reglas de orden público, y aunque el contrato produciría provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no se pronunciará la nulidad judicialmente, la misma no desaparecería por la confirmación del contrato.

Además de que el contrato sería nulo absolutamente, existe otra situación que conforme a nuestro Derecho sería intolerable en condiciones normales, e

⁴⁰² Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 258.

⁴⁰³ Citado por Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 48.

incluso daría lugar a la actualización de una conducta delictiva. Me refiero al derecho de la madre gestante para concebir un descendiente y luego entregarlo a otra persona, pues normalmente cualquier persona en ese supuesto, sería objeto de una imputación penal, tal como lo determina el artículo 156 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Atendiendo a este precepto, una madre no podría dar a luz un descendiente y luego abandonarlo o entregarlo, pues estaría cometiendo el delito de abandono de persona, aunque ese abandono no resultará un daño para el menor. En este caso, además de las penas privativas de libertad previstas, se le sanciona con la pérdida de la patria potestad.⁴⁰⁵

Así, analizaré lo que establecen algunas legislaciones entorno a la naturaleza jurídica de la maternidad gestante y los efectos que pueden producir dichos contratos.⁴⁰⁶

En la doctrina italiana, las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con el Instituto de Adopción. En este último sentido, configuran la renuncia de los derechos materno-filiales, por parte de la madre gestante, como un asentimiento a que el hijo sea legitimado por su padre de sangre y adoptado por la mujer de este último. En lo que hay unanimidad por parte de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entrega del hijo por parte de la madre gestante.

Para la mayoría de la doctrina holandesa, estima que el contrato de maternidad gestante es nulo, debido a que su causa es ilícita. Si la madre gestante recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregará a la pareja contratante, se considerara que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral.

En Puerto Rico, se considera que el contrato no es válido, porque el cuerpo humano esta fuera del comercio de los hombres y porque es contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca, para que otra persona lo adopte.

⁴⁰⁵ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁰⁶ El estudio realizado se logro a partir del estudio realizado por Gómez de la Torre. Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 148.

Una parte de la doctrina canadiense entiende que el contrato de maternidad gestante conlleva el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de una mujer, lo que hace dudar sobre la validez del objeto del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Quebec. Además considera que procrear un hijo para renunciar a su patria potestad, cuando nazca, es contrario la orden público.

La doctrina española, antes de la promulgación de la Ley de técnicas de reproducción asistida⁴⁰⁷ decreta la nulidad del contrato. Esto es así, porque, la nulidad puede determinar que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes en su acuerdo.

Por tanto, no se puede admitir su práctica de acuerdo con el contexto general de nuestro sistema jurídico, ya que la existencia de todo contrato requiere que su objeto pueda ser materia del mismo y en caso de la maternidad gestante, el objeto de contrato es una persona, primeramente el menor que debe ser entregado; y en segundo, la contratación de las funciones reproductoras. El cual además, sería nulo.

Aunado a los graves aspectos contractual y penal señalados, existen aspectos éticos, que dañan gravemente a la figura de la maternidad, se considera que constituye una distorsión deshumanizadora y promueven una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, porque la disponibilidad del derecho subjetivo de ser madre dentro de las relaciones jurídicas familiares, impide contrato o transacción en esta materia y al ser un acto *intuite personae* debe ser indelegable.

En este sentido, desde 1983 el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido,⁴⁰⁸ se opuso a la práctica de estos métodos, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir la mujeres sujetas a los mismos, al no poder predecirse de antemano sus actitudes respecto a los descendientes alumbrados por ellas, e independientemente de cualquier sentimiento estar vinculadas a entregarlos.

⁴⁰⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁰⁸ Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos, *Informe del Comité Ético del Real Colegio de Obstetras y Ginecólogos en fertilización in vitro o transferencia de embriones*, Londres, 1983, p. 16.

Por ese motivo, el Parlamento de Europa⁴⁰⁹ considera que en principio la maternidad gestante debe prohibirse, pero en el caso de insistir en su práctica, sólo podrá permitirse en dos supuestos. El primero, cuando se realice sobre una base exclusivamente benévola, y en segundo lugar, cuando la madre gestante tuviese la opción de quedarse con el menor una vez nacido este, si así lo deseara. Dentro de este esquema, es lógica la prohibición absoluta de establecer cualquier acuerdo según el cual, la madre gestante se comprometa a renunciar al menor alumbrado por ella. Con relación a la imputación de la maternidad, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos, pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de gestación.

En los países donde se permite la práctica de la maternidad gestante, se privilegia el nexo biológico, sin considerar también la importancia de los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante durante los nueve meses del embarazo, ya que si bien, los códigos genéticos del menor son determinables, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante.⁴¹⁰

Precisamente en virtud de la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno y paterno filial, la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el Derecho.

3.5 Clasificación de la maternidad gestante

Hay diversidad de autores que clasifican la maternidad gestante según distintos criterios, sin embargo, dejando al margen cuestiones estrictamente técnicas, médicas o biológicas, y con objeto de estudiar, sobre todo a la luz de los derechos fundamentales y de la dignidad del hombre, la admisibilidad de esta

⁴⁰⁹ La Comisión de Derechos de la mujer del Parlamento Europeo aconseja prohibir la maternidad gestante. Disponible en: <http://www.abc.es/archivo/archivo.asp> Consultada el 18 de diciembre de 2011.

⁴¹⁰ Véase López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 360.

técnica y la elección entre sus alternativas más significativas, voy a examinar este método, unificando las propuestas de la doctrina de acuerdo con sus características.⁴¹¹ En este sentido, se clasifica por:

1. Por la finalidad de su utilización.
 - 1.1 Como remedio de la esterilidad o infertilidad, masculina o femenina.
 - 1.2 Como alternativa voluntaria de la fecundación natural.
2. Por el destino del fruto de la fecundación.
 - 2.1 La procreación.
 - 2.2 La investigación.
 - 2.3 La experimentación.
3. Por el lugar en que se realiza la fecundación.
 - 3.1 En el interior de la mujer: IA.
 - 3.2 En el exterior de la mujer: FIV.
4. Por la divulgación de la manipulación.
 - 4.1 Anónima o desconocida para cualquiera de los intervinientes.
 - 4.2 De conocimiento limitado.
 - 4.2.1 Con derecho del hijo a conocer su origen artificial.
 - 4.2.2 Con derecho más amplio por razones terapéuticas o de diagnóstico.
 - 4.3 De generar conocimiento.
5. Por la voluntariedad.
 - 5.1 Respecto de la fecundación.
 - 5.1.1 Voluntaria.
 - 5.1.2 Involuntaria.
 - 5.2 Respecto de la aportación de gametos.
 - 5.2.1 Voluntaria, con determinación específica del uso a dar al gameto, en tiempo y persona.
 - 5.2.2 Voluntaria, sin determinación del destino específico para su utilización a realizar a través de un banco o institución.

⁴¹¹ Basando esta clasificación en la propuesta por Zarraluqui. Véase Zarraluqui, Luís, *op. cit.*, pp. 133-140.

- 5.2.3 Involuntaria.
- 6. Por su onerosidad.⁴¹²
 - 6.1 Respecto de la contraprestación de la fecundación o aportación de gametos o gestación.
 - 6.1.1 Gratuita: por altruismo y solidaridad.
 - 6.1.2 Con compensación de gastos y perjuicios.
 - 6.1.3 Retribuida.
 - 6.2 Respecto del reporte del costo de la manipulación.
 - 6.2.1 A cargo del beneficiario.
 - 6.2.2 A cargo de otro: el erario público, seguridad social, etc.
- 7. Por la relación de los productores de los gametos entre sí.
 - 7.1 Respecto de la especie.
 - 7.1.1 Ambos de la especie humana.
 - 7.1.2 Uno humano y el otro no.
 - 7.2 Respecto de su unión.
 - 7.2.1 Matrimonio.
 - 7.2.2 Pareja estable o concubinos.
 - 7.2.3 Sin unión entre ellos.
 - 7.2.3.1 El hombre o mujer solo.
 - 7.2.3.2 El hombre o mujer unidos en matrimonio con otros.
 - 7.2.3.3 El hombre o mujer unidos o en concubinato o pareja estable con otros.
- 8. Por semen.
 - 8.1 Respecto de su estado.
 - 8.1.1 Natural o fresco.
 - 8.1.2 Congelado, procedente de un banco de semen.
 - 8.2 Respecto de su selección.
 - 8.2.1 Por salubridad, es decir, en relación con la transmisión de enfermedades o defectos, físicos o psíquicos.

⁴¹² En este sentido, Arámbula Reyes comparte la clasificación de Zarraluqui. Véase Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, pp. 33-41.

- 8.2.2 Por el contenido cromosómico sexual del espermatozoide, para la selección del sexo del nacido.
- 8.2.3 Por el número de utilizaciones del mismo semen.
- 8.2.4 Por sus caracteres fenotípicos.
- 8.2.5 Por razones eugenésicas.
- 8.3 Respecto de su origen.
 - 8.3.1 De uno solo.
 - 8.3.2 Mezclado: más de un productor.
- 8.4 Respecto del lugar de producción.
 - 8.4.1 Nacional.
 - 8.4.2 Extranjero.
- 9. Por el productor del semen.
 - 9.1 Respecto de su identidad.
 - 9.1.1 Anónima.
 - 9.1.2 Conocida.
 - 9.1.3 Con derecho total a conocerla cualquiera.
 - 9.1.4 Con derecho limitado a conocerla.
 - 9.1.4.1 Por razón de la persona: el hijo, la productora del óvulo, la gestante, el médico en problemas terapéuticos o de diagnóstico.
 - 9.1.4.2 Por razón de la causa: por motivos sanitarios, por beneficio psicológico.
 - 9.2 Respecto de su relación con la mujer inseminada o con la productora del óvulo fecundado *in vitro*.
 - 9.2.1 Matrimonio.
 - 9.2.2 Concubinos o unión estable.
 - 9.2.3 Sin relación.
 - 9.3 Respecto de su relación con la mujer gestante.
 - 9.3.1 Matrimonio.
 - 9.3.2 Unión estable o concubinos.
 - 9.3.3 Sin relación.

- 9.4 Respeto de las consecuencias del consentimiento.
 - 9.4.1 Con determinación de filiación.
 - 9.4.2 Con determinación de filiación limitada, con exclusión de ciertas consecuencias jurídicas, tales como los derechos sucesorios.
 - 9.4.3 Sin determinación de filiación, pero con alguna consecuencia jurídica.
 - 9.4.4 Sin determinación de ninguna consecuencia jurídica.
- 9.5 Respeto del momento de utilización del esperma para fecundación.
 - 9.5.1 En vida del productor.
 - 9.5.2 *Post mortem*.⁴¹³
- 10. Por la productora del óvulo.
 - 10.1 Respeto de su identidad.
 - 10.1.1 Anónima.
 - 10.1.2 Conocida.
 - 10.1.3 Con derecho total a conocerla.
 - 10.1.4 Con derecho limitado a conocerla.
 - 10.1.4.1 Por razón de la persona: el hijo, el productor del semen.
 - 10.1.4.2 Por motivos sanitarios.
 - 10.2 Respeto a la identidad de la gestante.⁴¹⁴
 - 10.2.1 La misma productora del óvulo.
 - 10.2.2 Distinta (maternidad gestante).
 - 10.3 Respeto a la familia del hijo.
 - 10.3.1 La misma propia de la productora del óvulo.
 - 10.3.2 La correspondiente a la gestante.⁴¹⁵
 - 10.3.3 La del productor del semen distinta las anteriores.

⁴¹³ La inseminación artificial *post mortem* se define como la procreación asistida que realiza la viuda o viudo a través de fecundación artificial con óvulo o esperma congelado, recogido antes de la muerte o por transferencia de embrión fecundado con óvulo o semen del difunto, el cual será analizado en el presente trabajo.

⁴¹⁴ En este sentido, Arámbula Reyes propone llamar, de acuerdo con la participación genética de la mujer gestante, en: total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos y; parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado *in vitro* que le ha sido transplantado. Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, pp. 33-41.

⁴¹⁵ En el caso de donación de óvulo o embrión.

- 10.3.4 La de otros, por adopción.
- 10.4 Respecto la relación con el productor del semen.
 - 10.4.1 Matrimonio.
 - 10.4.2 Pareja estable o concubinos.
 - 10.4.3 Sin relación.
 - 10.4.3.1 La mujer sola.
 - 10.4.3.2 La mujer unida en matrimonio con otro.
 - 10.4.3.3 La mujer en concubinato o pareja estable con otro
- 11. Por el óvulo.
 - 11.1 Respecto de su estado.
 - 11.1.1 Natural.
 - 11.1.2 Congelado.
 - 11.2 Respecto de su número.
 - 11.2.1 Fecundar *in vitro*: extrayendo uno o varios.
 - 11.2.2 A fecundar en GIFT.
- 12. Por el preembrión.
 - 12.1 Respecto de su estado.
 - 12.1.1 Natural.
 - 12.1.2 Congelado.
 - 12.2 Respecto del momento de la implantación.
 - 12.2.1 En vida del o de los progenitores.
 - 12.2.2 *Post mortem* del padre, implantado en la madre.
 - 12.2.3 *Post mortem* de la madre, implantado en tercera.
 - 12.3 Respecto de la madre gestante.
 - 12.3.1 Identidad con la madre genética.
 - 12.3.2 Distinta de la madre genética.
 - 12.4 Respecto de la madre legal.
 - 12.4.1 Identidad con la genética.
 - 12.4.2 Identidad con la gestante.
 - 12.4.3 Distinta de ambas.
 - 12.5 Respecto de su destino.

- 12.5.1 Su implantación.
- 12.5.2 La investigación.
- 12.5.3 La experimentación.
- 12.6 Respecto de su viabilidad.
 - 12.6.1 Viable.
 - 12.6.2 No viable.
- 12.7 Respecto de su localización.
 - 12.7.1 En el útero.
 - 12.7.2 En el exterior del útero.
- 13. Por la gestante.⁴¹⁶
 - 13.1 Respecto del origen del óvulo fecundado.
 - 13.1.1 Propio.
 - 13.1.2 Ajeno.
 - 13.2 Respecto del sexo del/de la gestante.
 - 13.2.1 Femenino.
 - 13.2.2 Masculino.⁴¹⁷
 - 13.3 Respecto del destino familiar del hijo.
 - 13.3.1 La misma familia de la gestante.
 - 13.3.2 Para la familia correspondiente a la productora del óvulo.
 - 13.3.3 Para una familia distinta de la correspondiente a la productora del óvulo y de la suya propia.
 - 13.3.3.1 Para la familia del productor del semen.
 - 13.3.3.2 Para una familia que no es la del productor del semen.

