



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA
EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL."**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN ANTONIO GARCÍA CAMARILLO

ASESOR DE TESIS:

MTRO. JOSÉ ALEJANDRO SANTIAGO JIMÉNEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D.F., 2013.



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.

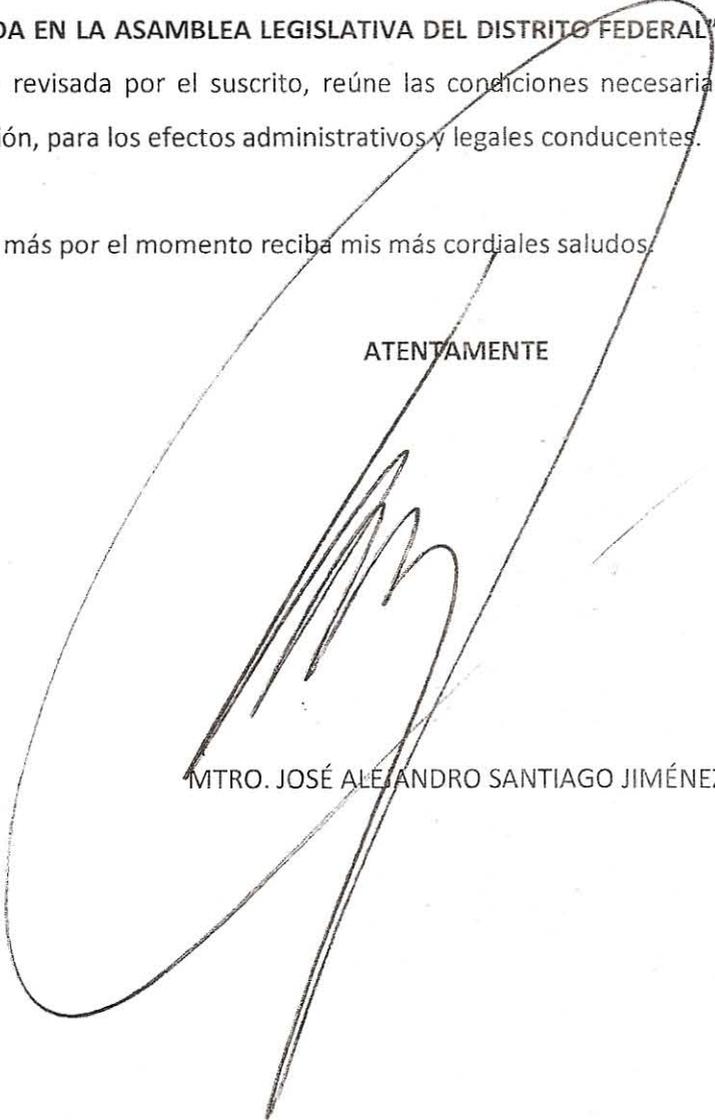
México, D.F., Ciudad Universitaria a 8 de noviembre de 2012.

MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO
PRESENTE.

Me permito hacer de su conocimiento, que el Alumno **GARCÍA CAMARILLO JUAN ANTONIO**, con Número de Cuenta **302094055**, de la **FACULTAD DE DERECHO** de esta Universidad, me presentó su trabajo de tesis intitulado **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL"**, la cual considero, una vez que ya fue revisada por el suscrito, reúne las condiciones necesarias para ponerla a su atenta consideración, para los efectos administrativos y legales conducentes.

Sin más por el momento reciba mis más cordiales saludos.

ATENTAMENTE



MTR. JOSÉ ALEJANDRO SANTIAGO JIMÉNEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 22/2013

ASUNTO: Aprobación de Tesis.

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

El alumno, **GARCÍA CAMARILLO JUAN ANTONIO**, con número de cuenta **30209405-5**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del **Mtro. José Alejandro Santiago Jiménez**, la tesis denominada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL”**, y que consta de **236** fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. , a 18 de abril del 2013.

Mtra. María del Carmen Montoya Pérez.
Directora del Seminario. Turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

AGRADECIMIENTOS.

A MIS PADRES.

MARÍA ELENA CAMARILLO LUENGAS

ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

UN RESPETUOSO HOMENAJE POR DARMÉ LA VIDA Y EL HABERME APOYADO EN TODOS Y CADA UNO DE LOS PROYECTOS REALIZADOS. MUCHAS GRACIAS.

PARA TODA MI FAMILIA, POR SU APOYO INCONDICIONAL.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. QUE ME ABRÍÓ SUS PUERTAS PARA EXPLORAR EL CONOCIMIENTO QUE ME ENRIQUECERÁ LA VIDA.

A MI FACULTAD DE DERECHO. QUE PERMITE FORMARME COMO PERSONA Y AHORA COMO PROFESIONAL.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS PROFESORES. QUE SON LA GUÍA PARA PARA EL DESARROLLO INDIVIDUAL.

A MI ASESOR DE TESIS Y AMIGO EL MAESTRO JOSÉ ALEJANDRO SANTIAGO JIMÉNEZ. QUIEN ME IMPULSÓ A SER UNA PERSONA ENTUSIASTA Y CONSTANTE, MI ADMIRACIÓN Y RESPETO.

A LA DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM, LA MAESTRA MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ. GRACIAS POR SU APOYO Y PACIENCIA EN LA REALIZACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.

*A TODOS Y CADA UNO DE MIS AMIGOS, LES BRINDO MI AMISTAD
Y RESPETO POR SU CONFIANZA Y CARIÑO EXPRESADO HACIA MI
PERSONA, MUCHAS GRACIAS.*

ÍNDICE

	Página
Introducción.	I
CAPÍTULO 1. Familia.	1
1.1. Concepto de Familia.	1
1.2. Antecedentes.	6
1.3. Grupos Sociales.	13
1.3.1. Clan.	13
1.3.2. Tribu.	15
1.3.3. Grupo.	15
1.3.4. Horda.	16
1.3.5. Polis.	17
1.3.6. Ciudad.	19
CAPÍTULO 2. Finalidad de la Familia.	21
2.1. Perpetuación de la Especie.	23
2.2. Ausencia de hijos como causal de Divorcio hasta antes de las reformas del	

año 2008 en el Código Civil para el Distrito Federal.	25
2.3. Diferentes Técnicas de Reproducción Asistida.	26
2.3.1. Fecundación <i>In vitro</i> como solución científica, psicológica, social y jurídica al problema de la infertilidad.	38
2.4. Concepto de Filiación.	41
2.5. Filiación en la Maternidad Subrogada.	43
CAPÍTULO 3. Concepto de Matrimonio.	45
3.1. Familia y matrimonio.	51
3.2. Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	55
3.3. Matrimonio en Roma bajo el Imperio de Justiniano.	60
3.4. Matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal hasta las reformas en el año de 2008.	65
3.5. Últimas Reformas del matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal.	70

CAPÍTULO 4. Concepto de Maternidad.	76
4.1. Derecho a la Maternidad.	81
4.1.2. Maternidad Social.	86
4.1.3. Maternidad Cultural.	87
4.1.4. Maternidad Biológica.	94
CAPÍTULO 5. Concepto de Maternidad Subrogada.	99
5.1. Derecho Comparado.	104
5.1.2. Chile.	106
5.1.3. España.	113
5.1.4. Francia.	124
5.1.5. Puerto Rico.	131
CAPÍTULO 6. Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.	142
6.1. Análisis jurídico del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.	145
6.2. Causas Sociales, Jurídicas y Políticas	

que dieron pie a la iniciativa de Ley de	
Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.	201
6.3. Integración de la Ley de Maternidad	
Subrogada en el Distrito Federal.	205
6.4. Factores a favor de la Ley de Maternidad	
Subrogada en el Distrito Federal.	207
6.4.1. Factores en contra de la Ley de	
Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.	210
Conclusiones.	226
Bibliografía	230

INTRODUCCIÓN

La constante evolución social, económica, científica y tecnológica ha llevado al hombre a realizar actos que en la antigüedad eran inimaginables y hasta condenables por ser contrario a las normas que en su momento se encontraban vigentes, como lo son los diversos códigos de conducta religiosos, ya que todos ellos contienen un ápice de conservadurismo que impide al hombre realizar acciones que generan un bien común a la sociedad en la que habitan y en general a la humanidad.

Como consecuencia de dicha evolución es de hacer notar que a través de los años de investigación que llevaron a cabo innumerables científicos, es de resaltar los resultados en las diversas Técnicas de Reproducción Asistida, mismas que le han dado a la humanidad beneficios importantes en su vida, ya que derivado de estas técnicas han dado pie a dar solución a problemas que aquejan a las parejas que padecen algún trastorno físico o biológico o de problemas de infertilidad que impide procrear y desarrollar el núcleo por excelencia como lo es la Familia.

El tema en boga que se abordará en el presente trabajo, refiere a uno de tantos temas controversiales por muchos líderes de opinión, el cual es La Maternidad Subrogada o Renta de Útero.

Toca hoy a México, en concreto a su capital, el Distrito Federal, a través de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, realizar un proyecto de ley que regule dicho tema.

Derivado de lo anterior es menester realizar un análisis crítico-jurídico mediante el cual se observen sus ventajas así como sus deficiencias de la misma, ya que dicha norma fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el día 30 de noviembre del año 2010, sin embargo la misma fue regresada por el Jefe de Gobierno en turno para que se revisaran diversos puntos y observaciones

que creyó pertinentes en cuanto al tema, por lo cual deben generar un dictamen con las observaciones correspondientes y de tenerlo aprobado en lo general, dicha Ley será promulgada por el Jefe de Gobierno capitalino en turno.

En tanto que no sea publicada y promulgada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, dicha ley queda como un proyecto aun y el cual debe ser revisado de una forma correcta e imparcial, dirigida a los habitantes de esta ciudad, por lo cual no se debe permitirse que existan lagunas jurídicas en dicha ley, ya que al ser un proceso mediante el cual directamente influye en la salud de las personas, específicamente de la mujer gestante, así como del *nasciturus* no pueden soslayarse tanto las obligaciones como los derechos adquiridos bajo esta modalidad de Técnica de Reproducción Asistida.

Asimismo se debe dejar en claro la regulación de la conducta de los diferentes profesionistas que intervienen para la aplicación de dicho método, ya que debe ser objetivo y actuar con ética profesional, no realizando más allá de lo permitido por la ley.

En los diversos capítulos que componen el presente trabajo se abordan temas como los son: la familia, ya que con el paso del tiempo esta institución tan importante para el buen desarrollo de los individuos ha perdido connotación en nuestra sociedad, incluso, se ha subvalorado, no tendiendo el respeto debido tanto social, jurídico e incluso moralmente; así como su finalidad hoy en día, ya que veremos que en años no muy lejanos su objetivo o finalidad de dicha institución era la de preservar la especie y, actualmente conforme al dinamismo y evolución de diversos factores sociales y axiológicos, se determina que ésta ha tenido la finalidad hoy en día de preservar a la familia.

El matrimonio, otra institución de verdadera importancia para nuestra sociedad, ya que derivado de ésta se crean derechos y se adquieren obligaciones mediante las cuales dan protección jurídica a los cónyuges y a los hijos procreados dentro del mismo no dejándolos en estado de indefensión; asimismo

se tocará el tema de la maternidad, función vital de la mujer específicamente, ya que ella es quien lleva a cabo dicho proceso biológico de gestación.