⁴¹⁶ En este sentido, León Rabago explica que técnicamente es posible que se den las siguientes tres relaciones: primero, que el ovocito de la esposa sea fecundado artificialmente con semen de su marido y que el embrión resultante sea implantado en otra mujer apta para la gestación; segundo, que una mujer done su ovocito y éste sea fecundado con semen del marido de la pareja, para posteriormente implantar el embrión obtenido en otra mujer diversa y; tercero, que una mujer ajena done su ovocito, éste sea fecundado con semen del marido de la pareja y el embrión resultante sea implantado en la misma donadora del ovocito fecundado. León Rabago, Diego, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁴¹⁷ Al respecto, comenta Zarraluqui, que actualmente no es posible esta manipulación, sin embargo, es tomada en consideración por su posibilidad futura. Zarraluqui, Luís, *op. cit.*, pp. 133-140.

14. Por sus consecuencias parentales.

14.1 Respecto de las relaciones jurídico-sociales paternas.

14.1.1 Padre productor de semen.

14.1.2 Padre, marido o pareja estable de la madre, que consiente.

14.1.3 Padre, marido o pareja estable de la madre sin consentimiento.

14.2 Respecto de las relaciones jurídico-sociales maternas.

14.2.1 Madre genética, productora del óvulo.

14.2.2 Madre gestante.

14.2.3 Madre legal.⁴¹⁸

3.6 Algunas consecuencias jurídicas de la maternidad gestante

Como se analizó en el capítulo sobre filiación, el principio de *mater semper certa est* fue enunciado para el caso en que el óvulo de una mujer era fecundado a través de una relación sexual. Una vez fecundado el óvulo, la mujer gestaba el embrión y alumbraba el hijo.

Con la maternidad gestante se presenta una nueva realidad: la existencia de una mujer que, en principio, no desea un hijo y no realiza un acto sexual, aportando o no su óvulo para la concepción, pone su organismo para la gestación de un hijo que entregará a otra mujer que no puede gestar. Así, conlleva una serie de implicaciones sociales, económicas, políticas, éticas, religiosas, jurídicas, entre otras de suma importancia.

En este sentido, analizare las consecuencias jurídicas de dicha técnica, cabe señalar en este rubro que pueden versar sobre un sinfín de figuras jurídicas, como se señaló con anterioridad. Sin embargo, reduciré este estudio en dos instituciones familiares sumamente importantes, la filiación y la paternidad, iniciando con la familia como célula transformadora de una sociedad moderna.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Identificada también como la madre contratante en la maternidad gestante.

⁴¹⁹ Véase Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 227.

3.6.1 Consecuencias en la familia

Se ha afirmado que la familia, como institución, no fue creada por la voluntad del hombre como una alternativa para organizar la convivencia y la perpetuación de la especie, sino que se trata de algo que viene ya exigido por la misma manera de ser del hombre: por su propia naturaleza.

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

Por lo que, para colmar esas necesidades de los hijos, se ha creado la institución de la familia. Las formas de ésta son muy variadas a lo largo de la historia y en las diversas civilizaciones. Pero en todas ellas hay de común un esquema de institución que implica la unión estable entre los progenitores, y entre éstos y los hijos hasta la madurez física e intelectual de los segundos.⁴²⁰

Sin embargo, a comienzos del siglo XXI, se ha presentado la denominada “familia cambiante”. La legalización del matrimonio entre personas de un mismo sexo y de uniones civiles, los altos índices de cohabitación, divorcio, segundas nupcias e hijos nacidos fuera del matrimonio, todo esto, está alterando lo que se entendía acerca de la naturaleza y los propósitos de la vida en familia.⁴²¹

Aunado a ello, otro fenómeno, que está cambiando son las nuevas técnicas de reproducción humana, cuyo uso es cada vez mayor.⁴²² Actualmente son

⁴²⁰ Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴²¹ Alvaré, Hele, “La familia y la tecnología de la reproducción asistida”, *Family life respect life office*, Estados Unidos de Norteamérica. Disponible en http://flrl.org/PDFs_and_Docs/RespectLife07USCCB/Alvare%20SP.doc Consultada el 16 de enero de 2012.

⁴²² Solamente en los Estados Unidos, hay miles de clínicas de fertilidad, bancos de semen, agentes de óvulos y madres gestantes que producen cerca de 10.000 niños al año. Cada vez son más el número de clínicas que ofrecen, congelación de óvulos y/o embriones, diagnóstico genético antes de la implantación para descartar embriones con ciertos genes o de cierto sexo, “reducción selectiva” para destruir los niños aún sin nacer, provenientes de embarazos de gestación múltiple e, incluso, embriones diseñados “a la medida” para satisfacer a los clientes que soliciten niños con

escasas las legislaciones que tratan estas técnicas, las cuales principalmente versan sobre asuntos de veracidad en la publicidad y sobre asignar los derechos de los compradores de los servicios de fertilidad.

No hay leyes que delimiten el uso de las TRA, dejando lagunas jurídicas de suma importancia.

Las TRA plantean un problema serio para la constitución de las familias,⁴²³ siendo evidente que en esta época hay una exageración del movimiento feminista, como una clara reacción a la cultura patriarcal y una estructura familiar dominada por el varón, es difícil entender cómo una industria aparentemente dedicada a ayudar a parejas que no logran tener hijos, pueda estar en contra de la doctrina social sobre el bienestar de la familia.

Partiendo que los seres humanos, por supuesto, desean tener hijos, algunas teorías a favor de las TRA sostienen que una pareja puede fácilmente llegar a pensar en la procreación como un “derecho”. Pero, una mirada más cercana a las prácticas y a los valores de la industria de las TRA muestra cómo contradice profundamente los verdaderos valores de la familia y de la sociedad.

Muy probablemente la industria conseguirá mejorar sus técnicas con mayor frecuencia y menos complicaciones fácilmente detectables, por lo que habrá un crecimiento cada vez mayor en su uso.

Asimismo, existen otros factores que provocan que estas técnicas vayan a la alza. Como se analizó, posponer la maternidad para edades más avanzadas, el empleo desmesurado de métodos anticonceptivos y otros trastornos propician su utilización. Si a esto se agrega la tendencia al consumismo, se puede apreciar cuán difícil será para una persona resistirse a crear el mejor niño posible. No obstante, la industria de las TRA han revelado la imperfección de sus valores y prácticas.

ciertos grados de belleza y/o talento. Aún así, esta lista no abarca toda la industria de las TRA.
Ibid.

⁴²³ Alvaré sostiene que derivado de las investigaciones en ciencias sociales que se han desarrollado, se concluye que el mejor ambiente para los infantes incluye padres, casados y estables. La autora en comento considera que en general, ni la cohabitación, ni los padres ni madres solteras, proporcionan a los niños las ventajas educativas y emocionales, e incluso, financieras, que proporcionan sus padres biológicos, casados. *Ibid.*

En el ámbito jurídico, se ven implicados y afectados conceptos como maternidad, paternidad, filiación, implicaciones de carácter matrimonial ante la posibilidad de consentir unilateralmente que se realicen prácticas que, no son consentidas por otro cónyuge;⁴²⁴ el Derecho sucesorio puede ver afectado; el Derecho patrimonial tiene que enfrentarse ante nuevas categorías negociables; el Derecho notarial tendrá que analizar un nuevo instrumento; diversas ramas del Derecho también se verían perturbadas, ante responsabilidades penales, laborales, fiscales, entre otras; y sobre todo, los derechos inherentes a la persona como son el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, etc. Se aprecian diversas disociaciones que incluso se pueden extender hasta conceptos no discutidos.⁴²⁵

Pero le queda al jurista todavía otra faena que cumplir, ocurre cuando se presentan problemas tales como la distorsión de la maternidad y la paternidad entre una madre genética, un padre genético, una madre gestante, una madre legal y un padre legal, centrar la idea en uno sólo crea un abanico de disyuntivas. Por mencionar, pensar que existe la posibilidad de que la madre gestante sea familiar de la pareja contratante. Todo ello, provocaría un desajuste y desequilibrio en la naturaleza, hecho por supuesto que perturbaría al ser humano.

Por último, destaco una consideración trascendente plasmada por Recasens,⁴²⁶ quien sostiene que si bien mediante el Derecho, los hombres tratan de conseguir una situación de certeza y de seguridad, esto es, de orden y de paz en sus relaciones sociales; se debe por tanto, descartar toda situación al capricho de los individuos.

Puedo concluir, que el desarrollo y la transformación del Derecho dependen de las circunstancias históricas y de las estructuras sociales en un tiempo determinado. Aunado a ello, se promueve la urgencia de cambios en la ordenación jurídica, sin embargo, esos cambios pueden poner en peligro la estabilidad del

⁴²⁴ Según algunos autores pueden estimarse atentatorias contra el debido respeto mutuo.

⁴²⁵ Véase Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, pp. 35- 36.

⁴²⁶ Recasens Siches, Luís, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 19.

orden y de la paz; y esto suscita la preocupación de conciliar la necesidad de un orden cierto y seguro con los requerimientos de la justicia en cualquier caso.

Por tanto, en opinión que comparto y complemento con Albacar,⁴²⁷ las técnicas de reproducción que emergen nos sitúan en el umbral de un nuevo Derecho, y una noción de familia.

3.6.2 Conflictos en la filiación y paternidad

La filiación y la paternidad son dos instituciones familiares que se verían sumamente afectadas por la práctica de la maternidad gestante, las cuales resultan más delicadas y difíciles de resolver al margen de una legislación nula en nuestro país. Sin embargo, expondré un cuadro comparativo entre los diversos criterios aportados por la doctrina y las distintas legislaciones extranjeras que la contemplan.

En este sentido, en el caso de México analizaré el Decreto de Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, realizando las observaciones y críticas pertinentes.

Si bien la maternidad gestante es una técnica relativamente nueva, muchos de los juristas ya la contemplaban en sus estudios jurídicos, tal es el caso de Gutiérrez y González⁴²⁸ quien sostiene que de llevarse esta práctica la mujer gestante y su pareja no serían los progenitores, en tanto que ella sólo pone solo su útero para que en él se desarrolle un proceso biológico. Esto derivado que el óvulo no es de ella y su pareja no puso el espermatozoide, por lo que no tiene nada que ver en el desarrollo del óvulo fecundado. Considera que se trata solamente de una mujer que permite en su útero se desarrolle el embarazo y al final de este, el producto lo entregará a la que fue titular del óvulo y a su esposo titular del esperma.

En el caso de que la madre gestante haya aportado su óvulo considera que se estaría tipificando en adulterio admitida de antemano por la mujer contratante.

⁴²⁷ Citado por Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, p. 36.

⁴²⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, pp. 584-586.

Por lo que respecta, a la pareja de la madre gestante con relación al hijo gestado considera tiene todos los derechos de un descendiente consanguíneo.

Ahora bien, el autor en comento es el único que estudia y analiza lo referente a después del parto, es decir, considera que una vez nacido el niño se realicen los efectos jurídicos del contrato de lactancia, el cual es accesorio al contrato de maternidad gestante, siendo aquél por virtud del cual la pareja solicitante, en forma temporal, gratuita u onerosa, le encomienda a la gestante, amamantamiento y alimentación al producto de la concepción, por un lapso máximo de seis meses después del nacimiento. A mi parecer es acertado el tema de la lactancia, sin embargo, llevarlo al esquema jurídico con tal naturaleza, conllevaría, a la par de las consecuencias del mal llamado contrato de maternidad gestante, otras de diversa índole que no sería propiamente el análisis del presente trabajo.

Otra corriente doctrinal es la aportada por Chávez Asencio⁴²⁹ sostiene que de ser válido el contrato de la maternidad gestante, la paternidad y la maternidad derivarían sólo del contrato.

Considera que se daría lugar a un vínculo de adopción, en caso de que la pareja solicitante no aporte los dos elementos genéticos. Y sólo deberá determinarse si se trata de una filiación matrimonial o extra matrimonial, según la situación del o de los solicitantes (pareja o persona sola).

Para el caso de los donantes de los elementos genéticos, considera se habrá que estudiar el contrato que suscribió y si renunció a su maternidad o paternidad, la cual no es renunciante.

Por lo que respecta a la mujer gestante y su pareja no podrán reclamar su maternidad o paternidad. En este sentido, la mujer y hombre solicitantes, hubieran o no aportado sus elementos genéticos, no podrán, *a posteriori*, impugnar su maternidad y paternidad pues la licitud y validez del contrato se impone.

En el caso del producto de la concepción, como no es parte en el contrato, puede investigar su maternidad y paternidad, ya que el contrato no produce

⁴²⁹ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, pp. 76-81.

efectos en su perjuicio. En relación al contrato, el autor en comento sostiene que si éste es nulo no surtirá sus efectos jurídicos.⁴³⁰

La paternidad, puede ser atribuida siguiendo el criterio del autor en comento, dependiendo los siguientes supuestos:

- a) Pareja de la madre gestante. Si la gestante está casada, el padre del infante es su marido con base en la presunción *iuris tantum*. El contrato que se celebre no puede excluirlo de la paternidad, no obstante que revele a otro varón como aportante de semen, pues al ser nulo no produce efecto alguno. Por tanto, opera la presunción *pater is et quem justae nuptiae demonstrant*. Supuesto lo anterior, conviene preguntar si el marido de la madre gestante puede o no contradecir su paternidad. Considera que, al haber prueba de no ser padre, se puede entender como legitimado para contradecir la paternidad que se le imputa. En estos supuestos, y de proceder la contradicción del marido de la madre sustituta, se trataría de un hijo habido fuera de matrimonio; su madre sería mujer casada que tuvo un hijo con persona extraña a su marido.
- b) Padre solicitante. Si el cónyuge de la pareja solicitante aportó su célula germinal, éste, en base en lo genético, sería el padre y se trataría de un hijo nacido fuera del matrimonio.
- c) Donante de espermia. Con relación al donante, conviene preguntar también si se le puede imputar la paternidad. Tomando en cuenta que fue y se conservó anónimo, no pretendió atribuirse el papel del padre e hizo donación sin conocer a la mujer. El autor en comento, considera contrario a lo que sostiene Gutiérrez y González, que no hay adulterio genético, por lo que no procedería imputársele la paternidad.

En estos casos, asegura Chávez Asencio será el tribunal quien decida sobre la filiación del niño, sobre quien tendrá la custodia y quién ejercerá la patria potestad, y quien tendrá el derecho de visita.

⁴³⁰ En cuanto a la maternidad, considera Chávez Asencio debe atribuírsele a la mujer gestante. Pues, asegura es más importante el componente de la gestación que el genético. Ello porque, no cree que todo está en los genes, sino en la interacción con el ambiente que pone en marcha el funcionamiento del programa. *Ibid.*

Complementando estas ideas, Gómez de la Torre⁴³¹ propone que para la determinación de la paternidad, primeramente, se tiene que establecer si se considera válido o nulo el contrato de maternidad gestante:

a) Contrato válido. Si consideramos válido este tipo de contrato, se presentan dos posibilidades al respecto:

1. Existencia de un sólo contrato, el de gestación, donde la atribución de la paternidad se determinará según lo estipulado por las partes contratantes (pareja solicitante y madre gestante). Es decir, la paternidad se imputará a la pareja solicitante en virtud de lo acordado en el contrato. La determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial, funcionará en relación a si la pareja solicitante está casada o no.
2. La segunda posibilidad surge cuando el contrato de gestación es la base para la posterior adopción del hijo, por parte de la pareja solicitante o por un miembro de ella. Se establece un contrato de gestación entre la pareja solicitante y la madre gestante, generalmente, el hombre de la pareja solicitante aporta sus gametos para inseminar a la madre gestante. En el contrato se estipula que la madre gestante renuncia a sus derechos sobre el niño, entregando la custodia al padre genético. La determinación de la paternidad se establece inscribiendo al niño como hijo no matrimonial del hombre pareja solicitante (padre genético). Una vez determinada la paternidad, la cónyuge iniciará los trámites de adopción de la criatura.

b) Contrato nulo o inexistente. Se llevaría a cabo la maternidad gestante a través de la figura de adopción. Al respecto, surge la pregunta si es posible la adopción prenatal. Considerando que la última reforma en materia de adopción no ha regulado la adopción prenatal.

Algunos autores consideran que la adopción es la única forma de asumir la maternidad, por la pareja solicitante. En este sentido, se

⁴³¹ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 227-230.

señala que la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo, implica necesariamente que la única forma de asumir la maternidad en estos casos, por quien desea hacerlo, es la adopción, tanto si de la pareja proceden los elementos genéticos, como si no es así, y procede de la gestante o de donantes. Sin embargo, pudiera ocurrir que la pareja solicitante no fuera seleccionada por la entidad pública para ser los adoptantes de la criatura encargada. Singular atención, tiene el caso de que el hombre de la pareja solicitante, fuera el padre biológico de la criatura encargada, se podría solucionar el problema de la adopción, determinando previamente la paternidad respecto al hijo encargado. Una vez determinada la paternidad, su cónyuge podrá solicitar la adopción del hijo de su marido.

Desde otra perspectiva teórica, la autora en comento considera que para la determinación de la paternidad del hijo que nazca, se hará de acuerdo a si la madre gestante está casada o no. Así, existen dos posibilidades:

- a) Si la madre gestante está casada, se atribuirá la paternidad a su marido, por aplicación de las presunciones. Por tanto, el hijo tendrá la consideración de hijo matrimonial de la madre gestante y del marido de ésta. El desencadenamiento de la presunción de paternidad operará tanto si el hombre hubiese expresado su consentimiento para que su cónyuge fuera madre gestante (sin ninguna validez, porque el contrato es nulo) como si, por el contrario, no hubiese sido parte en dicho contrato. Esto, porque a los efectos legales, el hijo nacido durante el matrimonio se le reputa matrimonial. Sin embargo, frente a la atribución legal de la paternidad, puede el marido accionar contra ésta, impugnando su paternidad destruyendo la presunción.⁴³²

⁴³² Corral también sostiene dicha postura. Expone este autor en el caso de que la madre gestante no quiera entregar al hijo, existiría una presunción de paternidad en favor de su marido, que se puede ver reforzada por la posesión de estado. La reivindicación de la paternidad por parte del hombre de la pareja solicitante puede ser relativamente sencilla si aportó el semen para la fecundación, pero prácticamente imposible si proviene de un donante anónimo. Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, pp. 130-135.

b) Si la madre gestante es soltera, no habrá paternidad legalmente determinada. El padre biológico (generalmente hombre de la pareja solicitante) podrá reconocer al hijo por cualquiera de los medios previstos en la legislación, quedando determinada la filiación del hijo como no matrimonial de la madre gestante y del hombre de la pareja solicitante. En este caso, como se analizó con anterioridad la pareja solicitante podrá solicitar la adopción del hijo nacido. Sin embargo, resalto una cuestión ¿qué sucedería con el hijo nacido, si se niega a entregarlo la madre gestante?⁴³³

Diferente razonamiento de las examinadas con antelación, es la postura de Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel,⁴³⁴ quienes consideran que cuando la maternidad sea parcial, existirá filiación jurídica natural entre quienes aportaron las células germinales respectivas y el producto de la concepción, mientras que cuando sea total, existirá filiación jurídica natural respecto del varón, si aportó el gameto correspondiente con el propósito de asumir la paternidad, y artificial respecto de la mujer que solicito los servicios.

Su razonamiento esta basado en términos del artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal, el cual funda que la filiación se establece directamente entre quienes “procuraron” el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores y el producto de la concepción. Consecuentemente, la gestante en ningún momento entablará parentesco con el concebido, ni siquiera cuando hubiere aportado óvulos.⁴³⁵

Si la gestante se encuentra unida en matrimonio o concubinato, no serían aplicables las presunciones establecidas en el Código Civil, por lo que dichos autores difieren con parte de la doctrina, ya que consideran que la presunción de filiación ni siquiera es aplicable en dicho supuesto debido a que el referido artículo 293 lo impide tanto por ser regla especial a las mencionadas presunciones como por ser norma posterior a las que prevén éstas.

⁴³³ Parte de la legislación española, considera que será el juez quien decida con qué progenitor quedará el niño, tomando en cuenta siempre el beneficio de éste. Mencionada legislación será estudiada con profundidad más adelante.

⁴³⁴ Rico Álvarez, Fausto, et. al., *op. cit.*, pp. 380-381.

⁴³⁵ Si la madre gestante, aporta las células germinales para la reproducción, guardará vinculación biológica con el concebido pero no jurídica, en virtud de que existe una disposición legal que así lo ordena.

Sin embargo, no excluyen que desde el punto de vista práctico pudiera ocurrir que la gestante incumpla el acuerdo entablado con quienes solicitaron su asistencia y registre a la persona que dio a luz como hijo suyo, al amparo de quienes deben ser considerados progenitores, conforme al mencionado artículo 293, podrán ejercer la acción de contradicción correspondiente.⁴³⁶

Ahora, desde la exclusiva perspectiva del Derecho Positivo, indicaré las regulaciones legales vigentes en otros países que muestran todo un abanico de posiciones a propósito de las consecuencias jurídicas provocadas por la maternidad gestante, con referencias a la paternidad y la filiación. Este estudio Derecho Comparado, será dividido en tres aspectos: primero, los países donde la maternidad gestante esta regulada y es legal; segundo, los países donde la maternidad gestante esta regulada y es ilegal y; tercero, los países donde la maternidad gestante no cuenta con regulación expresa.

3.7 La maternidad gestante en el Derecho Comparado

3.7.1 Países que regulan la maternidad gestante y ésta es legal

a) Canadá

Este país presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. Establecido en el Informe Ontario (*Ontario Law Reform Commission*) permitió la maternidad gestante y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos y formuló 32 recomendaciones sobre el tema.

⁴³⁶ Otro sector de la doctrina, distingue entre la mujer que aporta su óvulo y lleva a cabo la gestación y aquella que entrega su óvulo para que a través de una FIVTE se transfiera a una madre gestante y ésta gesta al hijo. Estimaban que debía matizarse la solución de considerar madre a la mujer que dio a luz, de manera que, en el caso de maternidad gestante sin aportación de óvulo, puedan primar los padres que desean tener el hijo sobre la mujer que únicamente lo gestó, sin distinguir si el embrión es fruto de éstos o si ha habido donantes. Otra perspectiva teórica, se señala que se debía partir de la idea de que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o gestante, pero que no debe impedirse en ciertos casos una eventual reclamación frente a los padres, sobre todo cuando por fallecimiento o por imposibilidad de la madre que alumbró haya de quedar sin protección el niño habido como consecuencia de la utilización de esta técnica. Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 227.

De las recomendaciones del Informe de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, la que suscitó más controversias fue la creación de un sistema de “adopción subrogada” dependiente del visto bueno judicial.

Ahora bien, en la recomendación 49 establece que un niño nacido tras un acuerdo aprobado de maternidad gestante, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre gestante se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este sea entregado a los padres sociales.

En este país, una parte de la doctrina canadiense, interpreta que el contrato de maternidad gestante trae aparejado el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de la mujer, lo que pone en duda la validez del objeto de dicho contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Canadá.⁴³⁷

b) India

La maternidad gestante en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país. Cabe decir, que es uno de los países en que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente.⁴³⁸

c) Rusia

La Federación de Rusia es uno de los pocos países donde la maternidad gestante está permitida legalmente. Los aspectos legales de la maternidad gestante se rigen por el Código de Familia ruso, en los artículos 51.4 y 52.3; la Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” en el artículo 35; la Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” en el artículo 16.5; y, la parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

Sin embargo, el gran inconveniente de la legislación actual es que la madre gestante no está obligada a dar su consentimiento para que los padres biológicos

⁴³⁷ Gamboa Montejano, Claudia, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*, México, Dirección de servicios de investigación y análisis, 2010, pp. 26-27.

⁴³⁸ Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/27/solidaridad/1317103187.html> Consultada el 30 de enero de 2012; Gamboa Montejano, Claudia, *op. cit.*, p. 27.

sean inscritos como los padres del niño que haya gestado y, en principio, ella puede quedarse con el niño.⁴³⁹

3.7.2. Países que regulan la maternidad gestante y ésta es ilegal

a) España

El ordenamiento es la Ley 35/1988 de fecha 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Establece que la gestación y el parto determinan la filiación respecto de la mujer, así sea por maternidad gestante; de manera tal que es nulo de pleno derecho el contrato para convenir la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.⁴⁴⁰

Esta postura legislativa establecida en el artículo 10, párrafo segundo indica: la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Con tal precepto se recoge el principio clásico inspirador de la tradicional normativa del Código Civil español en relación a la maternidad.

Ahora bien, es coherente con el criterio adoptado en el número 1 del mismo artículo, declarando nulo el denominado contrato de gestación.⁴⁴¹

En cuanto a la paternidad, el artículo 10 párrafo tercero de la LTRA establece queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

Sin embargo, nada aporta este precepto en relación al artículo anterior, puesto que nos remite a la normatividad del Código Civil, ya aplicable anteriormente. Y desde luego, nada aporta a favor del progenitor masculino que quisiera reclamar al hijo, pues no habiendo posesión de estado, como es fácil de imaginar, carecería de legitimación.

En cambio, sí corre el peligro de que su paternidad le sea reclamada en los términos del artículo 133 de Código en comento, por el hijo durante toda su vida,

⁴³⁹ Disponible en: http://surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php Consultada el 31 de enero de 2012.

⁴⁴⁰ Artículo 10 párrafo segundo de la Ley 35/1988. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 553-554.

⁴⁴¹ González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, pp. 148-150.

por la madre tutor o Ministerio Fiscal durante la menor edad o incapacitación del hijo, y por los herederos del hijo si este falleciere antes de transcurrir 4 años desde que alcanzare la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento las pruebas en que se funde la demanda, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Por otra parte, nada impide que la filiación paterna quede establecida a través de un reconocimiento, que puede ser deseada también por la madre gestante, aunque no quiera ni tenga por qué desprenderse de su hijo. El artículo 10 párrafo segundo agrega que quedará a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico. Por tanto, en el caso de que el padre biológico se niegue a reconocer al hijo nacido por esta técnica, éste podrá entablar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, de acuerdo al artículo 133 del Código en comento.

Desde otro punto de vista, se estima que cuando en esta disposición se señala que la acción de reclamación de la paternidad se regirá “conforme a las reglas generales”, se está remitiendo tanto a las normas del Código Civil sobre este tema como a las del artículo 8 de la LTRA. En cuanto a la frase “la posible acción...respecto al padre biológico” se considera, que podría significar que puede reclamar la paternidad el que aportó el semen para la fecundación y a su vez que puede dirigirse la acción contra él, si es conocido.

Si la LTRA ha prohibido la maternidad gestante, quiere decir que la regulación de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica no entra dentro del régimen especial establecido en la Ley; luego entonces, no se le aplicaría el artículo 7 párrafo primero de la LTRA. Por tanto, la atribución de la paternidad-maternidad y las acciones de filiación deben regirse por las normas generales, establecidas en el Código Civil.⁴⁴²

La práctica de maternidad gestante normalmente se contrata desde España, por medio de intermediarios españoles, con otros intermediarios

⁴⁴² Carcaba Fernández, María, *op. cit.*, pp. 165-173.

norteamericanos que se ocupan de proporcionar asistencia en todo lo relativo a la maternidad gestante.⁴⁴³

b) Francia

La Ley de Francia 94-653, de fecha 29 de Julio de 1994, relativa a la protección del cuerpo humano. Establece en su artículo 16-7 que será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero.

Asimismo, en el Código Penal de mencionado país, en su artículo 227.12 se prevén sanciones penales para la mediación entre una persona o una pareja que soliciten tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Esto, cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos. Las penas en estos casos se elevarán el doble. Se castiga la mediación, no a las personas implicadas.

Es importante destacar la nulidad de dicho contrato de maternidad gestante, ya que se realizara al menos en su aspecto material, no tendría efectos, es decir, que los comitentes no estarían obligados a entregar a la gestante el precio convenido, si lo hubiere habido, ni le gestante estará obligada a entregar al hijo nacido.⁴⁴⁴

c) Alemania

La Ley alemana llamada Ley de Protección del Embrión 745/90 de fecha 13 de diciembre de 1990, en su artículo primero se castiga con pena de prisión y multa a quién fecunde un óvulo para transferirlo a mujer que no fuera aquella de quien se extrajo. Así como al que fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar al niño a tercero, después del alumbramiento. También en esta Ley, las mujeres gestantes quedan impunes. Caso contrario, se castiga a los profesionales sanitarios que intervienen en estas operaciones.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Lema Añón, Carlos, "El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y constitución", en Cambrón Infante, Ascensión (ed.), *Reproducción asistida: problemas, promesas, y realidad*, España, Trotta, 2001, p. 43.

⁴⁴⁴ Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127243 Consultada el 1 de febrero de 2012; Véase González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, p. 151.

⁴⁴⁵ Cabe destacar que la *United Families International* fue la primera agencia de madres de alquiler de la República Federal Alemana con sede en Francfort, sin embargo recibió orden judicial de

3.7.3. Países que no cuentan con regulación expresa

a) Estados Unidos de Norteamérica

La mayoría de la doctrina norteamericana considera que el derecho fundamental a procrear, consagrado en la enmienda 14 de la Constitución, comprende tanto los métodos naturales como los alternativos de reproducción y dentro de estos últimos se encuentra la maternidad gestante, por lo que se admite a nivel fáctico

Por lo que, cada Estado tiene competencia para legislar en materia de Derecho de Familia. No existe un Derecho de Familia Federal, lo que explica el distinto tratamiento estatal que se otorga a la maternidad gestante.