No obstante lo anterior, la sociedad machista aún sigue dando muestras de discriminación hacia ellas por el sólo hecho de ser mujer y llamarlas el “sexo débil”, sin embargo, nuestra Carta Magna otorga el principio de Igualdad a todos los habitantes de nuestro país tanto a hombres como a mujeres.

Finalmente se llevará a cabo el análisis jurídico de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, dicho análisis tiene como objetivo el mostrarnos si en verdad estamos preparados para acatar estas normas en procesos tan modernos como los son el de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida o necesitamos observar hacia otros rumbos que nos permitan llegar a ellas de una forma más consciente e informada, que nos permita comprender perfectamente lo que se esta haciendo y sobre todo no abusar de las personas de una manera tal que se les explote y que lucren por la ignorancia de las mismas.

CAPÍTULO 1

FAMILIA.

Como punto primigenio es importante estudiar los diferentes conceptos de Familia, sus antecedentes, así como los grupos sociales mediante los cuales ésta se desenvuelve, ya que es aquí en esta institución en donde surgen los mayores problemas por dar solución.

1.1. Concepto de Familia.

El vocablo familia tiene su origen en las tribus latinas, por ello deriva de la raíz latina *famulus*, cuyo significado es sirviente. Este término derivó a su vez en *famel* voz perteneciente a la lengua de los oscos, antiguo pueblo habitante de la Italia central, quienes lo utilizaron para denominar a los siervos o a los esclavos. De esto se puede inferir, que en principio la palabra familia significaba, un cuerpo de esclavos pertenecientes a un mismo patrón.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra familia significa: “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas” y “conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje”.¹

“En el sentido biológico, la familia involucra a todos aquellos que por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es/rae.html. 5-dic-2012 15:00 hrs.

En el sentido jurídico, la familia es una Institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad”.²

Para obtener cierta comprensión de la definición de familia es necesario acotar los elementos que componen al mismo, esto es, para llegar a una definición jurídica que de validez a los actos de los individuos, se deben observar una serie de principios que sirvan de base a dicho concepto, para así, aplicarlos en la sociedad en donde se vive.

A continuación se expondrán los distintos elementos tomados por la doctrina a fin de ampliar la definición de familia.

“1) La Potestad como elemento esencial.

En el Derecho Romano clásico se identificaba a la familia como un grupo de personas unido por la jefatura de uno de sus miembros, es decir, un conjunto de individuos que viven sometidos al poder doméstico de una sola autoridad. El vínculo de unión de esas personas es la sujeción a su jefe llamado *pater familias*, con un lazo de naturaleza civil-jurídico, y no de parentesco, como se entiende actualmente.

El hecho de considerar a la potestad como elemento esencial a efecto de definir a la familia, resulta ajeno a la idea actual de familia, atento a que la potestad que en la actualidad se asigna a algunos de los integrantes de la institución, se confiere como medio que permite el orden necesario para satisfacer la protección y el desarrollo de sus integrantes y, no con el contenido político y religioso que era propio de aquella época y que trascendía al ámbito doméstico.

² LÓPEZ Faugier, Irene. “La Prueba Científica de la Filiación”, ED. Porrúa, México, 2005, pp. 23, 24 y 25.

2) El parentesco como elemento determinante.

Escriche, en el siglo XIX definió a la familia como: “la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco.”

3) La convivencia como requisito.

Pettigiani, define a la familia como “la comunidad de vida formada por un grupo conviviente que consta de padre, madre e hijos o sólo de los dos primeros, que posibilita la realización plena de sexualidad del hombre y de la mujer, con vocación de permanencia, generando un ámbito natural irremplazable, en el que se desenvuelve bajo la dirección de los padres, una insustituible formación educativa, calificada por una especial afectividad que no puede desarrollarse en otro ámbito, respecto de quienes, por el hecho biológico o por la adopción, mantienen o mantendrán eventualmente con ellos una relación filial.”

4) El vínculo jurídico.

Planiol, sostuvo que en sentido amplio, la familia es el grupo de personas unidas por el matrimonio, o por la filiación o también muy excepcionalmente por la adopción.

Bajo un sentido estricto se denomina familia al organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio o adoptados por ellos, mientras que permanezcan bajo su autoridad y dependencia, y en sentido impropio, a las personas que descienden unas de otras y que tienen un origen común, al margen del matrimonio”.³

³ CÓRDOBA, Marcos M. “Derecho de Familia. Parte General”, ED. FEDYE, Argentina, 2005, pp. 4 y 6.

Por lo anterior, en nuestro Derecho positivo, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 138 *Quintus* señala: “las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.”⁴

Por otra parte, no se debe soslayar que dentro de esta institución existen diferentes derechos denominados familiares, por lo que el Dr. Quintanilla García asevera que: “los mismos se manifiestan a través del matrimonio entre los consortes, en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción, en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos, así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural; encontrándose desde luego el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma, es a través de dichas relaciones en donde se pueden ver afectadas las personas, su actividad jurídica, o su patrimonio, así como el divorcio como una sanción, propias del derecho familiar y desde luego los actos inexistentes y nulos”.⁵

Ahora bien después de haber explicado y dado a conocer las características que la definición de familia debe contener de manera expresa o a su vez de forma implícita, se darán una serie de definiciones de la misma a fin de expresar lo ya expuesto.

Por un lado la Doctora María Méndez Costa, manifiesta que: “la familia es el habitar armonioso y solidario, donde cada ser humano nace, crece y es

⁴ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html. 1-dic-2012. 12:00 horas.

⁵ QUINTANILLA García, Miguel Ángel. “Lecciones de Derecho Familiar”. ED. CÁRDENAS, México, 2003, pp. 3,4.

acompañado hasta la muerte, precisa y exclusivamente por ser, de manera incondicional, una persona irrepetible”.⁶

El concepto que nos proporciona Rafael De Pina en su diccionario Jurídico, manifiesta que: “familia, es el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”.⁷

A su vez el maestro Felipe de la Mata señala que: “si bien es cierto que el vocablo familia viene de *famel* que en el idioma de los oscos significa siervo, en términos generales pareciera que la familia es aquel grupo humano primigenio natural e irreductible cuya fuente es la unión de la pareja de un solo hombre con una sola mujer y su linaje”.⁸

De igual forma la Doctora Irene López cita en su obra a Marcel Planiol y George Ripert quien definen a la familia como: “el conjunto de personas que se hayan vinculadas por el matrimonio, la filiación o la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa.”⁹

A manera de conclusión acerca de la definición de familia se puede decir que la familia es un fenómeno social universal.

Como bien lo expresa el investigador Alfredo del Valle citando a Löwie: “no importa que las relaciones matrimoniales sean permanentes o temporales; que haya poliginia o poliandria o licencia sexual; que las condiciones se compliquen por la adicción de miembros no incluidos en nuestro círculo familiar; el hecho es

⁶ MENDEZ Costa, María Josefa. “Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia”, ED. RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 36.

⁷ DE PINA Vara, RAFAEL. “Diccionario de Derecho”, ED. Porrúa, 33ª edición, México, 2004, p. 287.

⁸ DE LA MATA Pizaña, Felipe. “Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal”, ED. Porrúa, 4ª edición, México, 2008, p. 7.

⁹ LÓPEZ Faugier, Irene. Óp. Cit., p. 34.

que, en todas partes, el marido, la mujer y los hijos menores constituyen una unidad aparte del resto de la comunidad.

En la familia estricta se agrupan cuatro funciones fundamentales de la vida social humana: la sexual, la económica, la reproductora y la educativa.”¹⁰

1.2. Antecedentes.

Ahora bien, se expondrán los antecedentes acerca de esta institución tan importante como lo es la de la familia; así también se dará una breve explicación de los grupos que precedieron a la misma, tales como son: la horda, el clan, la tribu y los grupos sociales, hasta llegar a lo que hoy conocemos como familia.

La familia tiene su nacimiento en el Derecho Romano y es aquí donde surgen sus características, derechos y obligaciones que dan pauta para que a través de los años se regulen en las diferentes normas jurídicas de acuerdo a la evolución y dinamismo que tiene cada sociedad.

“Es en Roma donde el fundador de la *gens*, al morir, sus hijos se hicieron jefes de sus respectivas familias, que son otras tantas ramas que descienden de un mismo tronco común, y que por tanto llevan el mismo *nomengentilitium*, estando unidas por el parentesco civil o *agnatio*. Cada una de estas familias así formadas queda bajo la autoridad de un jefe al que los romanos llamaban *paterfamilias*, éste es el sacerdote que rinde culto a sus antepasados, quien lo gobierna con una potestad tal que, durante siglos el poder público no se inmiscuyó en sus decisiones por severas y crueles que estas fueran”.¹¹

¹⁰ Cfr. DEL VALLE, Alfredo. “Antología Sociológica”. ED. UNAM, México, 1983, p. 217.

¹¹ BRAVO González *et. al.* “DERECHO ROMANO. Primer Curso”. ED. Porrúa, 20ª edición, México, 2003, p. 34.

“La familia está organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, los persas y los galos. De aquí que el papel del *paterfamilias* fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario.

Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido.

Hay un fragmento de Ulpiano en el Digesto, donde se indican las diversas acepciones de la palabra familia y ahí se dice que las doce tablas la aplican al conjunto de patrimonio: *adgnatusproximusfamiliamhabeto* (que el agnado próximo tenga para sí la familia). En los demás casos el vocablo se refiere a las personas y así vemos que se aplica este nombre al conjunto de los esclavos que pertenecen a un mismo amo; pero estos significados no nos interesan, sino los que siguen: “Decimos por derecho propio familia a muchas personas que están bajo la potestad de otro... como el *paterfamilias*, la *materfamilias*, el *filiusfamilias*, la *filiafamilias* y los demás descendientes”¹².

“En el derecho común llamamos familia a todos los agnados, pues aunque haya muerto el *paterfamilias*, cada uno de ellos tendrá familia, pues los que estuvieron bajo su potestad se llaman con rectitud de la misma familia, pues salieron de la misma casa y gente. Podemos considerar a la familia civil como a las personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único y que están ligadas por la *agnatio*.

En el mismo fragmento del Digesto se llama: al *paterfamilias* a aquel que tiene el señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo, pues el término no solo es de relación personal sino de posición de derecho. Es *paterfamilias* el varón que es *sui iuris* cualquiera que sea

¹² *Idem*.

su edad y este vocablo connota que puede ser titular de un patrimonio y que tiene o puede tener a otras personas bajo su potestad.

El jefe de familia tiene bajo su potestad a sus hijos y demás descendientes sobre los cuales ejercerá la *patria potestad*. También se encuentran bajo su potestad su esposa si la tiene *in manu*, sus esclavos y una persona libre cuando la tiene *in mancipium*.¹³

En los antecedentes de la familia se puede encontrar un rol muy importante que tuvo la mujer, el cual era la función de la *materfamilias*, encontramos que, si bien es cierto las personas que habitaban bajo un mismo techo y descendían de un mismo tronco común, no es el varón quien en un inicio se hacía cargo de la descendencia ni en el manejo de la casa ya que su función era solamente reproductiva y de trabajo, por ello la mujer sin ser valorada en su momento regía a través de la figura antes mencionada y era quien tomaba las decisiones sobre las personas que tenía bajo su potestad, surgen entonces las figuras del matriarcado y del patriarcado.