En este país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada. Esto quiere decir que cualquier persona tiene un derecho constitucional a casarse y a fundar una familia. La mayoría de la doctrina entiende que este derecho a la procreación comprende todos los medios naturales como los alternativos de reproducción.

Se considera que la decisión de tener un hijo es “la piedra angular” del acuerdo de gestación y que tal decisión sea por un método natural, inseminación artificial o por gestación, debe ser incluida como parte del derecho fundamental a procrear. Luego entonces, si en un Estado se prohibieran los contratos de gestación se estaría infringiendo el derecho fundamental a procrear.

Esta permisividad desde otro punto de vista, señala que los avances de la ciencia y la tecnología permiten a la mujer ejercer su derecho a la procreación con ayuda de la maternidad gestante. Si la Ley permite a un hombre ejercer su derecho a la procreación a través de una donación de semen, este beneficio debe ser extendido a la mujer estéril permitiendo el contrato de gestación. Ya que de no permitirlo, sería relegar a la mujer a una ciudadanía de segunda clase.

suspender inmediatamente sus actividades de mediación en el año de 1990. Disponible en: http://elpais.com/diario/1988/01/08/sociedad/568594804_850215.htmlsoc_4/Tes Consultada el 1 de febrero de 2012.

En relación a las decisiones judiciales, en los casos que se han presentado por incumplimiento del contrato de gestación, no presentan uniformidad de criterios.

Actualmente, doce Estados tienen Proposiciones de Ley que reglamentan la maternidad gestante que, como señalé, no está prohibida.

Entre estas Proposiciones está la del Estado de California, que establece un esquema básico para regular los acuerdos de maternidad gestante, reconoce la maternidad gestante como un método alternativo de reproducción, pero no resuelve temas que tengan un efecto directo en el bienestar del niño. Entre éstos, el de si la pareja puede regular el estilo de vida de la madre gestante respecto a las drogas, al alcohol o al cigarro o el de si la pareja puede prevenir que la madre gestante efectúe un aborto, si está lo desea.⁴⁴⁶

b) Argentina

La legislación relacionada a las técnicas de inseminación artificial, la encontramos en el Artículo 250 del proyecto de los Senadores Menem y Sánchez, al proponer que en caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido sólo podrá impugnar la paternidad en el caso de que no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento.

Por otra parte, el Código Civil de la República de Argentina precisa que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Por lo que, la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.⁴⁴⁷

En la realidad legislativa, no se ha legislado sobre los contratos de maternidad gestante. Sin embargo, se tiene un proyecto de Ley Nacional de Maternidad Subrogada⁴⁴⁸ el cual abre la puerta al debate y posible conducción a la creación de una Ley que regule la maternidad gestante como práctica lícita.

⁴⁴⁶ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 217-218.

⁴⁴⁷ Artículos 63 y 242 del Código Civil de la República de Argentina de fecha 1 de enero de 1871.

⁴⁴⁸ Disponible en: http://www.unhijosposible.com/menu.php?GroupID=IMPORTANTE:_%BFFutura_ley_de_Maternidad_su Consultada el 2 de febrero de 2012.

c) Inglaterra

Inglaterra tiene una ley específica sobre esta cuestión, la llamada Acta de Acuerdos o Disposiciones de Subrogación de 1985.

Dicha legislación no prohíbe la maternidad gestante ni sanciona a la madre gestante ni a los padres que la soliciten, aunque condena la negociación de tales acuerdos con fin lucrativos. Esto con base en el artículo 36 de dichos Acuerdos en el que se establece que ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes.

En este sentido y complementando, la Ley inglesa de 1 de noviembre de 1990, en el artículo 27, expresa una presunción legal de maternidad a la mujer que esté embarazada o lo haya estado como resultado de haberle sido implantado un embrión o esperma y óvulos, deberá ser considerada como la madre del niño a título exclusivo.⁴⁴⁹

d) México

En el contenido innovador de las reformas de 2000 al Código Civil del Distrito Federal, se comprenden diversos preceptos previsores de una serie de supuestos relacionados con las técnicas de procreación médicamente asistida. Como tales podemos señalar los artículos 162, 267 en su fracción XX, 326 y 329. Más recientemente, a principios de 2007, se reformó el artículo 293 con un viraje importante en esta materia.

Desde el 31 de diciembre de 1947,⁴⁵⁰ señala Domínguez Martínez⁴⁵¹ quedó incluida en el artículo 162 del Código en comento la reserva a la pareja en matrimonio de decidir libre, informada y responsablemente, el número y espaciamiento de sus hijos. A partir de las reformas del 2000, también se les confiere el derecho de emplear, con las mismas condiciones, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante título segundo,

⁴⁴⁹ González Morán, Luis, "Aspectos jurídicos de la procreación asistida" en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁰ Con vigencia a partir de 60 días después.

⁴⁵¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 558-559.

correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado "Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética", título al que se le ha denominado "Procreación asistida e inseminación artificial", y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado.⁴⁵²

En este sentido, es importante puntualizar que la maternidad gestante aparece por primera vez en nuestro país en 1997 con referencia expresa en el Estado de Tabasco. En la Exposición de Motivos del Código Civil de Tabasco considera conveniente incorporar los avances científicos en materia de reproducción humana y plasmar en relación a las consecuencias surgidas por esta técnica.

Así, se establece en los artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 351 y 360 del Código Civil de tal entidad, con lo que se intenta resolver la problemática de dicha TRA, al establecer que salvo en el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste hay desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Otro estado que regula esta TRA, es Coahuila se establece que si un óvulo se implantan una mujer de quien no proviniera el material genético, ésta será imputada como madre. De hecho, establece que el contrato de maternidad gestante es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.⁴⁵³

Sin embargo, siguiendo el criterio de Rodríguez⁴⁵⁴ el cuerpo de estos numerales sólo se quedan en un plano meramente abstracto, el cual en la práctica no tendría aplicación, ya que dichas disposiciones no son más que la extrapolación de regulaciones del derecho comparado que contradicen los principios rectores de las relaciones familiares en nuestro país y aún en el mismo

⁴⁵² Rodríguez López, Dina, *op. cit.*

⁴⁵³ Véase artículo 491 del Código Civil del Estado de Coahuila.

⁴⁵⁴ Rodríguez López, Dina, *op. cit.*

Código Civil de Tabasco, legislación que admite la maternidad gestante. De esta manera, las disposiciones del Código Civil de Tabasco y de Coahuila son un esfuerzo significativo por legislar en torno a dicha TRA.

De acuerdo a lo anterior, analizaré la iniciativa de Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal.⁴⁵⁵ Presentada en sesión ordinaria celebrada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal con fecha 26 de noviembre de 2009, por los diputados Maricela Contreras Julián y Julio César Moreno Rivera. Asimismo, se expondrá en comparación el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género,⁴⁵⁶ entorno a las cuestiones controvertidas en el presente estudio fundamentalmente.

a) Aplicación

En este sentido, la LGSDF establece que es la práctica médica auxiliar que se aplica entre un hombre y una mujer. Contrariamente, el Dictamen de las Comisiones establece, es el instrumento que se aplica entre una persona o personas solicitantes y la persona gestante.⁴⁵⁷

Por lo que, una primer crítica a estas disposiciones se haya expuesta, en lo relativo a la permisividad de aplicar dicha TRA en personas solteras, viudos e incluso en parejas del mismo sexo. Esto con base, en un primer término, en lo establecido por la propuesta de las Comisiones al señalar a los solicitantes como “persona o personas”. En segundo, se llegaría a pensar que también se permite en la LGSDF, a parejas unidas en matrimonio. Con las recientes reformas a nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia de matrimonio dejaría abierta la posibilidad de que dichas parejas concurren a esta TRA⁴⁵⁸ y; específicamente a mujeres con un estado civil diferente al señalado, siempre y cuando cumplan con los requisitos indicados.

⁴⁵⁵ El cual denominare con las siglas LGSDF.

⁴⁵⁶ El cual denominare Dictamen de las Comisiones.

⁴⁵⁷ Artículo 2 primer párrafo del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

⁴⁵⁸ Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal.

b) Definición

La LGSDF define como la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide de una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético. El Dictamen de las Comisiones sostiene que, es aquella que se realizará mediante la transferencia de embriones humanos, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, a una persona para que lleve la gestación. Este proceso se efectuará a favor de una o dos personas con quien o quienes al término del embarazo se generan los lazos de filiación con el o los niños nacidos.⁴⁵⁹

La crítica será con base a las partes que proporcionan el material genético. La LGSDF propone de la pareja, pero las Comisiones dejan abierta la posibilidad de donaciones de material genético, obtenido por cualquier otro medio, ya sea de un banco, de familiares, amigos, etc. En este sentido, se establecen ciertos requisitos para las partes que intervienen en esta práctica, previo al instrumento ante Notario, las cuales son:

Decreto por el que se expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal

Propuesta de reformas de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género

- I. Poseer capacidad de ejercicio.
- II. Certificado de la mujer solicitante que acredite su imposibilidad para llevar a cabo la gestación en su útero.
- III. Aceptación de la mujer gestante para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, manifestación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo y concluir su relación, respecto al menor nacido y las personas solicitantes con la terminación del embarazo.
- IV. La mujer gestante cumpla con los requisitos de los artículos 10 fracción III y 11 de la presente ley.
- V. Que la mujer gestante informe a la persona de con la que este unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en dicha técnica.

- I. Poseer capacidad de ejercicio.
- II. La persona gestante otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, manifestación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo y concluir su relación, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo.
- III. La persona gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción II y 11 de la presente ley.

⁴⁵⁹ Artículo 2° segundo párrafo del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

Desde estas ópticas distintas haré las siguientes puntualizaciones: primero, en la propuesta hecha en las Comisiones se elimina el certificado, pues se considera que es un requisito pero antes de su práctica; segundo, en la fracción tercera de ambos textos la mujer gestante acepta que se practique en ella dicha TRA, asimismo renuncia a tener cualquier relación con el infante gestado y con la pareja solicitante, en este sentido, se analizará con más detalle los alcances de esta disposición; tercero, la propuesta de las Comisiones, en el mismo sentido de la fracción segunda, se elimina la fracción cuarta y; cuarto, se establece en la LGSDF que se informe a la pareja de la mujer gestante de dicha práctica. Sin embargo, no se indica en que instrumento se establecerá, ante quién, entre otros; dejando con ello, lagunas jurídicas.

Es trascendente destacar, que en la propuesta de las Comisiones se establece que se transferirán “un embrión o embriones humanos”, dejando abierta la posibilidad de que una pareja solicite implantar más de un embrión en la gestante, poniendo en riesgo la salud de la misma.

Aunado a los requisitos antes descritos, se solicita en ambas disposiciones que se le realice a la mujer gestante una valoración sobre su estado psicológico.

Asimismo, es importante hacer énfasis que la propuesta de las Comisiones y la LGSDF establecen que la mujer gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. Algo que, considero rompe con leyes de la naturaleza, quebranta bases fundamentales de la familia y va en contra de todo contexto jurídico. Ahora bien, con base en los requisitos que señale con anterioridad, se actúa en contra de la fracción tercera que indica que la mujer gestante no debe de tener ninguna relación con el infante gestado y la pareja solicitante.⁴⁶⁰

c) Lucro

Un aspecto en común que tienen ambas disposiciones es en lo relativo al lucro, estableciendo que no se realizará con fines de lucro entre las personas

⁴⁶⁰ Artículos 14 al 17 del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

solicitantes y la mujer gestante. Sin embargo, las personas solicitantes tienen la obligación de hacerse cargo de todos los gastos que se generen.⁴⁶¹

d) Instrumento

En relación a la forma para hacer efectiva dicha TRA, la LGSDF indica que será por medio del instrumento para la gestación subrogada, el cual es el que se celebra ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de ejercicio, para la implantación del embrión y el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante.

Por tanto, el consentimiento que otorguen las partes deberá realizarse ante Notario Público previa verificación de los requisitos del artículo 10 y 14, en este instrumento se manifestara: que las partes intervienen sin fines de lucro; la obligación de las personas solicitantes de hacerse cargo de todos los gastos médicos que generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento; la manifestación de la mujer gestante de que sus óvulos no fueron utilizados para la fecundación y que, por tanto, no le corresponderá la maternidad biológica una vez que nazca el menor, siempre y cuando el nacimiento se produzca dentro de las 40 semanas, contadas a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la implantación; manifestación de que las personas solicitantes son las que aportan el material genético; la obligación de la mujer gestante de entregar, a las personas solicitantes a o los menores después del nacimiento y de los solicitantes a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento y; el conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos del Código Penal, sin que sea causa de

⁴⁶¹ Artículo 2° quinto párrafo y artículo 20 fracción II del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

responsabilidad civil y penal. De estos requisitos proporcionados por la LGSDF, la propuesta de las Comisiones solo es distinta en cuanto a la redacción.

Asimismo, en ambas se establece que se podrán contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación. En este sentido, en el artículo 21 de ambas disposiciones se indican ciertas limitantes que no se podrán contener en dichas cláusulas.

Además, se establece una indemnización, que comprenda la reparación del daño moral, pago de daños y perjuicios en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes. Sin embargo, no indica en base a qué será la indemnización; o si no hubiere dependientes, será en misma proporción que si los hubiere; así tampoco señala en caso de decidir, si estuviera en riesgo, entre la vida de la mujer gestante o la vida del infante gestado.

e) Filiación y paternidad

La LGSDF proporciona una definición de filiación consistente en la relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia. Sin embargo, dicha definición es eliminada por la propuesta de las Comisiones.⁴⁶²

En este sentido, el artículo 22 de ambas propuestas establecen que el consentimiento otorgado en el instrumento público y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. Por lo que, en todos los casos los derechos de filiación serán a favor de las personas solicitantes. Así, ocurre en el caso de las mujeres con un estado civil diferente al señalado. En este supuesto, indica la LGSDF, los derechos del menor que nazca como consecuencia del uso de esta TRA se producen sólo respecto a la mujer solicitante.⁴⁶³

⁴⁶² Artículo 3º fracción III del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

⁴⁶³ Artículo 2º tercer párrafo del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

Consecuentemente, se privilegia un nexo contractual, sin considerar la importancia de los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante, y en su caso su pareja, durante los nueve meses de embarazo ya que es durante este tiempo determinante su futura personalidad vinculada al desarrollo de la madre en la gestación.

Considero que va en contra de preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, tomando en cuenta el artículo 338 de dicho Código, que establece que la filiación no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros y el artículo 6° del Código en comento, el cual dispone que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

De modo que, de acuerdo con las disposiciones referidas, no se puede considerar con un razonamiento basado en términos del artículo 293 del citado Código, el cual funda que la filiación se establece directamente entre quienes “procuraron” el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores y el producto de la concepción.

f) Médicos

En lo relativo a las partes que intervienen en la maternidad gestante, se contempla un título especial para los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica, contemplando que tienen que informar ampliamente a las partes de las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones; debiendo existir constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la intimidad establecido en la LGSDF. A diferencia de la propuesta de las Comisiones, consideran eliminar la información que les pueda proporcionar un médico en materia legal, y en este sentido, la constancia debe ser un formato elaborado por la Secretaría de Salud, con ello consideran se garantiza el derecho a la privacidad.

En este sentido, la LGSDF establece que los embriones sólo se formarán con el fin de la procreación y queda prohibida toda forma de comercialización o de

utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida, así como la crioconservación 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 protección de la vida en gestación. La propuesta de las Comisiones consideró anular todo este párrafo.

El médico deberá solicitar, establece la LGSDF y la propuesta de las Comisiones, los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades. En cambio, el médico certificará:

Decreto por el que se expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal

Propuesta de reformas de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género

- I. Que la mujer solicitante posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.
- II. Las personas solicitantes se encuentran plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente, para la implantación.
- III. La mujer se encuentra en buen estado de salud física y mental.
- IV. Las personas solicitantes sean las que aportan el material genético en la Gestación Subrogada.

- I. La persona o personas solicitantes y la persona gestante se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento para la Gestación Subrogada y que hayan recibido toda la información necesaria.
- II. La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Por lo que en ambas hay requisitos que dista una con otra. No obstante, tienen en común reglas tales como: cerciorarse de que no se encuentre embarazada la madre gestante; establecer visitas domiciliarias a la madre gestante por parte 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; 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.⁴⁶⁴

g) Nulidad, daños y perjuicios y sanciones del instrumento

Siguiendo la LGSDF y la propuesta de las Comisiones se establece que será nulo el instrumento cuando: exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; no cumpla con los requisitos y formalidades establecidas; se establezcan cláusulas que atenten contra la dignidad de las personas que sean parte y; se establezcan cláusulas que contravienen el orden social y el interés público. Asimismo, indica que la declaratoria de nulidad del instrumento no causa efectos respecto a los derechos de filiación entre las personas solicitantes y el menor que nazca.

Sin embargo, no se consideran los alcances de dicha nulidad ya que como se analizó el acuerdo podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que surge de esta técnica.

En nuestra legislación un instrumento de esta naturaleza, no podrá tener efectos jurídicos, ya que el objeto de contrato es una persona, lo cual evidentemente no puede actualizarse, pues las personas e incluso el cuerpo humano o parte de él, no son objetos de los contratos.⁴⁶⁵

En cuanto al pago de daños y perjuicios, sólo nacerá cuando sea revocado antes de la transferencia de embriones y cuando se incumpla con el instrumento.

Las sanciones, tendrá responsabilidad el médico tratante, por el delitos de procreación asistida y; las personas solicitantes o mujer gestante serán sancionados cuando se vaya a lucrar por esta TRA o por la divulgación pública con el objeto de dañar la imagen de las partes, o que no cumpla con lo manifestado en el instrumento, se le fincarán las responsabilidades civiles y penales que resulten, además de las de la Ley de Responsabilidad Civil para la

⁴⁶⁴ Artículos 6º al 13 del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

⁴⁶⁵ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 356.

Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.⁴⁶⁶

Considero que el proyecto de ley presentado tiene criterios generales de la maternidad gestante y que para realizarla se tenían que modificar antes diversos ordenamientos jurídicos que la ley contradice.

En este sentido, en un primer momento se debió realizar una correcta regulación de las TRA en Códigos y leyes, para proporcionar normas generales que den la posibilidad de que la normativa pueda tener cierta perdurabilidad en el tiempo.

Ya que al establecerse una regulación demasiado detallada o específica sobre cada una de las formas o modalidades concretas de realización de las distintas TRA, podría quedar rápidamente obsoleta por la velocidad de los cambios y de los descubrimientos producidos en la ciencia y tecnología.

Los detalles que se han señalado podrían considerarse excesivos, sin embargo, se justifican si se observan los estragos que se han producido y se están produciendo en otros países, donde se realiza la maternidad gestante, dando lugar a innumerables conflictos éticos, psicosociales, jurídicos, entre otros.

El proyecto de ley, concretamente a mi juicio, no contiene un mínimo para garantizar un nivel de eficacia superior a los riesgos, no señala ninguna penalización a las agencias que se dediquen a reclutar mujeres para estas prácticas como forma de explotación, no se enfatiza debidamente a que se tenga en cuenta la salud de los usuarios, y en especial de la mujer y el infante gestado que, como está comprobado, sufren trastornos físicos, emocionales y psicológicos fuertes con la aplicación de esta técnica.

Un objetivo que no tiene es la exigencia de que estas técnicas jamás puedan implicar un riesgo de muerte para la madre gestante. Asimismo no se expresa en casos de malformaciones del infante gestado. Es fundamental en el proyecto la consideración de los intereses del niño que va a concebirse.

⁴⁶⁶ Artículo 28 al 35 del Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

3.8 Consideraciones finales

Las nuevas TRA se han justificado, sobre todo en los primeros años, en el derecho que tendría la pareja aquejada por una esterilidad o infertilidad a demandar las acciones sanitarias que pudieran ayudar a subsanar ese frustrante impedimento.

No obstante, un poco más tarde, se alza la tesis que justifica estas técnicas con la existencia de un derecho a procrear que corresponde reconocer a todo individuo. Con ello, se sostiene que no sólo deben autorizarse estas técnicas en casos de esterilidad o infertilidad, sino también cuando sean el medio apropiado para dar cumplida la satisfacción a este derecho a procrear.

Finalmente, se habla ya directamente de un “derecho al hijo” y se comienzan a ver estas técnicas como medios idóneos para conceder un hijo a toda persona que desee satisfacer sus ansias de paternidad o maternidad en cualquier circunstancia.

Esta cronología es sostenida por Corral,⁴⁶⁷ considerando también que las TRA no serían ya subsidiarias del ejercicio natural de la sexualidad, sino alternativas a éste, cuando los individuos deseen un hijo sin someterse al método natural, se plantea de esta forma la no discriminación en el empleo de estas técnicas y su apertura también a personas solteras, viudos, parejas del mismo sexo, etc.

Es cierto que la esterilidad y la infertilidad son un mal respecto del cual se tiene el derecho de buscar alivio, pero no puede intentarse por cualquier medio y a cualquier costo. La maternidad gestante, en sus distintas modalidades, posibilita la procreación a costa de atentar directamente o poner en peligro la vida de muchos otros seres humanos, por tanto, no puede considerarse legitimada jurídicamente por la bondad del fin perseguido.

Todo acto humano, para que sea realmente humano, ha de ser razonable, y los actos procreativos no pueden ser una excepción. Es evidente que el Derecho es un instrumento al servicio del hombre y que está sometido a la razón y a la libertad de las circunstancias, con frecuencia adversas. Por lo que, toda persona

⁴⁶⁷ Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, p. 169.

humana moralmente madura tiene que filtrar el instinto y el deseo de reproducción en la razón, lo cual conlleva asumir todas las consecuencias del acto procreativo, buscar el bien del hijo a nacer por encima de los intereses particulares.⁴⁶⁸

Menos justificable es el llamado “derecho al hijo”. El hijo no puede ser considerado un objeto de derechos. El hijo es sujeto de derechos y lo que debiera considerarse en primer lugar frente a estas técnicas son justamente los derechos e intereses del niño (presente o futuro).

Ahora bien, esta TRA produce la diferenciación entre los papeles de padre y progenitor. En la mayor parte de los casos, la filiación jurídica coincide plenamente con la relación natural, y por tanto, sería padre de una persona aquellos individuos que la hayan engendrado o concebido, por ser titulares de las células sexuales que se fusionaron aportándole el material genético necesario para la existencia. Así, la figura del progenitor se identifica así con la del padre.⁴⁶⁹

Pero en los supuestos en que, por excepción y atendiendo a necesidades sociales, la ley decide dar vida a una filiación que es más bien una construcción jurídica no basada en el elemento de la procreación biológica, la identificación entre progenitor y padre no persiste, y ambos roles o posiciones resultan perfectamente diferenciables.⁴⁷⁰

Se consideraría de este modo al padre, aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica filiacional con el ser que nazca producto de su donación de gametos. Algunos autores los llaman “padres sociales” en cuanto asumen la función social, a falta de elemento genético de paternidad.⁴⁷¹

Podría hablarse así, de una filiación y paternidad, opuesta a la filiación por naturaleza.

⁴⁶⁸ Blázquez, Niceto, *op. cit.*, pp. 457-458.

⁴⁶⁹ Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁴⁷⁰ La diferencia entre progenitor y padre es aún más marcada si se asumen postulados formalistas para entender la filiación. Díez Picazo y Gullón, sostienen que padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor. Citado por Corral Talciani, Hernán, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁷¹ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, pp. 345-346.

Las reflexiones a las que quiero dar cabida en estas líneas, guardan relación con la figura del progenitor, tanto aquél que además es considerado padre, como aquél que no puede alcanzar esta calidad. Así, entonces se trata de determinar si el hijo tendría derecho a conocer siquiera la identidad de aquella persona que le ha procreado, de aquella persona que le ha determinado gran parte de sus características, no sólo físicas, sino psicológicas y anímicas.

Es posible que la identificación del progenitor no pueda tener por objeto la imputación de los efectos jurídicos de la paternidad (con todos sus derechos y obligaciones), ya que la ley considerará padre a otra persona. Pero, vale la pena discutir sobre la configuración de un derecho a conocer la identidad, aunque de este conocimiento no se derive el revestimiento de paternidad y éste quede siempre liberado de las consecuencias jurídicas de la filiación.

En relación al infante gestado, conviene preguntar cuál es su filiación, recordando que no se puede transigir sobre el estado familiar de las personas. De acuerdo a lo anterior, esto lesiona los derechos del hijo porque lo priva de la relación filial con sus orígenes, sean estos genéticos o de gestación.

Es por ello, que desde la perspectiva científica y tecnológica se plantean graves problemas, de innegable incidencia sobre la naturaleza y el destino del hombre y de la humanidad. Se relacionan, necesaria y entrañablemente, con el principio de la dignidad humana, con los derechos a la vida, a la integridad física y moral de la persona, a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, al honor, a la intimidad, a la salud, a la vida sexual y a la reproducción, y a la constitución de la familia.⁴⁷²

En este sentido, Kraus y Cabral⁴⁷³ se cuestionan ¿por qué el progreso genera problemas?, ¿por qué los caminos de la ciencia no cuentan con censores suficientes para prever daños emanados del mismo conocimiento?

El tema constituye uno de los grandes y difíciles desafíos que enfrenta hoy el Derecho, que debe encausarnos con humildad, cautela y prudencia. Einstein⁴⁷⁴ decía “el progreso ético es la única cura para el daño producido por el progreso

⁴⁷² Véase Gros Espiell, Héctor, *Ética, bioética y derecho*, Colombia, TEMIS, 2005, p. 144.

⁴⁷³ Kraus, Arnoldo y Cabral, Antonio, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

científico". En este siglo la riqueza tecnológica parece antagónica al ser humano, opinión que comparto con los autores en comento, no sólo porque no alcanza para todos, sino porque al surtir a quien sí puede, empobrece más a quien no tiene.

Hacer frente a este desafío, respetando y estimulando el progreso científico y tecnológico, teniendo presente los imperativos éticos, la dignidad, la integridad y la diversidad de todos los seres humanos, así como la igualdad jurídica de estos y los derechos que los hombres tienen por el hecho de ser hombres, considerando el futuro de la especie humana.

Considero que el equilibrio debería provenir del propio ser humano, del crecimiento armónico de la razón, dirían Rousseau y Kant. Efectivamente, la responsabilidad que asumen los hombres de hoy para el mundo del mañana está ligada al sentimiento de irreversibilidad. Lo que la intervención humana produce, modela y recrea, compromete el futuro de la humanidad. Parafraseando una máxima de Einstein, no hay duda, que tendremos el destino que nos hayamos merecido.⁴⁷⁵

Es evidente que el deseo procreador de las mujeres o de una pareja es un valor que debe ser cuidado, pero también es un valor la defensa de los intereses de los que van a nacer mediante esta TRA, es decir, se deben respetar los principios jurídicos superiores como lo son el derecho a la vida y a la dignidad de persona del embrión humano, la protección de los intereses del niño y la protección de la familia.

Así, la investigación técnica no constituye sólo un instrumento a disposición del hombre, destinada a satisfacer sus intereses y a conocer siempre los nuevos y últimos perfeccionamientos, sino también la vía para la completa cosificación del mundo, que lo priva de todo significado.

Por tanto, debe estar presidida por la ética. Ya que, en el fondo de todas las preguntas, técnicas y éticas está el ser humano, con su dignidad insobornable y con su responsabilidad como ser consciente de su pertenencia.

⁴⁷⁵ Citado por Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, pp. 36-37.

Román Flecha,⁴⁷⁶ indica que el ser humano se puede definir como ser del “recuerdo” y del “acuerdo”. “Recordar” y “acordar” son dos acciones y actitudes que remiten a la más honda verdad del ser humano. Es decir, si el ser humano quiere seguir siendo él mismo, habrá de pararse a recordar lo mejor de su historia, de su ser y de su actuar, pero habrá también de acordar los caminos del futuro en dignidad y verdad.

Finalmente, la sabiduría no debe convertirse en poder mal usado, ni los entes en objetos, sino en fines de conocimiento. Concluyó, sin duda, que el próximo será el siglo de la bioética.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Román Flecha, José, “¿Existen límites en la procreación asistida?” en Gafo, Javier (ed.), *op. cit.*, pp. 147-150.

⁴⁷⁷ La bioética es un bien que busca mediar entre el ser humano como fin y la ciencia como instrumento. El objeto de la bioética es el estudio de los conflictos morales que surgen de las ciencias de la vida, esto es, de lo bueno y lo malo de la biotecnología. Kraus, Arnoldo y Cabral, Antonio, *op. cit.*, pp. 58-59.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES EN EL FORO NACIONAL Y EXTRANJERO

Se expone a continuación una serie de casos reales en relación con la maternidad gestante, tanto en el ámbito nacional como internacional que han generado controversia. El estudio y análisis de cada caso se realizará en tres momentos: en primer lugar, se hará la presentación del mismo describiéndose con el detalle necesario los hechos relevantes que se deben conocer para estos en la posibilidad de formular los juicios correspondientes; en segundo lugar, se intentará ofrecer una solución jurídica en base a la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y; en tercer lugar, se hará un comentario y análisis final del mismo con el propósito de evidenciar las diferencias jurídicas de la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y plantear los problemas que se generan y aquellas que quedan sin solución.

4.1 Presentación del caso número ⁴⁷⁸uno

En 1996, Andrey Zajarov un joven ucraniano de 19 años, tuvo que someterse a un tratamiento de quimioterapia en Israel. Como se recomienda, antes del tratamiento el joven dejó muestras de su semen para que sus espermatozoides fueran crioconservados. La terapia fue poco eficiente y ocho años después Zajarov murió en ese país sin dejar descendencia.