Por otro lado el Dr. Bravo González asevera en su obra que, “los sociólogos refieren que en las más antiguas sociedades vivieron en la promiscuidad y que por este motivo el parentesco no podría determinarse más que por la línea materna, lo que da lugar al dominio exclusivo de la mujer sobre sus descendientes, produciéndose la ginococracia. Posteriormente el matriarcado declina paulatinamente y surge el patriarcado, lo que acontece en un estado más avanzado de civilización, cuando se pudo inferir que las causas del nacimiento fue un acto meses atrás, entonces el parentesco ya pudo ser regulado por la vía paterna”.¹⁴

¹³ BRAVO González, *et. al.* Óp. Cit., p. 137.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 137 y 138.

Cabe señalar que el parentesco tiene vital importancia en este tema ya que con éste, se desentrañan las relaciones jurídicas familiares que atañen a la familia y a sus integrantes, por ello en el Derecho Romano es imprescindible señalar tal figura jurídica.

Por lo cual el Dr. Bravo González en su obra expresa: “parentesco viene de *parens, parentis*, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se descende. Los romanos entendían el parentesco en dos sentidos: el parentesco del derecho civil y el natural; cuando concurren ambos derechos, se contrae un parentesco natural y civil a la vez. Se entiende por parentesco natural el que deriva de las mujeres, cuando tienen hijos ilegítimos; participa el parentesco de ambos derechos cuando deriva de un matrimonio legítimo. El parentesco natural se llama simplemente así, o también se le denomina *cognatio*, y el civil es designado corrientemente agnación, que es el que viene por línea de varón.

La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del *paterfamilias* dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. En efecto, podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción; además, podía hacer ingresar a extraños en su familia mediante la adrogación y la adopción.

Resumiendo, son parientes agnados, en términos generales, los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad o que lo estarían si viviera. Cuando muere el cabeza de familia, los que le estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias, pero continúan unidos por el parentesco agnaticio. El derecho civil concedía grandes prerrogativas a este parentesco, sobre todo en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

La *cognatio* es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa o que descienden de un autor común, sin distinción de

sexo. Este es el parentesco natural o de la sangre, aceptado desde Justiniano y al que el pretor principió a reconocer derechos oponiéndolo al parentesco civil.”¹⁵

Asimismo, el parentesco en el derecho romano estaba catalogado en diversas clases y grados, que servían para diferenciar, ya sea de la ascendencia o descendencia que cada integrante de la familia ocupaba respecto del *paterfamilias*, a continuación se desglosan dichas clases y grados del parentesco:

“El parentesco natural y el parentesco por afinidad. En el primero se distingue:

a) el parentesco en línea directa o recta, que se divide en dos: la ascendente y la descendente, de la primera derivan por el segundo grado las líneas colaterales. El parentesco en línea recta es aquel que une a dos personas, de las cuales una desciende de la otra y;

b) el parentesco colateral, que es aquel que une a dos personas que descienden de un mismo autor, sin que una descienda de la otra, como los hermanos, las hermanas y sus descendientes y los tíos y tías paternos y maternos.

El parentesco por afinidad es el que se origina por el matrimonio y lo forman los parientes de unos de los esposos y los parientes del otro. Hay que decir que en el parentesco por afinidad no hay grados y que es ilícito contraer matrimonio entre los que están como ascendientes y descendientes a causa de afinidad.

La proximidad del parentesco se fija por el número de grados y éstos se determinan de la siguiente forma: en línea directa, cuando se quiere saber en que grado son parientes dos personas, se cuenta el número de generaciones que sea necesario, no comprendida la del ascendiente, para llegar a la del descendiente; así, el padre y el hijo están en primer grado, el abuelo y el nieto en el segundo.

¹⁵ *Idem.*

En la línea colateral, estando señaladas las dos personas a las cuales se les quiere determinar el grado de parentesco, es necesario sumar los dos números que expresan el grado de parentesco de cada una en relación con el autor común; sean, por ejemplo, dos hermanos: cada uno está en el primer grado con respecto al autor común, entonces ellos estarán, sumando, en el segundo grado; sean ahora un tío y un sobrino: el autor común será el padre de uno y el abuelo del otro, de donde, por referencia a este autor común, el tío está en el primer grado, sobrino en el segundo, por lo que, sumando, el tío y el sobrino serán parientes en tercer grado”.¹⁶

De igual forma continua el Dr. Bravo González, la patria potestad pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. “El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias, esto dice Justiniano en sus Instituciones y el adoptado.”¹⁷

Vista en su primitiva sencillez, esta potestad puede resumirse en tres proposiciones:

“1) El jefe de familia es el jefe del culto doméstico.

2) Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren es adquirido por el *paterfamilias*.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 139 y 140.

¹⁷ *Idem*.

3) La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del *paterfamilias*, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte”.¹⁸

Es importante mencionar que el papel de la mujer en la época romana no era del todo menospreciado, pues en ella no solo recaían los deberes de corte doméstico y reproductivo, sino, fundamentalmente, los de índole religiosa.

Por lo que el Dr. Felipe de la Mata señala: “La esposa tenía que mantener vivo el fuego en el hogar y, de esa forma, rendir culto a los dioses *manes* de su nueva *gens*, esto la convertía en auténtica sacerdotisa que permitía subsistir el alma de los ancestros de su marido. En los matrimonios bajo el régimen *sine manu*, la mujer conservaba su posición jurídica independiente (*sui iuris*); sin embargo, para muchos efectos civiles mantenía su carácter de incapaz de ejercicio.

En el primer siglo de nuestra era, se llevó a cabo una gran revolución en las relaciones familiares que habrían de modificar para siempre los supuestos jurídicos del derecho romano acerca del tema. Se reconoció –al menos teóricamente- la igualdad filosófica del hombre y la mujer, en tanto estos habían sido redimidos por Cristo idénticamente. Se propició la fidelidad conyugal y, dentro de lo posible, se evitaron de tratar prácticas sexuales que, hasta entonces, eran socialmente aceptadas pero que no son totalmente inadmisibles en la ética cristiana.

Asimismo, el matrimonio se elevó a sacramento y unión sagrada, dotándolo de la característica de indisoluble y perpetuo”.¹⁹

¹⁸ *Ibidem*, p. 140.

¹⁹ DE LA MATA Pizaña, Felipe. *Óp. Cit.*, p. 6.

1.3. Grupos Sociales.

A continuación se describe de forma breve las diferentes agrupaciones que precedieron a la familia y que, debido a su constante evolución en la sociedad, han dado como resultado diversas variantes de familia y, como consecuencia de ello nos permitirán entender las diferentes formas de estructura y funcionamiento de las mismas.

1.3.1. Clan.

“Grupo familiar exógamo, relacionado unilinealmente, que comprende no sólo a los miembros de nacimiento, sino a las esposas y quienes trabajen junto a los miembros del mismo.

El *clan* es una unidad sociológica que designa un conjunto de individuos consanguíneos. Esta comunidad de sangre se expresa por un nombre genérico, por una señal o blasón, a veces por un tatuaje a menudo también por un tótem que representa un ascendiente común a los diferentes miembros del clan, bajo la forma de una especie de animal o vegetal.

El clan es frecuentemente totémico, pero este lazo no es necesario. La consanguinidad entre los miembros del clan entraña poco más o menos la exogamia, cualquiera que sea el modo de filiación (patrilineal o matrilineal). La importancia del *clan* es variable: puede agrupar a un gran número de individuos o a unos pocos. Puede subdividirse y constituir una verdadera jerarquía de subclanes.

Cuando el clan es totémico, corresponde a cada uno una jerarquía de tótems de índole tal que puede traducir toda una cosmogonía; la reunión del clan entero simboliza la representación figurada del mundo”.²⁰

“Cabe señalar que la palabra fue tomada del vocabulario antiguo, con la que ciertos investigadores ingleses designaron la clase de agrupación más simple y reducida entre las de los pueblos salvajes, y que ha pasado ya al lenguaje técnico de la Sociología.

En general, el clan, que es el conjunto de individuos emparentados entre sí por reconocer un ancestro común, no implica fijeza de un territorio determinado; sus miembros pueden estar diseminados dentro de un grupo mayor (*fratría, tribu*).

En las sociedades totémicas su carácter es totalmente religioso, referentes a un grupo de individuos que se consideran parientes entre sí, parentesco que reconocen exclusivamente en el particularísimo signo de que todos tienen el mismo tótem”.²¹

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

Históricamente, esos clanes –debido a los lazos de solidaridad que se desprenden- han facilitado la supervivencia de sus integrantes, toda vez que han ayudado al desarrollo del individuo en sociedad y han potenciado el trabajo grupal, pues normalmente se responde a una misma autoridad común. En estas formas de organización grupal se encuentra el origen de la familia”.²²

²⁰ “GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE”, ED. Planeta, tomo III, Barcelona, 1960, p. 1002.

²¹ ECHÁNOVE Trujillo, Carlos A. “Diccionario de Sociología”, ED. JUS, 3ª edición, México, 1976, p. 47.

²² DE LA MATA Pizaña, Felipe. *Óp. Cit.*, P. 3.

1.3.2. Tribu.

“La Tribu es una noción que designa a una realidad de contornos bastante imprecisa. Sería la unidad mayor después de la del clan y el linaje, articulada genealógicamente según un sistema de parentesco”.²³

“En la antigüedad, la agrupación de algunos pueblos, incluso con elevada cultura para su tiempo; como lo fueron las doce tribus de Israel, y las tres de la Roma primitiva, éstas contribuyeron, de modo decisivo, a la creación paralela del poder militar, de la organización social y también de la cultura jurídica romana.

Estas tribus, con ciertos rudimentos económicos evolutivos, como el de la conservación de alimentos, una incipiente cultura agrícola y el respeto por alguna propiedad individual, desconocen por lo general la moneda y comercian con sus vecinos, cuando no pueden expropiarlos como vencidos rivales, valiéndose del trueque directo de productos naturales o rudimentaria artesanía”.²⁴

1.3.3. Grupo.

Es importante conocer la estructura y funcionamiento de un grupo, ya que, en esta estructura sobresalen los individuos que han formado a la familia y que han dado pauta para tener una evolución y dinamismo tal, que permiten interrelacionarse grupos con diferente ideología, cultura y tradiciones.

²³ THINES, George. “Diccionario General de Ciencias Humanas”, ED. CÁTEDRA, Madrid, 1978, p. 58.

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI”, ED. Heliasta, 14ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 535 y 536.

Luego entonces, el Maestro Alfredo del Valle sostiene que: “la distribución de la población en grupos sociales y las dimensiones, el número y las características de estos grupos son aspectos importantes en la estructura de una sociedad.

Un grupo social puede ser definido como un agregado de individuos, en el que existen relaciones definidas entre los individuos que lo componen y cada uno de ellos es consciente del grupo y de sus símbolos. En otras palabras un grupo social tiene, por lo menos una estructura y una organización rudimentaria (incluyendo reglas, ritos, etc.).