Su muerte le provocó un profundo dolor a su madre de nombre Ecaterina Germanovna, quien tras esos fatales acontecimientos decidió utilizar el semen de su hijo con fines reproductivos; es decir, deseaba un hijo de su hijo.

A pesar de que las leyes de ese país disponen que sólo la viuda pueda disponer del semen de su marido en caso de que exista una disposición correspondiente que el difunto haya manifestado en vida, su madre pudo trasladar

⁴⁷⁸ Caso verídico obtenido de: <http://surrogacy.ru/es/history.php>

el semen a Rusia gracias a la intervención del Instituto de Medicina Familiar de Ekaterimburgo.⁴⁷⁹

Una vez que las muestras llegaron a Rusia, se comenzó el programa de maternidad gestante con óvulos donados. Antes de someterse al programa, la solicitante y la madre gestante otorgaron por escrito su consentimiento mediante un contrato con el centro de reproducción asistida y un contrato de prestación de servicios médicos.

Asimismo, realizó un convenio especial con la madre gestante en el que se estableció el desarrollo del programa y las relaciones entre ambas durante todas las fases del programa, los derechos y las obligaciones de ambas, el importe de la compensación económica a pagarse, el cual consistió en un departamento en Ekaterimburgo y las sanciones por el incumplimiento de los compromisos contraídos. Es importante mencionar, que los datos de la madre gestante tendrán la consideración de secreto médico. El 16 de noviembre, nació el nieto de Germanovna.⁴⁸⁰

Cabe destacar, que en países como en Ucrania los Juzgados y Registros consideran que el único pariente del menor es la mujer que le ha dado a luz.

Sin embargo, el nuevo Código de Familia de Ucrania⁴⁸¹ dispone en su artículo 123 punto 2 que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, se entenderá que los cónyuges serán los padres del infante, incluso en los programas de maternidad gestante.

El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación *in vitro* con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges.

⁴⁷⁹ Es importante indicar que la ayudó este Instituto porque en noviembre de 2005 se finalizó en Rusia el primer programa de maternidad gestante, en el que se empleaba el semen de un difunto, por lo que el caso de Zajarov fue el segundo que se registro.

⁴⁸⁰ En este sentido, es importante destacar el caso en México, de la mujer que dio a luz a su nieto. Esto surgió, por su hijo, un hombre homosexual, que deseaba tener un hijo. Para ello, recurrió a su mejor amiga, con el fin de obtener los óvulos y al útero de su madre, de 50 años, y a la asesoría de un médico del Instituto de Medicina Reproductiva. El bebé, que nacerá por cesárea, será registrado con los apellidos de los padres del hombre. Disponible en http://www.tabascohoy.com/noticia.php?id_not=196227 Consultada el 25 de febrero de 2012.

⁴⁸¹ En vigor desde el año 2004.

De tal modo que, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las TRA, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. El aspecto médico de esta cuestión viene regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania nº 24.⁴⁸² En este caso, Germanovna tiene la custodia de su nieto, pero está tramitando su adopción.

4.2 Solución jurídica del caso número uno

En el caso anterior, evidentemente nos hayamos frente a un caso singular, la llamada inseminación artificial *post mortem*. Esta se define como la procreación asistida que realiza la viuda o viudo a través de fecundación artificial con óvulo o espermatozoides congelados, recogidos antes de la muerte o por transferencia de embrión fecundado con óvulo o semen del difunto.

En este supuesto, primeramente analizaré la Ley de Salud del Distrito Federal.⁴⁸³ Sin embargo, existe un vacío legislativo en materia de crioconservación, pues no hay una regulación para los Bancos de espermatozoides, óvulos y embriones dejando en total libertad a aquéllos que se dediquen a realizar estas prácticas.

Por tanto, es conveniente invocar la Ley General de Salud en especial el artículo 3 fracción XXVI, estableciendo que se considera materia de salubridad general, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células.

Asimismo, el artículo 68 de ese ordenamiento establece que los servicios de planificación familiar comprenden entre otros, el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana, dejando abierta la puerta para acudir a las TRA. En este sentido, el artículo 313 fracción I, indica que le compete a la Secretaría de Salud, el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del

⁴⁸² Publicado el 4 de febrero de 1997.

⁴⁸³ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de septiembre de 2009.

órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

Un artículo sumamente importante es el 314, que enlista una serie de definiciones, cuyo contenido es de suma importancia al definir que se entiende por células germinales las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

Los artículos subsecuentes son base para que se pueda llevar a cabo en primer lugar, una inseminación artificial *post mortem*, ya que indica qué establecimientos de salud requieren de autorización sanitaria, entre estos se encuentran los dedicados a la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células, y los bancos de órganos, tejidos y células, etc.⁴⁸⁴

No prohibiendo la crioconservación de células germinales, los establecimientos deben de contar con un Comité Interno de Coordinación, que será presidido por el Director General o su inmediato inferior que sea médico con un alto nivel de conocimientos académicos y profesionales en la materia.⁴⁸⁵

Por último, el artículo 318 establece que para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan. Como indique abre la posibilidad de recurrir a las TRA sin limitación alguna.

Ahora bien, el Código Civil del Distrito Federal establece en su artículo 293 que el parentesco por consanguinidad se da 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 tratando la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal no se podría llevar acabo la maternidad gestante, ya que para ello debe ser un óvulo y

⁴⁸⁴ Artículo 315 de la Ley General de Salud.

⁴⁸⁵ Artículo 316 de la Ley General de Salud.

semen de una pareja unida en matrimonio o en concubinato. Desprendiéndose una serie de requisitos que no podría cumplir cabalmente.

Considero que debería establecerse que en caso de no haber consentimiento, es decir de no existir la voluntad procreacional, no deberán existir consecuencias para el varón.

Ante el vacío legislativo, nos enfrentamos a problemas de carácter jurídico respecto de la filiación, tanto paterna como materna, ya que no olvidemos que es posible crioconservar óvulos, semen e inclusive embriones.

Nos podemos percatar de la serie de implicaciones jurídicas derivadas de la falta de regulación del fenómeno, como llama Mendoza⁴⁸⁶ bio-tecnológico.

4.3 Análisis particular del caso número uno

Bajo este supuesto, eventualmente, podría o no existir esa voluntad procreacional. Decimos que podría existir ya que por disposición, previa a la muerte, eventualmente sería posible autorizar la inseminación homóloga después de haber muerto.

En este sentido, otro supuesto es el caso de la mujer viuda. Ya que ésta podría someterse a una inseminación con esperma del marido fallecido, en esta hipótesis de nueva cuenta, nuestra legislación nos ofrece opciones limitadas, pues en principio deberemos recurrir al esquema, planteado por nuestras leyes, del tiempo transcurrido entre el nacimiento del menor y la muerte del varón.

En efecto, en este supuesto la fracción II del artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, presumirá que el producto de la concepción es hijo del varón fallecido, pero sí y solo si, el hijo nace dentro de los 300 días posteriores a la fecha de fallecimiento. Sin embargo, ¿Qué pasa si el hijo nace después de esos 300 días a que hemos hecho alusión?

Cabe destacar que en nuestro país, al menos en el Estado de Coahuila, si bien está prohibida la inseminación artificial *post mortem*, si se contempla la

⁴⁸⁶ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 130-131.

posibilidad de implantar, *post mortem* un óvulo fecundado, incluso el caso del divorcio y nulidad.⁴⁸⁷

Otras posibilidades, que complicarían aún más la situación es que la mujer se vuelva a casar y se haga inseminar con material genético de su anterior y difunto esposo o pareja, situación que se complicaría con su nueva pareja. O bien, una pareja que haya fallecido pero que haya congelado y conservado embriones con la intención de recurrir a una madre gestante.⁴⁸⁸

Nuevamente, se aprecia un vacío legislativo ya que, nuestras leyes se mantienen al margen del avance biotecnológico.

Nuestro Código Civil, incluso el Federal, en un tímido intento de abordar estos temas, establece que tampoco se podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio sean concebidos cuando han sido utilizadas TRA, si el varón consintió expresamente en tales métodos.⁴⁸⁹

No obstante, lo anterior en el apartado que nos ocupa tales disposiciones resultan irrelevantes, ya que la hipótesis que se plantea es la aplicación de dichas técnicas *post mortem*, siendo así el varón fallecido siempre estaría en imposibilidad de desconocer al hijo. En otros países, esto ha sido resuelto prohibiendo en principio la inseminación *post mortem*.

⁴⁸⁷ Artículo 488 del Código Civil del Estado de Coahuila.

⁴⁸⁸ En el año de 1984 se publicó en los principales periódicos del mundo la noticia del descubrimiento, en el *Queen Victoria Medical Center de Melbourne*, de dos embriones congelados “pertenecientes” a una pareja que falleció en un accidente de aviación en Chile y que podrían eventualmente convertirse en herederos de una cuantiosa fortuna. La determinación de la situación legal de los embriones “huérfanos” motivo la intervención del Procurador General de Australia y otras autoridades y para su solución se plantearon cuatro posibilidades legales, una de ellas, la más viable consistió en que fueran implantados en el vientre de una madre gestante. Pero esta eventual solución encontraba el obstáculo de que, el *National Health and Medical Research Council*, organismo encargado de resolver los problemas éticos relacionadas con las nuevas formas de procreación, en especial los programas de la FIV, habían establecido que el límite máximo para la conservación de embriones sujetos a congelación quedaría determinado por la “necesidad o competencia” de la mujer a quien estuviese destinado, de tal manera que al sobrevenir una incapacidad, o bien que la eventual madre superara sus problemas de infertilidad, los embriones sería destruidos. Aplicadas estas normas al caso de la señora, fallecida en el accidente que se ha mencionado, se daban los supuestos para la destrucción de los embriones congelados. Muerta la señora, el problema de su infertilidad resultaba irrelevante, por lo que la destrucción de los embriones era inminente. En ese sentido falló la Corte, pero reconsideraciones posteriores aplazaron la destrucción, permaneciendo, entre tanto, los embriones al cuidado del hospital, hasta que su situación legal se aclarara. Hasta 1985 permanecían congelados en el hospital. Se ignora su destino final. Véase Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, pp. 38-40.

⁴⁸⁹ Artículo 326 del Código Civil del Distrito Federal.

Así, con nuestra legislación vigente y la actual propuesta de Ley en materia de maternidad gestante, ante tales hipótesis no obtendríamos respuesta apropiada a fenómenos como los que ahora señalo.⁴⁹⁰

4.4 Presentación del caso número dos

Un matrimonio español decide someterse a diversas TRA, pero el último intento provocó una histerectomía en la mujer que le impedía llevar a cabo la gestación.

Por esta situación, la pareja decide realizar una FIV para que, posteriormente, los embriones obtenidos sean transferidos a una mujer que haría las veces de madre gestante. Cabe destacar que en España, esta prohibida esta práctica por lo que deciden venir a México, en específico al Distrito Federal.

La primera parte del proceso la realizan en España, inmediatamente obtenidos los embriones, deciden traerlos personalmente a México, para que tenga lugar la gestación con la intervención de una mujer mexicana, quien sería madre gestante.

Una vez que la pareja española se establece en el Distrito Federal, se ponen en contacto con un Centro Médico especializado en estas técnicas, que además ayuda a realiza todas las gestiones con la mujer que gestara a su hijo.

La pareja española vuelve a España, con la promesa de regresar en nueve meses por el infante.⁴⁹¹

4.5 Solución jurídica del caso número dos

Para proporcionar una solución para este caso primeramente hay que referirnos a la legislación española en cuanto al traslado de los embriones al extranjero, aspecto que se plantea en el caso respecto de ovocitos. La norma aplicable, aunque no se refiera expresamente a los embriones, es el Reglamento de donantes de 2006, por lo que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el

⁴⁹⁰ Mendoza C., Héctor A., *op. cit.*, pp. 122-124.

⁴⁹¹ Abellán, Fernando y Sánchez-Caro, Javier, *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, España, Comares, 2009, p. 19.

almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

En concreto, dentro de esta disposición legal hay que referirse al precepto donde se dice que el empaquetado, mantenimiento, etiquetado y transporte de los tejidos y células debe realizarse mediante procedimientos, minimizando los riesgos de contaminación y previniendo el deterioro de las propiedades biológicas para su posible uso clínico.

En uno de los anexos de esta norma se relacionan los requisitos exigidos entre los que figuran la preparación de un fichero con los datos del donante; la utilización de contenedores adecuados para el transporte de material biológico, que mantengan su calida y seguridad; requisitos estrictos de empaquetados que aseguren la temperatura requerida para preservar las características y propiedades funcionales de las células y tejidos, etc.

Pues bien, si tenemos en cuenta el alto grado de exigencias para realizar el transporte del material biológico, así como la obligación de garantizar su trazabilidad en todo momento, incluidas todas ellas en la disposición comentada, la conclusión no puede ser otra que la de descartar que el transporte de embriones congelados pueda realizarse por los propios pacientes o por alguien no profesional. Habrá de llevarse a cabo por empresas de transporte especializadas en la materia, que utilicen procedimientos normalizados y validados y que, en definitiva, garanticen el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley.

Garantizando que los embriones lleguen a México con las exigencias antes mencionadas, otro supuesto se actualiza si la pareja española realiza todo el procedimiento en tierras mexicanas.

Ahora bien, la pareja española se sujetaría a los requisitos que establece la LGSDF, es decir, los establecidos por el artículo 10, 14 y 20. Los cuales establecen; en primer lugar, la certificación del médico tratante; en segundo, cumplir con los requisitos para el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la maternidad gestante y; por último, manifestar ante Notario Público que intervendrán en la práctica mediante el Instrumento para dicha TRA.⁴⁹²

⁴⁹² Abellán, Fernando y Sánchez-Caro, Javier, *op. cit.*, pp. 20-21.

En este sentido, la pareja española cumpliendo todos los requisitos que establece la ley podría realizar la práctica. Ahora bien, cumpliendo los nueve meses habría dos perspectivas; que la pareja española retorne de España o por el contrario, que no regresen por diversas causas o como el caso anterior hayan fallecido durante ese lapso de tiempo.

Cabe destacar, que aún cuando sea una hipótesis relacionada con extranjeros hay que tener presente que puede darse el supuesto con personas provenientes de los diversos Estados de la Republica Mexicana.

En tales casos la ley no exige una nacionalidad o el establecimiento de un domicilio limitado al Distrito Federal a la pareja solicitante. A diferencia de la madre gestante a la cual se le exige un domicilio con el objetivo de realizar visitas domiciliarias por parte de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, sin embargo, no establece que ese domicilio sea el Distrito Federal.

Por lo que se estaría sujeto al artículo 23 de la LGSDF, el cual establece que el Juez de lo Familiar resolverá la situación del menor una vez que nazca como consecuencia de dicha práctica, conforme a las reglas sobre patria potestad y tutela que establece el Código Civil, en caso de separación de una o ambas personas solicitantes.

En esta tesitura abordare lo que respecta a la patria potestad, la cual se ejerce por los padres; a falta de de ambos o por cualquier otra circunstancia se ejerce por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso. Por tanto, le correspondería a los abuelos sean paternos o maternos.⁴⁹³

4.6 Análisis particular del caso número dos

Esta hipótesis no esta lejos de la realidad, sino al contrario se presenta de manera común en países que permiten su práctica, un ejemplo de ello es el caso de la India.

⁴⁹³ Artículos 414 y 420 del Código Civil del Distrito Federal.

Siendo una sociedad tan conservadora, como se indicó, la maternidad gestante es legal desde 2002. Muchas parejas recurren a este país, ante la ausencia de una ley clara sobre maternidad gestante.⁴⁹⁴

Se pueden observar dos perspectivas totalmente diferentes: las parejas desesperadas por tener un bebé propio y las mujeres que tratan de salir de la pobreza y ofrecer a los suyos la esperanza y los medios de una vida mejor.

En el caso de México, derivado de las lagunas jurídicas que existen en la LGSDF se podría manejar al deseo de quien recurra a dicha práctica, ya sea desde la pareja solicitante hasta la madre gestante.

Así, la actual propuesta de Ley ante tales hipótesis no contempla, entre otros supuestos que ya se indicaron, una edad máxima ni de la pareja solicitante ni de la madre gestante; no establece con precisión un máximo de embarazos, incluidos los de sus propios hijos; no indica el número de ocasiones en las que se puede recurrir a esta técnica; no obliga a contratar un seguro para la madre gestante; no esclarece a que sujetos estará dirigida esta TRA, entre otros.

Propongo una regulación unitaria y congruente en TRA, que contemple cada uno de los detalles que la particularizan, sus implicaciones y consecuencias. Y a través de especialistas, investigadores, concedores de la materia realizar las reformas correspondientes en los diversos cuerpos normativos.

4.7 Otros casos

a) Casos del abogado Keane⁴⁹⁵

El abogado Keane, de quien se habló en los primeros capítulos, cuenta en su libro recién publicado el caso de una pareja solicitante que estaba formada por un transexual y su marido. Cuando la madre gestante se enteró se negó a entregar al hijo procreado. Una Corte de California apoyó su decisión y lo retuvo.

⁴⁹⁴ Una de las principales atracciones de alquilar un vientre en la India es el precio. La mayoría de los clientes de la clínica de la doctora Patel proceden de Estados Unidos, Canadá y Europa. En los países donde esta práctica es legal, el alquiler del vientre puede llegar a costar unos 70.000 euros. En la India el coste puede reducirse a la tercera parte. De los cerca de 25.000 euros que puede llegar a costar, la clínica ofrece a las madres de alquiler entre 4.700 y 5.500 euros, lo que para muchas significa los ingresos de años de trabajo y una rápida salida de la pobreza.

⁴⁹⁵ Véase Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, p. 65.

b) Caso en Inglaterra⁴⁹⁶

En 1978 correspondió a un juez de la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar sobre un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de un caso de maternidad gestante. Una pareja que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer.

Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato resultaron infructuosas, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta que por una suma de dinero aceptó embarazarse.

Una agencia de maternidad gestante clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y parto correrían por cuenta de los contratantes.

La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento del hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato.

El padre biológico ocurrió entonces a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al padre “natural” de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta que pudiera valerse por sí mismo. A cambio de sus deberes decretó el Tribunal el derecho de visitarlo.

Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló de la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento.

c) Caso en Estados Unidos de Norteamérica⁴⁹⁷

Un nuevo caso se dio a la publicidad recientemente, aconteció en Lexington (Kentucky). Michael y Thomas, una pareja del mismo sexo decidió recurrir a la maternidad gestante en julio de 2002.

⁴⁹⁶ Véase Hurtado Oliver, Xavier, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁴⁹⁷ Disponible en: http://surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php Consultada el 31 de enero de 2012.

Contactaron con una mujer de 23 años, que fue a la vez la donante de ovocitos y Michael fue el padre biológico. Del embarazo resultaron cuatrillizos.

En enero de 2006 la misma mujer alumbró un hijo más esta vez fue Thomas el que aportó su semen. Cabe destacar, que en ambas ocasiones a la mujer gestante le implantaron 4 embriones, pero en la última vez sólo sobrevivió uno.

Después de cada parto la madre tuvo que renunciar a sus derechos sobre los menores en un plazo de tres días, en consonancia con la Ley de Kentucky. Dado que los padres biológicos no negaban su paternidad, no tuvieron que adoptar a los hijos. El único problema era que dos padres no pueden ser inscritos simultáneamente en el certificado de nacimiento.

d) Caso en España⁴⁹⁸

En Los Ángeles, dos españoles casados en Valencia interpusieron un recurso, contra la negativa del Encargado del Registro Civil Consular español en Los Ángeles a inscribir los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos a los mellizos nacidos en octubre de 2008 en San Diego, donde fueron gestados por una madre gestante.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado,⁴⁹⁹ establece que el encargado del Registro Civil consular había basado la negativa en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, que prohíbe la maternidad subrogada en España.

Los posibles efectos de la Resolución, en especial por lo que respecta al “turismo reproductivo”, plantean si es oportuno legalizar la maternidad subrogada en España y, si es así, en qué condiciones.

Por tanto, las soluciones que ofrecen algunos de los ordenamientos que han optado por otorgarle efectos jurídicos pueden servir de pauta al legislador mexicano.

Puedo concluir, de los casos anteriores que la Asamblea del Distrito Federal no ofrece una disposición congruente que regule la práctica de la maternidad

⁴⁹⁸ Farnós Amorós, Esther, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, enero 2010, pp. 2-4.

⁴⁹⁹ De 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735).

gestante. Los casos antes citados, son conflictos que han sido resueltos caso por caso mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y por lo menos en Estados Unidos mediante el argumento de optar por los “mejores intereses” del niño gestando, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En virtud del incremento de parejas estériles e infértiles y ante el avance de la ciencia y la tecnología es posible la reproducción de seres humanos sin necesidad de una relación sexual, gracias al el uso de técnicas de reproducción asistida. Esta es definida como el conjunto de tratamientos, procedimientos y métodos biomédicos que conducen a la superación de la incapacidad de fecundación o concepción, cuando las parejas de manera natural no pueden procrear ante problemas de esterilidad o infertilidad, a partir de un manejo científico y tecnológico de los gametos, para el establecimiento de un embarazo. Así, se presentan una serie de técnicas que abarcan desde las más sencillas hasta las más complejas y avanzadas. El estudio y análisis que de ellas se ha hecho en este trabajo se demuestra que la mayoría de ellas en las modalidades en que se llevan a cabo en la actualidad no pueden ser consideradas admisibles.

SEGUNDA.- Las nuevas situaciones surgidas del progreso de la ciencia, de la tecnología, de la medicina, de la biología y de la genética, traen consigo una serie de afectaciones emocionales, afectivas, sociales, éticas y jurídicas. Las técnicas de reproducción asistida, bien con fines reproductivos o con fines investigativos, plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la Ley.

TERCERA.- En nuestro país es indispensable un marco jurídico en materia de técnicas de reproducción asistida, ya que en su mayoría se llevan a cabo en diversos hospitales y centros médicos sin ninguna vigilancia, provocando irresponsabilidades en su aplicación. Por ende, el jurista deberá determinar previamente, su admisibilidad o inadmisibilidad jurídica, para así enfrentar problemas derivados de la realización de las técnicas. Aclarando que el desafío del jurista no se agota en encarar la cuestión de la prohibición o licitud de las mismas, sino que se extiende a las consecuencias jurídicas de dichas técnicas.

CUARTA.- Los esfuerzos legislativos deben estar encaminados a crear una regulación unitaria en relación a las técnicas de reproducción asistida, modificando asimismo las disposiciones jurídicas correspondientes. Se debe regular: la apertura de los laboratorios de técnicas de reproducción asistida, bancos de gametos, de tejido ovárico, la utilidad de las técnicas de congelación y descongelación de embriones y gametos, las diversas técnicas de micromanipulación y diagnóstico genético preimplantacional, de la donación de gametos, embriones y tejidos, así como la técnica de maternidad gestante todo dentro de un marco legal, ético y responsable del equipo de salud y de los usuarios.

QUINTA.- Las técnicas de reproducción asistida no sólo constituyen un instrumento a disposición del hombre, sino también la vía para una sociedad de consumo, consecuencia de una organización mercantilista y una corrupción humana y social.

SEXTA.- Las estructuras familiares han sufrido un cambio profundo en las últimas décadas. La familia entendida como la colectividad de personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, es reconocida y protegida por el Derecho y por el Estado; sin embargo, la ambiciosa carrera científica y tecnológica en materia de reproducción asistida la avasalla. El uso de las técnicas da como resultado una nueva relación de familia, de paternidad y maternidad, y una nueva concepción de filiación. Por lo que se debe reafirmar el papel de la familia como el lugar de formación y desarrollo humano como parte fundamental de una sociedad.

SÉPTIMA.- Unida la importancia de los conflictos éticos y jurídicos que las técnicas de reproducción asistida confrontan con la familia, se necesita una regulación precisa y clara en cuanto a su aplicación y contemplando las consecuencias que, con respecto a la determinación de la filiación, se derivan de las mismas.

OCTAVA.- De acuerdo al sistema jurídico vigente, a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de junio del 2000, se establece la igualdad de los hijos matrimoniales con los no matrimoniales y se admite ampliamente la investigación de la paternidad y maternidad en los juicios sobre filiación, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

NOVENA.- Antes el establecimiento de la filiación se inspiraba en el principio de la verdad biológica. La maternidad se determinaba por el parto, ya que se consideraba madre la mujer que dio a luz. En cambio, la paternidad correspondía al hombre que aportó su semen, basado en el principio *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*. Por tanto, la paternidad natural se basa en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica. Sin embargo, la filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y afecto. La tendencia actual en diversas legislaciones en la determinación del nexo filial es un elemento volitivo, desplazando el aspecto biogenético. Así, esta corriente contempla la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción asistida fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes.

DÉCIMA.- Propongo definir la filiación como aquella relación que existe entre dos personas, descendientes y ascendientes, unidas ya sea por un hecho natural, por un acto jurídico o por un vínculo socioafectivo.

DÉCIMA PRIMERA.- Estamos frente una nueva realidad social, el régimen paterno-filial se sustenta en la voluntad y este puede ser el único fundamento de un lazo de filiación. Sin embargo, del estudio presentado se puede alegar que la filiación no es una materia sustraída a la voluntad. Ya que, si bien se establece el derecho a la procreación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de tomarse en cuenta otros derechos. Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente.

DÉCIMA SEGUNDA.- Con las nuevas técnicas, en especial la maternidad gestante, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una “causalidad biológica”, sino a establecer la filiación del nacido respecto a personas determinadas con independencia de su causalidad. Estas técnicas producen una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y jurídica. Son conceptualizaciones que entran en conflicto al enfrentar la necesidad de determinar o atribuir una paternidad o maternidad.

DÉCIMA TERCERA.- Se entiende como maternidad gestante a aquella técnica de reproducción asistida en la que, mediante la fecundación *in vitro* o inseminación artificial, se logra un embarazo previo acuerdo entre una mujer (casada, concubina o soltera) que se compromete a llevar a cabo la gestación y en la que en algunos casos aporta el óvulo y otra u otras personas (casados, concubinos o solteros), para entregar el hijo y abandonar toda pretensión de maternidad. Agregando que no encuadra dentro de la clasificación tradicional de los contratos, del mismo modo que no entra en la clasificación de atípicos o manifestaciones de voluntad.

DÉCIMA CUARTA.- El proyecto de Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal que se pretende aprobar, no contiene un mínimo para garantizar un nivel de eficacia superior a los riesgos, realizada de manera superficial, con errores y contradicciones. Destacando que la doctrina desde los años noventa ha indicado que la maternidad gestante debe prohibirse y actualmente es arbitrario que se tenga un proyecto de ley en este sentido.

DÉCIMA QUINTA.- La maternidad gestante da lugar a un abanico de dificultades no contempladas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como son: la determinación de la maternidad, el derecho a interrumpir el embarazo o si se produjera un aborto natural, el derecho que tiene la madre gestante de no entregar al infante gestado, el supuesto si el infante nace muerto o muere al nacer, la posibilidad de impugnar la maternidad, los posibles derechos hereditarios del

menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación, aplicabilidad en la madre gestante con materia crioconservada ya sean gametos o embriones, la manera en la que se va a compensar a la madre gestante, no señala ninguna penalización a las agencias que se dediquen a reclutar mujeres para estas prácticas como forma de explotación, no se enfatiza debidamente a que se tenga en cuenta la salud de los usuarios, y en especial de la mujer y el infante gestado que, como está comprobado, sufren trastornos físicos, emocionales y psicológicos fuertes con la aplicación de esta técnica.

DÉCIMA SEXTA.- La pretensión jurídica relativa al establecimiento de la filiación queda deslocalizada por la voluntad contractual. Por un lado, se puede apreciar que el juzgador podría intervenir para atender la filiación materna como una doble verdad biológica. Siguiendo el principio *mater semper certa est* la madre gestante tiene un título natural de maternidad al cual no puede negarse relevancia jurídica dado que participa en la procreación, por lo que la madre gestante y la madre genética obedecen a una realidad biológica.

DÉCIMA SÉPTIMA.- La filiación paterna, a diferencia de la materna; se establece cuando el hombre emite su consentimiento. Parece claro entonces, que el consentimiento del padre legal o del marido de la mujer gestante tiene un doble objetivo, hacer posible la maternidad gestante y asumir la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de la misma, siendo este último el fin primordial.

DÉCIMA OCTAVA.- Asimismo, la propuesta de la Asamblea Legislativa permite el acceso a la técnica de maternidad gestante a mujeres solas, institucionalizándose la ausencia de padre. Se asientan la idea de madre-hijo como pareja acabada. El deseo de ser padre simplemente no se contempla, como si fuese menos intenso que el de ser madre o simplemente inexistente. De extenderse esta situación, ¿se podrá prescindir de su papel engendrador? ¿Cómo erigir la identidad masculina y su lugar en la reproducción biológica y social de la especie?

DÉCIMA NOVENA.- En este estudio se han presentado las principales incidencias que la práctica de maternidad gestante ocasiona en las instituciones de Derecho de Familia, en especial la filiación y la paternidad, por lo que se recomienda prohibir la maternidad gestante.