La distinción más conocida es la comunidad, ya que ésta se define como una vida conjunta íntima, privada y exclusiva, como ejemplo de dicha comunidad se tiene a la familia o al grupo familiar, la vecindad (aldea rural), y el grupo de amigos”.²⁵

1.3.4. Horda.

“Grupo más o menos numeroso de salvajes que carecen de domicilio, forman comunidad y adoptan por lo general actitud belicosa o de indisciplina social.

Algunos sociólogos consideran la *horda* como el primer paso, muy rudimentario, de organización humana, luego de la plena anarquía. Otros la equiparan con *tribu* pero con olvido de la insipiente estructura de ésta, de su carácter más sedentario y de su índole totalmente pacífica. No falta quien vea en la *horda* el primitivo, el espontáneo, el más elemental de los ejércitos, dentro de su caos peculiar.

²⁵ DEL VALLE, Alfredo. *Óp. Cit.* p. 201.

En Asia, y ya con los precedentes difícilmente ya superables de Atila y sus Hunos, subsisten hordas integradas por millares de seres, nutridas y reforzadas por los estragos morales de las discordias internas de varios países de tal continente (sobre todo por las guerras crónicas de la China) y por el bajo nivel cultural y de nivel de civilización del mismo. Por extensión, patulea, gavillas, guerrillas de bandoleros y cuanto es violencia sin organización ni miramientos; como el saqueo y la guerra a sangre y fuego”.²⁶

“La formación social primitiva que coexistió, en el curso de la prehistoria, con núcleos tales como el clan y la tribu, que en realidad la integraban. De acuerdo con las conclusiones de los estudios antropológicos, la horda representaba una estructura compuesta y se hallaba constituida por los elementos masculinos del clan junto con sus mujeres, que aún siendo miembros de la horda, podían no serlo del clan, con excepción de las mujeres del clan que se hubiesen incorporado a otras hordas por medio de uniones matrimoniales.

La solidaridad de la horda, que era su razón de existir, dependía de la fuerza coercitiva derivada del matrimonio; pero, además, era reforzada por los siguientes lazos: el del territorio, el económico, el de trabajo, el lingüístico y el de la experiencia y la tradición común”.²⁷

1.3.5. Polis.

En primer término se puede señalar que la *polis* estaba levantada sobre la legitimidad de la esclavitud. El Mtro. Mario de la Cueva, señala al respecto que:

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo IV”, ED. Heliasta, 20ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 306.

²⁷ OSSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, ED. Heliasta, 27ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 483.

“La consecuencia que se desprende de estos datos es que el pensamiento político griego es un pensamiento de y para los amos, lo que a su vez da por resultado que no se pudiera contemplar al hombre, sino a los dominadores, y que las ideas de democracia y justicia carecieran de universalidad.

Los griegos decían: toda ciudad se presenta ante nuestros ojos como una comunidad y toda comunidad se constituye en vista de algún bien (ya que todos hacen lo que hacen en vista de los que estiman ser un bien). Así pues, todas las comunidades humanas apuntan a algún bien.

Aristóteles, propone como tema el origen de la ciudad, una comunidad natural y necesaria, porque el hombre es por naturaleza un ser político: en un principio explica el filósofo, “la necesidad ha hecho aparearse a quienes no pueden existir el uno sin el otro, como son el varón y la hembra en orden a la generación.”²⁸

De estas uniones nacieron las familias y los primeros hogares, por lo cual, según la frase de Hesíodo, lo primero de todo es la casa y la mujer y el buey labrador.

La familia y su hogar o casa es la comunidad establecida para la convivencia de todos los días, dice Aristóteles, que sus miembros son llamados *Carondas de la panera*. La familia no alcanza a cubrir las exigencias de los hombres, de ahí que la comunidad primaria que resulta de muchas familias y cuyo fin es servir a la satisfacción de necesidades que no son meramente las de cada día, es la aldea. Ya que la comunidad de muchas aldeas es la ciudad, es decir, la *polis*.

La ciudad en suma, es la comunidad de familias y aldeas para una vida perfecta y autosuficiente, es decir, en nuestro concepto, para una vida bella y feliz.

²⁸ *Idem*.

Esta comunidad política tiene por causa, en suma, la práctica de las buenas acciones y no sólo simplemente la convivencia”.²⁹

1.3.6. Ciudad.

“En la misma forma que las *polis* griegas, Roma descansó sobre la esclavitud. Pero la vida política de la capa social superior de los ciudadanos revela la misma característica de Atenas: los romanos se sentían y sabían miembros de una comunidad de hombres libres que vivían dentro de un orden asegurado por un gobierno cuyos caracteres variaron con los años; jamás imaginaron ese ente cruel y misterioso que es el estado contemporáneo.

La comunidad de ciudadanos es idéntica al estado. La terminología política de los romanos muestra el mismo tipo: el estado es la *civitas*, la comunidad de todos los ciudadanos, o la res pública, la cosa común al pueblo como comunidad.

Al igual que la familia, el pueblo es un producto de la naturaleza, que conduce, para decirlo así, una existencia atemporal, pues es independiente del cambio de sus miembros.

Afenus, recalcó que: “el pueblo romano, no obstante el continuo cambio de las generaciones, era un ser marcado con unos mismos caracteres individuales”.

En el diálogo la República dio una de las más bellas cátedras de ciencia política que conocemos. Su punto de partida es la concepción aristotélica sobre el origen y naturaleza de las sociedades humanas: son varias las versiones químéricas con las que muchos han querido explicar el hecho de la vida comunitaria. En los “Oficios”, el orador partidario de la filosofía estoica, incursiona

²⁹ DE LA CUEVA, Mario. “La Idea del Estado, ED. Fondo de Cultura Económica”, 5ª edición, México, 1996, pp. 18 y 22.

por las distintas formas de las sociedades de los hombres: la primera es la familia, el semillero de las que le siguen.

El segundo grado se forma con la tribu, pues el vínculo de la sangre es uno de los que más estrechan la unión y benevolencia de unos hombres con otros, a lo cual contribuye mucho tener en su familia los mismos monumentos, las mismas religiones y las mismas sepulturas.

El tercer escalón es la ciudad, en la que los hombres tienen muchas cosas comunes, como las plazas, los templos, los caminos, las leyes y muchos negocios particulares; la cuarta unión es la *societas humana*, aquel inmenso anillo que se envuelve a toda la humanidad; por último la sociedad universal abraza por igual a los hombres y a los dioses”.³⁰

³⁰ *Ibidem*, pp. 26 y 29.

CAPÍTULO 2

Finalidad de la Familia.

Es importante explicar de una forma breve el rol que tiene la familia así como su finalidad, ya que con ello, se mantiene una directriz en la forma de vida y desarrollo de los individuos que la conforman en la época reciente.

Al respecto el Mtro. Manuel Chávez, dice: “se desconoce cuándo apareció la pareja como primer núcleo familiar. Se debe tomar en cuenta que la unión del varón y la mujer en el acto amoroso responde a un instinto natural que no significa necesariamente la institución de la pareja.

La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja.

El bien de los hijos constituye una necesidad que se reglamenta y que fue seguida por normas sexuales en la vida de la comunidad, las que, junto con otras, constituyeron reglas de convivencia sociales a través de las cuales se pudo promover la convivencia y evitar la rivalidad, la agresividad, atemperando los egoísmos individuales.

Según Kathleen Gough expresa, que, “sin este autocontrol inicial que se manifiesta en la prohibición del incesto y en la generosidad y el orden moral de la vida primitiva, la civilización no hubiera sido posible.”³¹

“La función social de la familia tiene tal relevancia que de no cumplir sus objetivos, acarrea males sociales mayores como la desadaptación de los individuos de la sociedad, la delincuencia y en general de sus valores.

³¹ CHÁVEZ Asencio, Manuel. “La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas Conyugales”, ED., Porrúa, 4ª edición actualizada, México, 1997, p. 3.

De lo anterior se desprende que, la conversión de los sujetos humanos en verdaderos miembros de la sociedad se logra a través del proceso de socialización. La familia es el ámbito en el que, a partir del momento de su nacimiento, el niño entra en contacto con los sujetos adultos e inicia el proceso de conversión en un sujeto plenamente social, a partir de este proceso de interacción con sus semejantes, el niño construye, hacia dentro, su personalidad y hacia afuera, va construyendo, operativa y mentalmente, el mundo social en el que tiene que convivir con los demás”.³²

Cabe señalar que, la familia tiene diversas funciones, a saber: la función biológica, protectora y formativa, asistencial y económica.

El Dr. Marcos Córdoba, señala: “En cuanto a la función biológica, la familia no debe estar dirigida exclusivamente a la satisfacción sexual ni tener como objetivo la descendencia, en tanto la familia trasciende estos fines por ser continente afectivo del hombre.

Existe una cooperación en la procreación que reconoce origen en la solidaridad y que se produce en mayor medida en el ámbito familiar.

En cuanto a la función formativa y protectora que tiene la familia, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 18 impone a los padres u otras personas a cargo del menor, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y adjudica a los Estados parte del deber de la prestación de la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a aquellas responsabilidades, que se ejercen en virtud de los roles individuales que les corresponde a cada uno de los integrantes de la familia.

Así queda en cabeza de los padres el cumplimiento de las funciones de educación, no sólo el aporte de bagaje de conocimientos esenciales, sino también infundir hábitos morales, intelectuales y estéticos que configuran la personalidad.

³² LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.*, pp. 1 y 44.

La función asistencial corresponde a una imposición de obligaciones tales como la alimentaria entre los ascendientes o descendientes, obligaciones de tutela, curatela, así como la obligación de proporcionar un nivel adecuado tanto para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

La función económica, originariamente la familia la conformaba como una unidad de producción en la que sus miembros colaboraban en la realización de una actividad económica y que tenía como fin inmediato la autosatisfacción de las necesidades básicas del grupo”.³³

2.1. Perpetuación de la Especie.

Sin duda, como se ha expuesto, la familia tiene una importancia vital en la actualidad, no obstante, su constante debilitamiento, sigue siendo un parteaguas en la vida cotidiana de los individuos, ya que bien o mal todos y cada uno de los habitantes en cualquier parte de este mundo en donde se habite, necesitamos de un núcleo que nos proteja, en donde se facilite un desarrollo positivo para el individuo, tanto social, cultural y por lo tanto personal.

Para el desarrollo del presente trabajo, el tema de la familia es fundamental, ya que derivado de ello, al entrar al estudio de la maternidad subrogada, la cual más adelante se abundará sobre el tema, se debe dejar comprensible tanto su definición como en sus características y finalidades de la misma, para de allí partir a una toma de decisiones tan importantes como lo es el de procrear mediante una innovadora técnica de reproducción asistida, que hoy en día la ciencia permite hacerlo posible y que los legisladores han tenido a bien realizar una ley mediante la cual se regulará dicho tema.

³³ CÓRDOBA, Marcos M. *Óp. Cit.*, pp. 11, 12 y 13.

Para ello es necesario mencionar que la familia tiene una importante función en cuanto a la perpetuación de la especie se refiere, ya que la primera función que la familia ejerce es la biológica-reproductiva: engendrar y criar a los hijos comprende no sólo la unión intersexual y el nacimiento de los hijos, sino que se extiende en el tiempo trasmitiéndoles la formación y la cultura que les permite vivir en sociedad, y en este sentido la familia es un trasmisor de costumbres y creencias que pasan de generación en generación.

El Dr. Abel Fleitas manifiesta lo siguiente: “Así como en el sentido reproductivo, la familia tiene varios roles que involucran al individuo, tal es el caso en el sentido educativo o socializador que se ejerce dentro del marco de otra función esencial para el ser humano, que es la contención y el desarrollo afectivo.

A la par de estas funciones básicas, a lo largo de la historia ha cumplido otras, como el núcleo de producción económica en las sociedades primitivas, para luego, a partir de la Revolución Industrial, transferirlas a las industrias y pasar a producir para otros y ser consumidores más que productores”.³⁴

La familia tuvo básicamente una función biológica, pues estaba dirigida esencialmente a la procreación, a fin de asegurar la perpetuación de la especie. Sin embargo, en la actualidad, éste no es su fin primordial, pues su papel es mucho más complejo.

La Dra. Irene López Faugier se expresa al respecto mencionando que: “La antigua familia romana y las familias aristócratas tuvieron entre sus fines principales, la procreación del heredero varón para asegurar la continuidad de sus tradiciones y del patrimonio familiar, dejando en segundo término la reproducción

³⁴ FLEITAS Ortiz de Rosas, Abel. “Manual de Derecho de Familia”, ED., LEXIS NEXIS, Argentina, 2004, p. 13.

de las mujeres, pues ellas no tendrían a su cargo la perpetuación del nombre y la riqueza de la misma”.³⁵

2.2. Ausencia de hijos como causal de Divorcio hasta antes de las reformas del año 2008 en el Código Civil para el Distrito Federal.

Hasta antes de las múltiples reformas que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal, este ordenamiento legal contenía las diversas causales de divorcio.

Una de ellas, la que interesa para el tema, es la que se contemplaba en el artículo 267 fracción VI, la cual señalaba que: “artículo 267 son causales de divorcio... VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.”³⁶

Al respecto, el Doctor Ernesto Gutiérrez y González, expone: “en esta fracción del artículo 267 en su tercera hipótesis, se refiere a la impotencia sexual irreversible, pero debe entenderse que no se refiere sólo a la que puede padecer el cónyuge, sino que considero que también se puede invocar por el marido en contra de la esposa, ya que la impotencia sexual también se da en la mujer, si bien es más difícil de probar, pues se puede fingir por ella que no la padece, y simular durante el acto sexual, que alcanza su orgasmo, cuando en realidad no tiene sensación alguna al realizar esa relación sexual.”³⁷

³⁵ LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* p. 42.

³⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial, SISTA, México, 2002, pp. 50 y 51.

³⁷ GUTIÉRREZ Y González, Ernesto. “Derecho Civil para la Familia”, ED., Porrúa, México, 2004, pp. 512 y 513.

Lo anterior sin duda, consistía en una concatenación de adversidades para los cónyuges, ya que debido al problema físico que imposibilitaba la procreación de hijos debido a una impotencia “incurable” atribuida en su mayoría al varón, la mujer en este caso, tenía la opción de invocar tal precepto legal para promover el divorcio, ya que como lo establece el artículo 162 en su segundo párrafo los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, sin embargo, al haber un impedimento tan grave que obstaculizara materializar tal hecho de tener descendencia, simple y llanamente el matrimonio posiblemente iba a declinar ya que la finalidad del mismo es preservar a la especie y por tal motivo desarrollar un núcleo familiar estable y sano.

Aunado a lo anterior el artículo 267 en su fracción XX señalaba como causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

Dicha causal consistía básicamente, en no obtener el consentimiento de los cónyuges, en este caso el varón en la mayoría de las veces, debía otorgar a su pareja, para llevar a cabo una fecundación mediante las técnicas de reproducción asistida, ya que la importancia de procrear es de vital importancia para el matrimonio que, ayudados por los nuevos métodos tenían la oportunidad de materializar este deseo, no obstante, la falta de consentimiento para llevar a cabo dicho procedimiento, daba pie para invocar el divorcio y disolver el matrimonio.

2.3. Diferentes Técnicas de Reproducción Asistida.

Como se ha comentado anteriormente, tanto la ciencia como la tecnología han originado una gran evolución en beneficio de las personas, específicamente se hablará acerca de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida.

Sin embargo, a pesar de que diversos métodos ya son posibles de aplicarlos directamente a los humanos, existen diversos factores que impiden a las personas tener un fácil acceso a los mismos, los cuales son, en primer lugar, la especialización de los profesionales de la salud que intervienen en los procedimientos de fecundación asistida, seguido de ello se debe contar con la infraestructura necesaria, es decir, el equipo médico que se requiere para llevar a cabo los procesos de reproducción asistida (RA); un factor importante por el cual, las personas no tienen acceso a los procedimientos en comento, es el factor económico; éste es un elemento que sólo las personas que cuentan con la solvencia necesaria pueden llevar a cabo.

Como se ha expresado en el párrafo anterior, existen diversos factores que dificultan la materialización de las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida (NTRA); sin embargo, no hay que olvidar que la falta de conocimiento acerca de estos nuevos métodos es tan grande aún, que en primer lugar, se tiene que realizar una campaña de información y educación acerca de los mismos, con la finalidad de ir preparando a las personas, en especial a las parejas con problemas de infertilidad, a tomar una decisión tan importante para sus vidas como lo es el de llevar a cabo estos métodos científicos.

Debido a la ignorancia acerca de dichos métodos se genera como consecuencia, que sean engañados por pseudo profesionales, que lucran y engañan a las parejas y no producen resultados favorables en el mejor de los casos, y es que, de no ser atendidos por verdaderos profesionales, la mujer directamente puede sufrir un menoscabo severo en su salud y hasta producirle la muerte.

Para llegar a la comprensión acerca del tema de Maternidad Subrogada o bien Renta de Vientre o de útero, es necesario explicar lo que son las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida; ya que, de dicho tema se desprende el

primero; y es así como se pretende realizar una explicación y análisis del proyecto de legislación en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

En primer término se abordará el concepto de las nuevas técnicas de reproducción asistida (NTRA), así como las variantes de las mismas y quienes son los sujetos que intervienen en ellas.

Las nuevas técnicas empleadas en las actuales formas de tratamiento de la esterilidad, tienen en cuenta un alarmante número de cambios y combinaciones.

La Dra. Gloria Hilda Arson, menciona con respecto al tema lo siguiente: “aunque la incidencia total de la infertilidad parece ser relativamente estable, la demanda de asistencia médica para tratar la infertilidad aumenta con rapidez increíble debido a una diversidad de factores.

Pareciera que existe un aumento en el número de mujeres con problemas de fertilidad iatrogénica, derivadas del uso de diversas formas de control de la natalidad, tales como dispositivos intrauterinos, así como, más mujeres han entrado en la fuerza trabajadora y como resultado, han sido expuestas a peligros reproductivos y agentes que pueden afectar en forma adversa a la fertilidad.

La importancia de la intervención médica para influenciar la procreación y reproducción desafía normas sociales y jurídicas.

De acuerdo con el artículo 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los hombres y las mujeres mayores de edad, sin discriminación de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho a casarse o fundar una familia.

Desde un punto de vista ético, pueden preverse al menos seis razones por las cuales una persona podría tener una obligación moral a no reproducirse, es decir, por las cuales el derecho de libertad de una persona a reproducirse podría estar restringido desde un punto de vista ético. Las últimas tres de estas razones continúan siendo polémicas. Las cuales son:

- 1.- Transmisión de una enfermedad a la descendencia.
- 2.- Renunciar a brindar el cuidado prenatal adecuado.
- 3.- Incapacidad para criar niños.
- 4.- Daño psicológico a la descendencia.
- 5.- Superpoblación.
- 6.- La no existencia de matrimonio.

Dos de los seis impedimentos anteriores también se aplican a los futuros donantes, cuya asistencia podría requerirse en la reproducción.

La naturaleza artificial de las nuevas tecnologías ha dado pie a creer que nada artificial debería inmiscuirse en las relaciones sexuales entre los seres humanos, tal creencia tendrá profundas influencias en nuestra actitud con respecto a las técnicas de anticoncepción y a las nuevas tecnologías de reproducción”.³⁸

La Dra. López Faugier, manifiesta que, “asimismo, los métodos de reproducción asistida tienen por objeto salvar los obstáculos orgánicos y funcionales que impiden la fecundación, mediante la cópula o coito normal entre un hombre y una mujer. En nuestra legislación, tanto el Código Civil para el Distrito Federal, como el Código Civil para el Estado de Coahuila, permiten su utilización tanto entre quienes están unidos en matrimonio como en concubinato.

Las técnicas de reproducción asistida se dividen en dos grupos, inseminación artificial y fecundación extrauterina, ambas tienen como denominador común, que no requieren la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos. La inseminación artificial se lleva a cabo dentro del

³⁸ ARSON DE Glinberg, Gloria Hilda. “LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN. Anuario Universidades. Unión de Universidades de América Latina”, 1989., pp. 193 a 197 y 209.

vientre de la mujer y la fecundación extrauterina se realiza fuera del cuerpo de la misma.

A su vez ambos métodos pueden ser homólogos o heterólogos, son de la primera forma cuando los aportes genéticos provienen de ambos cónyuges y son heterólogos en todos aquellos casos en los cuales, si bien el descendiente ha sido concebido durante el matrimonio o concubinato de quienes institucionalmente figuran como su padre y madre, este es el resultado de una fecundación en la que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos”.³⁹

Con lo antes expuesto se establece una definición de las Técnicas de Reproducción Asistida, así como las variantes de las mismas y otros conceptos relevantes para el tema.

En principio se hablará de conceptos básicos a manera de introducción al tema de las diversas técnicas de reproducción asistida; misma que servirán de base posteriormente al abordar el tema de la maternidad subrogada, ya que como se ha planteado en un inicio, ésta es parte de los métodos multicitados.

“Reproducción Sexual.- Es la función por la cual algunas plantas y animales, incluyendo el hombre, se perpetúan. La descendencia tendrá características genéticas, físicas y fisiológicas parecidas, pero nunca idénticas a los progenitores.

La reproducción sexual comprende la fusión de gametos haploides, lo cual puede ocurrir por fecundación interna o externa. En los seres humanos la fecundación es interna, lo que significa que los gametos se unen dentro del cuerpo de la mujer.

³⁹ LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* p. 283.

En las gónadas del hombre y la mujer se producen los gametos y las hormonas que controlan los procesos reproductivos. Las gónadas masculinas son los testículos y las femeninas los ovarios”.⁴⁰

“Para que las gónadas antes descritas tengan un funcionamiento a la perfección y realicen su función se requiere de hormonas, las cuales son, sustancias que se producen en las glándulas, regulan una gran variedad de funciones en el organismo. Los principales órganos involucrados en la actividad hormonal reproductora son la glándula pituitaria o hipófisis, las gónadas y la placenta”.⁴¹

“Asimismo la reproducción sexual “es el resultado de la fusión de dos células (de procedencia masculina una y la otra femenina), creando un huevo o cigoto”.