VIGÉSIMA.- Las disposiciones en materia de maternidad gestante deben valorar su viabilidad ética y humana, esto es que exalten al ser humano y no lo conviertan en cosa, contemplando: a) la protección a la vida y a la dignidad humana, b) la protección al interés superior del niño, y c) el de protección a la familia.

VIGÉSIMA PRIMERA.- México sigue aún con un vacío legal que deja muchas cuestiones sin resolver. El proyecto que se presenta es un indicio de que se tiene el interés en legislar en materia de reproducción asistida, pero lamentablemente no es suficiente y aun quedan muchas cuestiones por resolver. Siendo el Derecho producto de la vida social a cuya formación contribuyen distintos factores, el jurista debe proceder con la cautela y prudencia, no puede permanecer insensible ante las grandes transformaciones científicas y debe mediar hasta qué punto esas transformaciones pueden incidir sobre las normas del Derecho.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Por otra parte, como científicos entiendo que se busca ayudar a los pacientes y promover el desarrollo de la ciencia. Sin embargo, a los juristas nos corresponde encauzar su vértigo, de modo que el Derecho no limite el avance de las ciencias, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

A) FUENTES DE INFORMACIÓN

- ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ-CARO, Javier, *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, España, Comares, 2009, 285 pp.
- ALBARELLOS, Laura A., *Bioética con trazos jurídicos*, México, Porrúa, 202 pp.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia*, México, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 488 pp.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia*, México, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 980 pp.
- ANDERSON N., Kenneth (coord.) y ANDERSON E., Luis (ed.), *Diccionario de medicina: Océano Mosby*, Océano, España, 2008.
- ANDERSON M., Douglas (coord.), *Dorland. Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina*, tomo I, 29a ed., McGraw Hill-Interamericana, Madrid, 2003.
- ARÁMBULA REYES, Alma, *La maternidad subrogada*, Estudios de Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Bioética, Derecho y Argumentación*, Colombia, Temis-Palestra, 2004, 131 pp.
- BACHOFEN, Johann Jacob, *El matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo según su naturaleza religiosa y jurídica*, 4a. ed., España, Akal, 2008.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990.
- BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética fundamental*, España, Biblioteca de autores cristianos, 1996, 618 pp.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 3 ed., México, Harla, 1984, 621 pp.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

- BONET, Enrique y PARDO SÁENZ, José María, *Hay un embrión en mi nevera*, España, Universidad de Navarra, 2007, 239 pp.
- CAMBRÓN INFANTE, Ascensión (ed.), *Reproducción asistida: problemas, promesas, y realidad*, España, Trotta, 2001, 244 pp.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, España, Bosch, 1995, 190 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, España, Reus, 1975.
- CECOTTI, Manuela, *Reproducción asistida. Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación*, España, Grupo 5, 2004.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 8a. ed., México, Porrúa, 2007, 529 pp.
- _____, *Relaciones jurídicas conyugales*, 7a. ed., México, Porrúa, 2007, 589 pp.
- _____, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1997, 451 pp.
- CICU, Antonio, *La filiación*, trad. de Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, España, Revista de Derecho Privado, 1930, 255 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Chile, Universidad de los Andes, 1994, 229 pp.
- CRUZ-COKE MADRID, Ricardo, *Historia de la medicina chilena*, Chile, Andres Bello, 1995.
- D' AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, España, Internacionales Universitarias, 2003, 260 pp.
- Diccionario de Medicina*, Oxford University Press-Complutense, España, 2007.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1978.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, España, Tecnos, 1975, 277 pp.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho familiar. Y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2008, 486 pp.

- DE PINA, Rafael, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1978, 400 pp.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, 737 pp.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, España, Comares, 1999, 174 pp.
- FERNÁNDEZ, Aurelio, *Moral especial*, México, Nostra, 2004, 292 pp.
- FERRER, Francisco A. M., *Derecho de Familia*, t. I, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1982.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo S., *Derecho Romano*, 7a. ed., México, Esfinge, 1977.
- FRIEDRICH, Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, México, Coyoacán, 1994.
- GAFO, Javier (ed.), *Procreación humana asistida. Aspectos técnicos, éticos y legales*, España, Universidad Pontificia Comillas, 1998, 232 pp.
- GALINDO, Celly, *Gen-ética: donde la vida y la ética se articulan*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*, México, Dirección de servicios de investigación y análisis, 2010.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora y TARASCO MICHEL, Martha (coord.), *Bioética. Un acercamiento médico y jurídico*, México, Porrúa, 2011, 324 pp.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, *La filiación: problemas jurídicos actuales*, p. 301. Disponible en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/26.pdf> Consultada el 2 de diciembre de 2011.
- GUGLIELMIM, Enrique A., *Instituciones de derecho civil*, Argentina, Universidad, 1980.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Chile, Jurídica de Chile, 1993, 291 pp.

- GROS ESPIELL, Héctor, *Ética, bioética y derecho*, Colombia, TEMIS, 2005, 319 pp.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, México, Porrúa, 2005, 359 pp.
- HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, México, Porrúa, 2008, 219 pp.
- KRAUS, Arnoldo y CABRAL, Antonio, *La bioética*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, 63 pp.
- LAMM, Eleonora, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, España, Universidad de Barcelona, 2008, 223 pp.
- LEÓN RABAGO, Diego, *La bioética para el derecho*, México, Universidad de Guanajuato, 1998.
- LÓPEZ BARAHONA, Mónica y ANTUÑANO ALEA, Salvador, *La clonación humana*, España, 2004, 194 pp.
- LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005, 531 pp.
- LUCAS LUCAS, Ramón, *Explícame la bioética*, España, Palabra, 2005, 223 pp.
- MARCÓ, Javier y TARASCO, Martha, *Diez temas de reproducción asistida*, España, Internacionales Universitarias, 2001, 127 pp.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La filiación*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1986, 392 pp.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, *et. al.*, *Derecho de familia*, t. II, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- MENDOZA C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, 232 pp.
- MELINA, Livio, *El embrión humano. Estatuto biológico, antropológico y jurídico*, España, RIALP, 2000, 48 pp.
- MORETTI, Dante, *La reproducción humana*, Colombia, San Pablo, 1998, 78 pp.

- NAVARRO DEL VALLE, Hermes, *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*, Costa Rica, Promesa, 2001, 189 pp.
- PARDO SÁENZ, José María, *Bioética práctica. Al alcance de todos*, España, Rialp, 2004, 157 pp.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2008, 422 pp.
- RECASENS SICHES, Luís, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19ª ed., México, Porrúa, 2008, 717 pp.
- RHONHEIMER, Martin, *Ética de la procreación*, España, Rialp, 2004, 282 pp.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, et. al., *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, México, Porrúa, 2011, 565 pp.
- _____, *De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, 401 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 15 ed., México, Porrúa, 1978, t. I, 509 pp.
- RODRÍGUEZ LUÑO, A., y LÓPEZ MONDÉJAR, R., *La fecundación in vitro*, España, Palabra, 1986, 184 pp.
- SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, *Voluntad anticipada*, México, Porrúa, 2012, 305 pp.
- SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coord.), *Cien años de Derecho Civil en México 1910-2010. Conferencias en Homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, 224 pp.
- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho civil. Parte general, personas y familia*, México, Porrúa, 2002.
- TOMÁS GARRIDO, Gloria María (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, Ariel, 2001, 478 pp.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *El proceso de filiación extramatrimonial, moderno tratamiento legal según la ley no. 28557*, Perú, El Búho, 2006, 325 pp.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Filiación extramatrimonial*, 2a. ed., Jurista Editores EIRL, Perú, 2010.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, España, COMARES, 1998, 282 pp.
- ZARRALUQUI, Luís, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, España, Tecnos, 1988, 189 pp.
- ZURRIARÁIN, Roberto Germán, *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, España, 2007, 356 pp.

B) FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- “Técnicas de reproducción asistida, alternativa para alcanzar la maternidad”, *Revista México Sano*, número 16, mayo 2010, pp. 7.
- ADAME GODDARD, Jorge, “La maternidad subrogada y el aprendiz de brujo”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, julio 2010.
- ALVARÉ, Hele, “La familia y la tecnología de la reproducción asistida”, *Family life respect life office*, Estados Unidos de Norteamérica.
- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto, “Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida”, *Revistas Medigraphic Ginecología y Obstetricia de México*, volumen 75, número 5, mayo de 2007.
- ÁLVAREZ, Consuelo, “Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en reproducción humana asistida”, *Revista de Antropología Social, Universidad Complutense de Madrid*, número 15.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, número 8, diciembre 2010.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “El sistema filiativo chileno de Maricruz Gómez de la Torre”, *Ius et Praxis*, número 12, 2007.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, febrero 2009.

- BESTARD, Joan, "Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social", *Revista de Antropología Social*, número 18, 2009.
- BRENA, Ingrid, "La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Revista de Derecho Privado*, número 1, enero-junio 2012.
- BRUGO-OLMEDO, Santiago, *et. al.*, "Definición y causas de infertilidad", *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, vol. 54, núm. 4, 2003.
- BRUNA CATALÁN, Isidoro, *et. al.*, "El estudio básico de esterilidad desde el punto de vista de la medicina basada en evidencia", *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, volumen 24, número 3, mayo-junio 2007.
- CAMACHO MÉLENDEZ, Iris M. "Nuevas tendencias en Derecho Comparado de Derecho de Familia: Concepto Familia e intervención estatal", *Anales de Jurisprudencia*, número 267, enero-febrero 2004.
- COLLARD, Chantal, *et.al.*, "De embriones congelados a siempre familias: Ética del parentesco y ética de la vida en la circulación de embriones entre las parejas donantes y las adoptantes en el programa Snowflakes", *Revista de Antropología Social. Universidad Complutense de Madrid*, número 18, 2009.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo, "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida y la Ley de Investigación Biomédica", *Cuadernos de Bioética*, número 69, mayo-agosto 2009.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, "Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley no. 19.585, 1998", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Valparaíso*, número 20, 1999.
- DE TERÁN BLERBERG, Elena (coord.), *Diccionario Mosby de medicina y ciencias de la salud*, Mosby- Doyma, Colombia, 1995.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Evolución de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 11, julio-septiembre de 1953, pp. 29-31.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Evolución de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 11, julio-septiembre de 1953.

- DOBERNIG GAGO, Mariana, "La crioconservación y la donación de gametos como una alternativa de la infertilidad", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 34, 2004.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, "Derecho a la reproducción humana, inseminación y fecundación *in vitro*", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 16, enero-junio 2007.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", *Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, enero 2010.
- FLORES SÁNCHEZ, Ignacio, *et. al.*, "La necesidad de la creación de una norma oficial mexicana sobre reproducción asistida", *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, número 2, mayo-agosto 2007.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La filiación y la paternidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 110, 1978.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal "Los avances científicos en el derecho de filiación del Distrito Federal", *Letras Jurídicas*, volumen 3, enero-junio 2001.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana y SANTIAGO FIGUEROA, José Luis, "Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132, 2011.
- LABADIE-JACKSON, Glenda, "Los derechos reproductivos de las latinas y los acuerdos comerciales de maternidad subrogada", *Texas Hispanic Journal of Law & Policy*, número 14.
- M. DE PANCORBO, Marian, *et. al.*, "El diagnóstico de la paternidad biológica: avances introducidos aplicando la tecnología del ADN", *Cuaderno de sección. Ciencias Médicas*, número 3, 1994.
- MARTÍNEZ, Deidamia, "La familia en el Derecho Romano y en las legislaciones modernas", *Revista de Derecho Privado*, número 21-22, septiembre-abril 2008.
- MENDIOLA OLIVARES, Jaime, "Esterilidad y reproducción asistida: una perspectiva histórica", *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, volumen 22, número 1, enero-febrero 2005.

- MIR CANDAL, Leila, "La maternidad intervenida. Reflexiones entorno a la maternidad subrogada", *Revista Redbioética*, número 1, 2010.
- ORTEGA SILVA, Patricia, *et. al.*, "Paternidad: período de cambio en la vida de los varones", *Revista Psicología de la Familia*, 2009.
- PÉREZ TESTOR, Carles, "Definición de familia: una visión del Institut Universitari de Salut Mnetal Vidal i Barraquer", *La Revue du REDIF*, número 1, 2008.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, julio 2009.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista de Derecho Privado*, número 11, mayo-agosto 2005.
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, "La familia en el derecho: vida, crecimiento, muerte y libertad", *Revista de Derecho Privado*, número 21-22, septiembre de 2008-abril de 2009.
- SARDIÑAS, Lili M, *et. al.*, "Psicometría de la escala de actitud de la población femenina hacia la subrogaría (EAHS)", *Interamerican Journal of Psychology*, número 2, 2009.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz, "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho" *Revista de Derecho*, número 1, 2005.
- SUÁREZ PARADA, Ana Lucia, "Reproducción humana asistida y filiación en el Derecho de Familia Colombiano", *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, volumen 3, número 2, julio-diciembre de 2008.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "Filiación y reproducción asistida", *Revista de Derecho de familia y de las personas*, número 10, noviembre 2010.
- _____, "Paternidad socioafectiva", *Actualidad Jurídica*, julio 2010.
- ZURRIARÁIN, Roberto Germán, "Técnicas de reproducción asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", *Cuadernos de Bioética*, número 75, mayo-agosto 2011.

C) OTRAS FUENTES DOCUMENTALES Y LEGISLACIONES

Código Civil de la República de Argentina.

Código Civil de Tabasco.

Código Civil del Estado de Coahuila.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal comentado.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Familia de Ucrania.

Código de Familia Ruso.

Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Código Penal para el Distrito Federal.

Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos, *Informe del Comité Ético del Real Colegio de Obstetras y Ginecólogos en fertilización in vitro o transferencia de embriones*, Londres, 1983.

Constitución de los Estados Unidos de América.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal y el Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad de Género.

Ley 14/2006 “Sobre Técnicas de Reproducción Asistida”.

Ley 35/1988 “Sobre Técnicas de Reproducción Asistida”.

Ley 94-653 de Francia.

Ley de Protección del Embrión 745/90.

Ley de Salud del Distrito Federal.

Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil”.

Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”.

Ontario Law Reform Commission.

Orden del Ministerio de Salud de Ucrania n° 24.

Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

Participación de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en el Congreso Internacional “La familia hoy derechos y deberes”, en el Centro de Negocios y Comercio de la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 2003.

Reglamento de donantes.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Surrogacy Arrangements Act.

Videoconferencia: “La filiación y ADN”, pronunciada por Olga Sánchez Cordero de García Villegas, el 21 de marzo de 2009.

D) FUENTES ELECTRÓNICAS

<http://www.abc.es>

<http://www.conevyt.org.mx>

<http://www.elmundo.es>

<http://www.elpais.com>

<http://www.legislation.gov.uk>

<http://www.rae.es>

<http://www.surrogacy.ru>

<http://www.tabascohoy.com>

<http://www.unhijosposible.com>

<http://www.who.int/es>