“Este huevo, unicelular, se divide en dos células; esta división duplicadora continúa sucesivamente. Las células pasan a un estadio o etapa de diferenciación (generación de tejidos embrionarios). Pero aún antes, se produce otra diferenciación entre las células que darán lugar al embrión y las que producen o generarán la placenta”.⁴²

“Fecundación.- O también llamada concepción, solo es posible durante algunos días del ciclo menstrual de la mujer, y son aquellos cercanos a la ovulación. Los espermatozoides que se depositan en la vagina durante la copulación, o acto sexual, deben llegar hasta el tercio superior de las trompas de

⁴⁰ VALDIVIA Blanca, Granillo Pilar. “BIOLOGÍA. La vida y sus procesos”, 10ª edición, Editorial, Grupo Editorial Patria, México, 2009, p. 254.

⁴¹ *Ibidem*, p. 260.

⁴² SILVA Ruiz, Pedro F. “Clonación Humana y Reproducción Asistida. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. La Nueva Familia y el Derecho”. Volumen 63, número 3, julio-septiembre 2002, p. 148.

Falopio, encontrar un óvulo y penetrar la membrana que lo rodea para llegar al citoplasma y unirse al núcleo”.⁴³

En otras palabras la fecundación es la unión entre un óvulo y un espermatozoide, que derivado de ello, produce un huevo o cigoto que, con el transcurso del tiempo forma a un ser denominado por la ciencia como feto o producto.

“Pareja Estéril.- Se entiende a un hombre y a una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no pueden darse bajo ninguna circunstancia.

Pareja Infértil.- Es aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección”.⁴⁴

Por técnicas de reproducción asistida entendemos lo señalado por el Mtro. Eduardo Córdoba: “son aquellas técnicas de fecundación o reproducción humana asistida que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural.

Se dividen en: a) Inseminación artificial homóloga. (IAH)

A. Inseminación Artificial (IA)	{	A) Inseminación artificial heteróloga. (IAD) B. Fecundación <i>In vitro</i> .
---------------------------------	---	--

⁴³ VALDIVIA Blanca, Granillo Pilar. *Óp. Cit.* pp. 262 y 263.

⁴⁴ RODRÍGUEZ López, Dina. “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El Útero Como Objeto de Contrato”. *Revista de Derecho Privado*. Editorial IIJ, UNAM, Nueva época, Año IV, Número II, México, mayo-agosto 2005, pp. 100 y 101.

Del cuadro arriba presentado surge que las técnicas de reproducción asistida pueden clasificarse en dos grandes ramas: inseminación artificial (IA) Y Fecundación *in vitro* (FIV).⁴⁵

“Las técnicas de reproducción asistida nacieron con la finalidad de superar una situación patológica de esterilidad que impedía concebir hijos por vía natural, para haber pasado a ser en la actualidad, en la práctica, una forma alternativa de procreación, habiendo sido también utilizados como una manera de detectar enfermedades en el embrión ya sea para curarlas o directamente para suprimir el embrión”.⁴⁶

A continuación se darán los conceptos de las técnicas arriba mencionadas:

- **“Inseminación Artificial.**

La inseminación artificial consiste en introducir espermatozoides del cónyuge o de otro varón en la vagina de la mujer mediante un catéter o una jeringa, con objeto de superar problemas de fertilidad masculina”.⁴⁷

La Doctora Dina Rodríguez refiere: “la inseminación artificial consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con un óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual. Se le puede definir como el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer, sin efectuar un

⁴⁵ CÓRDOBA, Jorge Eduardo. “Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes”, ED., ALVERONI, Argentina, 2000, pp. 24 y 25.

⁴⁶ SAMBRIZZ, Eduardo A. “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”, ED., ABELEDO-PERROT, Argentina, 2001, P. 32.

⁴⁷ ALKORTA Rodríguez, Itziar. “Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado”, ED., THOMPSON, España, 2003, p. 30.

contacto sexual, la técnica mas utilizada y efectiva es la intrauterina, aunque también se han empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular”.

“Se encuentra a su vez que la inseminación artificial puede practicarse con semen fresco, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se logran mayores probabilidades de embarazo, o con semen congelado, el cual permite verificar la calidad de la muestra y reducir el riesgo de transmitir graves enfermedades e infecciones a la mujer por no ser debidamente analizado”.⁴⁸

Por lo cual, siguiendo las definiciones de los autores antes mencionados, podemos concluir que la inseminación artificial es: “el acto médico por el que se introduce espermatozoides en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el espermatozoide y por su introducción en el cuerpo de la mujer, pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural. Dicha técnica se puede clasificar en inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga.”⁴⁹

- **“Inseminación Artificial Homóloga.**

Este procedimiento, es una de las variantes resultantes de la inseminación artificial, ya que dicho método consiste en utilizar el semen proporcionado por el esposo de la mujer o pareja estable de la misma”.⁵⁰

“La inseminación artificial de la mujer casada con el espermatozoide de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella es hijo de matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y

⁴⁸ RODRÍGUEZ López, Dina. “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El Útero Como Objeto de Contrato”. Revista de Derecho Privado. ED., IJ, UNAM, Nueva época, Año IV, Número II, México, mayo-agosto 2005, p. 106.

⁴⁹ CÓRDOBA, Jorge Eduardo. *Óp. Cit.* p. 25.

⁵⁰ *Ídem.*

la legal, la condición jurídica del menor esta reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

Para que el equipo médico lleve a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer y del marido, en el caso de la mujer unida en matrimonio, o de la pareja estable en las uniones no matrimoniales”.⁵¹

- **“Inseminación Artificial Heteróloga.**

Otra de las variantes materializadas de la inseminación artificial es la heteróloga, que al igual que la inseminación artificial homóloga su objetivo es el de fecundar a la mujer de forma artificial, sin embargo, la característica de ésta, es que el material genético del varón, no es proporcionado por el esposo o el concubino, sino por un tercero, en muchos de los casos desconocido para los padres que recurren a este método.

La crítica se acentúa en esta variante, ya que diversos autores no están de acuerdo con la misma, ya que, según ellos causa un conflicto de intereses, tanto emocional como jurídico.

La Doctora Ingrid Bresna, apunta que: “la discusión doctrinal sobre el derecho a la inseminación artificial comienza en dicho punto. Las opiniones más radicales incluso han llegado a afirmar que esta inseminación configura un delito de adulterio y que como tal debe ser tratado”.

Sin embargo, en la legislación mexicana no se ha previsto a la inseminación artificial heteróloga como un delito, aun cuando no medie el consentimiento del esposo, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, al contrario, la Ley General de

⁵¹ BRESNA Sesma, Ingrid. “El Derecho a la Salud. Temas a Reflexionar”. ED., UNAM, IIJ, Serie Estudios Jurídicos, Número 57, México, 2004, P. 7.

Salud la regula, siempre que esta se practique después de haber obtenido el consentimiento de la mujer y el esposo”.⁵²

Sin embargo, los cónyuges ante la esterilidad del marido, pueden recurrir a utilizar el semen de un “tercero” o donante para este tipo de inseminación.

- **“Fecundación *IN VITRO*.**

También llamada fertilización *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.

El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquel procedió, en otras palabras, en vez de fertilizar *in vivo*, la fertilización es *in vitro*.

El segundo método es una variación del primero, y surge cuando el semen fecundante proviene de un tercero o un donante.

Un tercer método conlleva la utilización de ambos óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética, se fertiliza *in vitro* y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica.

Es posible que óvulos fertilizados no se implanten en el vientre de una mujer y se mantengan en el laboratorio con fines de investigación”.⁵³

Otras técnicas de reproducción asistida utilizadas son:

* “La hiperestimulación ovárica controlada (HOC), se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de

⁵² *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁵³ SILVA Ruiz, Pedro F. “El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial IN VIVO E IN VITRO”. Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XXXVII, Número 151-152-153, ED., UNAM, México, 1987, P. 209.

gonadotropinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para esto, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.

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

* La transferencia intratubaria de gametos (GIFT), consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas e la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que, la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.

*La maternidad subrogada como otra de las novedosas técnicas de reproducción asistida, mismas que han desatado diversos tipos de conflictos, tanto sociales, jurídicos y religiosos.

Dicho procedimiento se le conoce también como gestación de sustitución o alquiler de útero, y es el acto productor que genera del nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”.⁵⁴

⁵⁴ RODRÍGUEZ López, Dina. *Óp. Cit.* pp. 107, 108 y 109.

2.3.1. Fecundación *In vitro* como solución científica, psicológica, social y jurídica al problema de la infertilidad.

Como se ha planteado, la fecundación *in vitro* es una de las técnicas de reproducción asistida más conocidas y de la cual la gran mayoría de la sociedad al menos la ha escuchado mencionar.

Dicho método es sin duda, una solución para una infinidad de parejas que tienen problemas para concebir descendencia, dicho problema radica en la infertilidad o esterilidad ya sea por parte de la mujer o por parte del hombre, ya que biológicamente se requiere de los gametos aportados por cada uno de ellos para que exista la fecundación, sin esto, aunado a un buen funcionamiento del organismo, sería imposible llevar a cabo el proceso de gestación.

Para continuar con el tema de la fecundación *in vitro*, se debe expresar en primer término el problema de la infertilidad, ya que es el centro que pone en punto de vilo a las parejas con este problema y que no saben como resolverlo, inclusive muchas de ellas llegan a la ruptura del matrimonio.

El problema de la infertilidad ha dado mucho de que hablar cerca de si considerarla una enfermedad o no; y es que empleando una conceptualización del tema que reconoce tanto los aspectos biológicos como psicosociales, parece aceptable argumentar que la infertilidad es una enfermedad que cae razonablemente dentro de la esfera de la medicina. Aunque no todas las personas afectadas con el problema de infertilidad encuentran este estado penoso o limitativo, muchas lo encuentran así.

La Dra. Arson de Glinberg, señala que: “si bien es cierto que la fertilidad y la capacidad de tener hijos es un deseo fuertemente influido por valores sociales y culturales, es también verdadero que este deseo está tan cerca como es posible al

construirse en un deseo universal que puede encontrarse en toda sociedad humana.

En verdad, es la fuerza penetrante de la importancia signada a la capacidad de tener descendencia que provee una de las justificaciones no sólo para caratular la infertilidad como una enfermedad sino para asignarle a su cuidado y tratamiento una prioridad importante.

Si es razonable incluir la capacidad de tener hijos entre aquellas capacidades y habilidades que constituyen los bienes humanos básicos tales como el conocimiento, la locomoción y la percepción, la infertilidad no sólo es una enfermedad sino que debería recibir atención y preocupación especial por parte de los médicos y de aquellos comprometidos con la política legal y sanitaria.”⁵⁵

“La fecundación *in vitro* otorga una gran variedad de soluciones a las personas con problemas de infertilidad. La fecundación *in vitro* es una solución directamente de la ciencia, ya que son los científicos, quienes a través de años de investigación obtuvieron dichas mejoras para las personas.

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma las ha creado, las prácticas inseminatorias. Las técnicas de reproducción asistida atienden a un problema médico, el de las parejas infecundas que habiendo agotado otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.”⁵⁶

Ahora bien, tratándose del comportamiento de las personas en la sociedad, la fecundación *in vitro* y en general las técnicas de reproducción asistida han causado una sensación de solidez y seguridad en la persona, que ha reforzado el lazo afectivo con su pareja evitando a su vez tintes de violencia, tanto física como

⁵⁵ ARSON DE Glinberg, Gloria Hilda. *Óp. Cit.* pp. 211 y 212.

⁵⁶ BRENA Sesma, Ingrid. *Óp. Cit.* p. 5.

moral e inclusive el evitar un divorcio inminente provocado por la ausencia de hijos.

La solución sin duda, es en el comportamiento ya sea del hombre o de la mujer que han procreado descendencia a través de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, la fecundación *in vitro* está causando una aceptación paulatina en la sociedad, si bien es cierto que en algunos sectores, sobre todo en los más conservadores, como lo es la iglesia, no lo han aceptado en su totalidad, la mayoría de la sociedad ha tenido los medios necesarios para adquirir el conocimiento requerido para entender y aceptar éste método científico, que muchas personas ya sean solteras o casadas han tenido a bien realizar.

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de las personas conocen estas técnicas de reproducción, en México, falta mucha difusión a cerca del tema, ya que si bien, dichos procedimientos han dado soluciones, también es cierto que, para tener acceso a los mismos, se requiere de una solvencia económica, en primer lugar para someterse a este tipo de tratamientos y en segundo lugar para después de éstos, darle al niño o niña una estabilidad en diversos aspectos, tanto en lo emotivo, social y económico, pero sobre todo para que tenga un adecuado desarrollo bio-psico-social.

La fecundación *in vitro*, como cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, requiere de una regulación jurídica meticulosa, ya que la finalidad de dichos métodos, es el procrear a un ser humano, y como tal se deben observar todos y cada uno de los derechos otorgados por las leyes mexicanas e internacionales.

La regulación jurídica debe ser precisa, ya que a la par se deben tener en cuenta tanto los derechos de los niños que han sido procreados y a su vez la investigación con embriones humanos que se encuentran crio conservados en los

laboratorios, ya que el fin sólo debe ser la procreación y el bienestar de los seres humanos nacidos por dichos métodos.

2.4. Concepto de Filiación.

El tema de la filiación es de vital importancia al hablar de cualquier relación entre progenitores y descendientes, ya que con la misma se establecen vínculos tanto consanguíneos como legales, y de los cuales derivan una serie de derechos y obligaciones que atañen a todos los miembros de la familia, por el vínculo de parentesco.

“La palabra filiación proviene del latín (*filius: hijo*) y se refiere al lazo de parentesco existente entre los padres y los hijos. Este vínculo materno-paterno-filial genera un universo de relaciones jurídicas, un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los padres y su descendencia.”⁵⁷

Para realizar un bosquejo del tema la Doctora Josefa Méndez Costa dice que: “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 éstos con aquel.

Su definición como integrante del estado, atributo de la persona física, es sugerida por Puig Peña, para este autor, la filiación es aquel estado jurídico que la

⁵⁷ FLEITAS Ortiz de Rosas, Abel. *Óp. Cit.* p. 333.

ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que liga a un tercero.”⁵⁸

Asimismo el investigador Abel Fleitas, expresa: “Sin embargo, para determinar la maternidad como la paternidad implica la concreción en el plano jurídico de un vínculo biológico preexistente. Es así que, en los hechos, producido el nacimiento de una persona, resulta necesario establecer jurídicamente a quienes se atribuye la maternidad o paternidad.

Ello se realiza de tres maneras:

a) legal, donde si se dan determinados hechos la ley establece la maternidad o la paternidad;

b) voluntaria, donde el emplazamiento se produce por medio de una manifestación de voluntad del sujeto, y;

c) por sentencia judicial en aquellos casos en los que no hubiere presunciones, o el progenitor se negare a reconocer al hijo.”⁵⁹

La filiación se encuentra regulada a partir de los artículos 324 al 339 del Código Civil para el Distrito Federal, específicamente en su artículo 338 encontramos la definición jurídica de la misma que a la letra señala:

“Artículo 338.La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, **no puede ser materia de convenio entre partes**, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”⁶⁰

⁵⁸ MENDEZ Costa, María Josefa. “Derecho de Familia”. Tomo III, ED., RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 9.

⁵⁹ FLEITAS Ortiz de Rosas, Abel. *Óp. Cit.* p. 334.

⁶⁰Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 1-dic-2012 13:00 hrs.

2.5. Filiación en la Maternidad Subrogada.

“Aunque el concebir, gestar y dar a luz son en sí mismo aspectos significativos de la experiencia procreadora, la mayoría de las personas no procrea con el fin de criar y algunas crían sin procrear.

La reproducción no coital o con colaboración, puede adoptar varias formas, puede presentarse sin contribución genética o gestacional de una de las partes, puede ser también que uno o ambos miembros de la pareja suministre huevos o esperma aparte de la gestación a además de ella.”⁶¹

La filiación proveniente de los métodos de reproducción asistida, por regla general tiene su origen, en el acuerdo de voluntades entre quienes se someten a este tipo de técnicas para tener descendencia.

Para lo cual la Doctora Irene López, manifiesta que: “independientemente del tipo de inseminación artificial que se trate, es decir, homóloga o heteróloga, existen entre ellas un denominador común.

La fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositados en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino.

De acuerdo con lo antes señalado, la inseminación homóloga no presenta ningún problema dentro de las presunciones de la filiación habida dentro del matrimonio, cuestión que también ocurre en el caso del descendiente concebido mediante fecundación extrauterina durante el matrimonio, utilizándose un óvulo de

⁶¹ ARSON DE Glinberg, Gloria Hilda. *Óp. Cit.* pp. 218 y 219.

la esposa y el espermatozoides del marido. En ambos supuestos, la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial se encuentran presentes.”⁶²

Es el caso de la maternidad subrogada o sustituta, ya que ésta técnica de reproducción, para el caso que nos ocupa en el Distrito Federal, va a ser aplicada mediante la variante homóloga, es decir, la utilización de los gametos de los padres biológicos.

“Por otra parte, en cuanto a la fecundación *in vitro*, la cual tiene ocasión al fecundar un óvulo en un laboratorio de manera extracorpórea, para posteriormente implantar el embrión obtenido por este método en el útero materno, presenta grandes complicaciones en la práctica, por la concurrencia de varias personas. Así por ejemplo se puede presentar la presencia de hasta tres mujeres:

La madre contratante, que es quien solicita la donación del óvulo, **la madre biológica o genética** quien lo proporciona y **la madre gestante**, subrogada o delegada, quien acepta la implantación del embrión en su seno, lleva a cabo la gestación y sufre el parto.”⁶³

De lo anterior podemos desprender que los nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, se consideran descendientes de los cónyuges o concubinos, generándose entre los progenitores el parentesco por consanguinidad, y por lo tanto existe la relación de filiación entre ellos.

⁶² LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* pp. 172 y 173.

⁶³ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

CAPÍTULO 3

Concepto de Matrimonio.

Sin lugar a duda, una pieza fundamental en la formación de la familia, es la institución del matrimonio, ya que esta es una fuente de la misma. Es aquí en donde se generan tanto los derechos como las obligaciones entre los miembros que integran a la familia.

A continuación se abordarán diversas definiciones de esta figura jurídica, denotando sus elementos, características, así como los sujetos que intervienen en el mismo, para, posteriormente, relacionarlo con la familia y comprender su finalidad entre estas dos figuras tan importantes para la sociedad en nuestro país.

Para lo cual el Dr. Felipe de la Mata, señala: “El concepto de matrimonio deriva etimológicamente de *matrimonium*, que significa “carga de la madre”.

En el Código de Napoleón se tomó como base al derecho romano y canónico para definirlo como “la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino.”⁶⁴

Asimismo el tratadista Manuel Chávez, cita varias definiciones de diversos autores acerca del matrimonio, las cuales, se enuncian a continuación:

“El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos.

⁶⁴ DE LA MATA Pizaña, Felipe. *Óp. Cit.* pp. 103.

La unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil.”⁶⁵

Por otra parte el Doctor Juan Iglesias, sostiene que, “matrimonio: es la unión de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer.”⁶⁶

En otro orden de ideas, es menester señalar que, los diversos autores citados expresan sus definiciones, tomando en consideración que el matrimonio es la unión libre entre un hombre y una mujer, para así, conformar la comunidad de vida.

Por lo anterior, es de hacer notar que, en el Distrito Federal, se han presentado grandes cambios legislativos en materia de matrimonio, específicamente en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala:

“art. 146. Matrimonio es la unión de vida entre dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipula el presente código.”⁶⁷

De lo anterior cabe señalar que las reformas contemplan la unión entre dos personas no importando que las mismas sean del mismo sexo. Sin duda ésta modificación conlleva a un gran cambio no sólo en la concepción del matrimonio, sino que va más allá, es decir, afecta a las figuras de la familia, filiación, inclusive en el tema tan polémico como lo es el de la adopción, ya que al considerar que en

⁶⁵ CHÁVEZ Asencio, Manuel. *Óp. Cit.* pp. 70 y 71.

⁶⁶ IGLESIAS, Juan. “Derecho Romano. Historia e Instituciones”, 12ª edición, ED., Porrúa, Madrid, España, 1999, p. 339.

⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-jurídico-102-1-html. 1-dic-2012. 15:35 hrs.

el Distrito Federal, se aceptan las parejas entre personas del mismo sexo, adquieren éstas los mismos derechos y obligaciones de los cónyuges y por tanto jurídicamente tienen igualdad de condiciones tanto para formar la comunidad de vida como para procrear libremente y de manera responsable a los hijos que decidan tener.

A pesar de las reformas que ha sufrido en nuestro país la institución del matrimonio, éste debe continuar con las características marcadas por la doctrina, tales como la creación de derechos, obligaciones y deberes conyugales que se contienen en el vínculo jurídico que se origina por el acto jurídico y difícil será también el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes y obligaciones dentro del matrimonio, como comunidad íntima de vida, si no hay entre los cónyuges igualdad y libertad en una institución matrimonial permanente.

Los fines objetivos del matrimonio, serán también difíciles de lograr, sino se dan esas cualidades dentro del matrimonio, pues los fines son de ambos cónyuges y si no hay unidad y singularidad difícilmente se lograrán.

El Doctor Manuel Chávez Asencio, otorga las siguientes características que debe contener la figura del matrimonio, mismas, que son las siguientes: orden público, legalidad, permanencia, unidad, igualdad, singularidad y libertad.

“Orden Público.- El matrimonio es de orden público según la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus diversas jurisprudencias sobre el tema: “la institución del matrimonio y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad.”⁶⁸

Sin duda el matrimonio debe ser de orden público ya que es el Estado quien regula las diversas acciones así como los conflictos que se susciten en el mismo,

⁶⁸ CHÁVEZ Asencio, Manuel. *Óp. Cit.* p. 74.

ya que el interés es dar certeza jurídica a los cónyuges y a los integrantes de la familia.

Cabe señalar, que en el Distrito Federal se derogaron las diversas causales de divorcio que contemplaba el Código Civil para el Distrito Federal, la figura del matrimonio, se puede disolver, al parecer de una forma más fácil, sin embargo, acarrea diversos conflictos jurídicos de otra índole y es por ello que la publicidad del matrimonio debe regir ante cualquier adversidad.

Por lo que el Mtro. Chávez Asencio señala: “**Legalidad.-** Para la celebración se requiere una serie de requisitos legales, formas, solemnidades previstos en la ley, que sino se satisfacen podrá haber nulidad o inexistencia según falten requisitos formales o solemnes. Es la unión de un hombre y una mujer legalmente sancionada.

La presencia del Juez del Registro Civil, da legalidad a la participación de los contrayentes en el acto jurídico, por la que adquiere el carácter de matrimonio.

El consentimiento de la pareja para contraer matrimonio, es necesario para el nacimiento del acto jurídico y la comunidad de vida, se requiere la declaración oficial como requisito de legalidad.”⁶⁹

Es menester manifestar que en el Distrito Federal, el matrimonio propiamente dicho, es también la unión de personas del mismo sexo, mismas que deberán realizar todas y cada una de las formalidades que exija la ley parra llevar a cabo dicho acto jurídico.

Continúa señalando el Mtro. Chávez Asencio, las características y cualidades de la Institución del Matrimonio y expresa lo siguiente:

“**Permanencia.-** La permanencia es una consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges y del interés que existe en la sociedad y en el

⁶⁹ *Idem.*

Estado, que se convierte en indisolubilidad por exigencia religiosa. Los cónyuges están obligados a permanecer unidos.

Siguiendo una de las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto manifiesta que: “siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez es la de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación estricta y que únicamente es procedente decretar aquel, sólo por causa numeradas”.⁷⁰

“Unidad.- La unidad y la convivencia, comprenden también lo que los autores conocen con el nombre de vida en común o el deber de cohabitación, para lo cual es necesaria la existencia de un domicilio conyugal. La unidad y la convivencia son valores que se encuentran en el matrimonio y necesarios para la promoción de sus fines.

Singularidad.- La unidad trae consigo la singularidad que significa la unión entre un solo hombre y una sola mujer, es decir, está prohibida la poligamia y la poliandria. La singularidad, también es consecuencia de la naturaleza humana y del matrimonio.

También desde el punto de vista jurídico, como consecuencia de la exclusividad propia de la naturaleza humana y del matrimonio, se exige la monogamia, lo que es confirmado desde el punto de vista ético en las sociedades occidentales. Hay que reconocer que no en todas las culturas la unidad es una característica matrimonial, puesto que hay algunos países orientales en los que se permite la poligamia actualmente.

Libertad.- Necesaria para el consentimiento válido como requisito consensual para contraer matrimonio, no se pierde en la vida matrimonial. La

⁷⁰*Ídem*

libertad interviene decisivamente, ya que sólo pueden contraer matrimonio las personas que sean libres.

El consentimiento como acto de la voluntad sólo puede expresarse por quien es libre. Ya que el matrimonio es un acto entre personas libres, que permanecen libres durante el matrimonio, para poder lograr sus fines y promover sus valores; les permite fijar y modelar el contenido del matrimonio.”⁷¹

Por otro lado el Dr. Quintanilla García menciona que: “El matrimonio como un negocio jurídico institucional no escapa a los elementos de esencia y de validez de los negocios jurídicos, y por lo tanto se requiere para la celebración de dicho contrato civil o institución, como elementos de existencia, el consentimiento y el objeto, aclarándose que el objeto se refiere tal y como lo establece el artículo 146 del Código Civil a obligaciones y deberes patrimoniales y no patrimoniales.

Puesto que el objeto será procurarse entre los cónyuges igualdad y ayuda mutua, la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada y ello desde luego ingresa en los deberes morales y extra patrimoniales.

Sin dejar de lado el objeto, también la inclusión en su caso, del régimen patrimonial del matrimonio, deben ser mencionados los deberes morales para realizar la comunidad de vida, de respeto, de igualdad y ayuda mutua entre las partes, es decir, que se puede contraer matrimonio sin que ninguno de los cónyuges tenga ningún bien susceptible de evaluación económica, lo que implica pues, que el aspecto económico reviste un carácter secundario en cuanto a que mira el aspecto patrimonial y ya no tanto al objeto del mismo, que requiere de una realización de vida entre los cónyuges, procurándose los deberes morales que se precisan el citado artículo 146 del Código Civil.”⁷²

⁷¹ *Ibíd*em, pp. 75 a 81.

⁷² QUINTANILLA García, Miguel Ángel. *Óp. Cit.* p. 19.

Sin duda el matrimonio como se ha observado, es la forma de constituir una familia por medio de un vínculo jurídico entre dos personas ya sea entre heterosexuales u homosexuales, con el fin de establecer una comunidad de vida, con derechos y obligaciones recíprocas y sin duda ante la posibilidad de tener descendencia, aunque en los matrimonios entre personas del mismo sexo, aún existe dicha controversia, y será necesario en un futuro no muy lejano realizar acciones para que se decida o no, que las mismas, puedan tener hijos de una manera responsable, sin embargo, aún quedan enormes lagunas jurídicas por dilucidar antes de que estas circunstancias se den y sobre todo se pueda apreciar el bien común para toda la sociedad.

3.1. Familia y matrimonio.

Como se ha expuesto anteriormente, el matrimonio es una de las fuentes jurídicas de otra institución importante como lo es la familia, estas dos figuras jurídicas se entrelazan para así, dar nacimiento a los valores, derechos y obligaciones que se deben establecer no sólo en un vínculo conyugal, sino también en las diferentes relaciones familiares que surgen al materializarse el acto jurídico, entiéndase lo anterior a las relaciones que surgen del parentesco. De igual manera tenemos que, al realizarse el matrimonio, surge con el la familia y es por ello que están estrechamente vinculadas.

Asimismo el tratadista Manuel Chávez, manifiesta que: “el matrimonio, es el modo único constitutivo de la sociedad conyugal, es a la vez, y por ello base fundamental de la familia, modo normal de constitución de la misma, puesto que de el se originan, a través de la generación seguida del hecho del nacimiento, la relación paterno-filial legítima así como la relación parental.”⁷³

⁷³ *Ibidem*, p. 1.

De igual manera el Doctor Felipe de la Mata, coincide en este punto y al respecto manifiesta que: “el matrimonio es la forma legítima y natural de constituir una familia por medio de un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo, con el fin de establecer una comunidad de vida exclusiva, total, y permanente, con derechos y obligaciones recíprocos y con la posibilidad de tener hijos”.⁷⁴

Ahora bien, visto desde otra óptica a las dos figuras jurídicas en nuestro sistema positivo mexicano, éstas no sólo crean derechos y obligaciones para los miembros que la integran, sino que también, crean vínculos respecto de los bienes, es decir, con la materialización del matrimonio y por ende el surgimiento de la familia, se deben establecer ciertos parámetros que protejan a los mismos en la vida cotidiana, en otras palabras se deben establecer los bienes de los cuales la familia podrá gozar y tener un dominio pleno, se habla aquí de las capitulaciones matrimoniales para llevar a cabo un buen manejo y administración de los bienes que se adquieren durante el matrimonio.

Además de regular las capitulaciones matrimoniales se reglamenta el patrimonio de familia, y el domicilio conyugal y ello les otorgará certeza jurídica en cuanto al buen desarrollo de quienes integran a la misma.

Por lo anterior, el Código Civil para el Distrito Federal regula tales funciones derivados del matrimonio y, en su artículo 179 expresa lo siguiente respecto de las capitulaciones matrimoniales:

“art. 179. Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.”⁷⁵

⁷⁴ DE LA MATA Pizaña, Felipe. *Óp. Cit.* Pp. 104 y 105.

⁷⁵ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html. 1-dic-2012.16:00 hrs.

De lo anterior se destaca que los futuros cónyuges tienen la facultad de celebrar el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o bien por separación de bienes.

En el primero, se debe realizar una lista de los bienes que quedarán bajo este tipo de régimen y así conformar un patrimonio que les servirá de base para su buen desarrollo y su debido funcionamiento, sin embargo, a falta de la manifestación del mismo, en caso de omisión se entenderá que dichos bienes que se adquieran durante el matrimonio estarán regulados bajo el régimen de sociedad conyugal.

El Código en comento, señala en su artículo 183 que:

“Artículo 183.- La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales dela sociedad conyugal. Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.”⁷⁶

Por otro lado el régimen de separación de bienes, se establece asimismo en la manifestación de las capitulaciones matrimoniales, es aquí, en donde cada uno de los cónyuges limitan los bienes de cada uno sin que estos entren en una administración en común, es decir, los bienes que se adquieran antes y durante el matrimonio pertenecerán a quienes los adquieran solamente sin adentrarlos en la vida conyugal.

Los artículos 207 y 208 del Código Civil señalan al respecto:

“art. 207. Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, por convenio de

⁷⁶ *Ibidem*.1-dic-2012.16:00 hrs.

los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.”⁷⁷

Por otro lado el artículo 208 manifiesta que:

“Artículo 208.- La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.”⁷⁸

Al igual que las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o durante la celebración del matrimonio, una figura jurídica muy importante para dar la debida protección a los integrantes de la familia es el denominado Patrimonio de Familia.

El código Civil para el Distrito Federal en su artículo 723 otorga la definición legal del mismo, y que a la letra señala:

“Artículo 723.- El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.”⁷⁹

⁷⁷ *Ibidem*.1-dic-2012 16:00 hrs.

⁷⁸ *Ibidem*.1-dic-2012.16:00 hrs.

⁷⁹ *Ibidem*.1-dic-2012.16:00 hrs.

Realizando un análisis de la definición anterior, el patrimonio de familia, más que una mera figura jurídica, es una institución de orden público, es decir, que la voluntad de las partes no se encuentra supeditada en una relación de coordinación, sino que, la voluntad es de supra- subordinación, ya que es el Estado quien interviene para velar por los intereses de los integrantes de la familia.

Asimismo, es el conjunto de bienes que dan protección tanto jurídica como económica a quienes integran a la misma y puede constar desde una casa en la cual habiten hasta las herramientas que se requieran para realizar un determinado trabajo, siempre y cuando los integrantes de la familia laboren en conjunto y a su vez no sobrepase el valor máximo establecido en ley para constituir el patrimonio de familia.

Como se ha explicado anteriormente se puede observar que la relación entre matrimonio y familia están debidamente vinculadas ya que, si bien es cierto que, el concubinato genera derechos respecto de los hijos, éste no es un acto jurídico pleno que de certeza jurídica como lo es el matrimonio, ya que de éste surge la familia, con sus respectivos derechos y obligaciones tanto para quienes integran a la familia como para administrar los bienes que constituyen el patrimonio de familia y en donde se lleva a cabo su buen funcionamiento.

3.2. Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Como base importante del matrimonio y para tener un mejor entendimiento acerca de esta figura, es importante desentrañar su naturaleza, misma que nos permitirá comprender mejor el tema expuesto en el presente trabajo, ya que la relación que existe tanto en el tema del matrimonio como en el de la familia va dirigido a comprender el tema de la Maternidad Subrogada, sus valores y sus fines.

Al respecto, mucho se ha dicho y teorizado acerca de cual es la naturaleza jurídica del matrimonio, ya sea como un contrato o bien como un sacramento, diversos autores tienen distintos argumentos acerca de este tema.

A lo que el investigador Rafael De Pina señala: “Para la Iglesia, el matrimonio canónico, se expresa de la siguiente forma: se denomina canónico, al matrimonio celebrado con arreglo al código canónico (*codex iuris canonici*), que tiene carácter de obligatorio para quienes profesan la religión católica, con independencia y sin incompatibilidad alguna, con el derecho civil.

El contrato matrimonial entre bautizados es para la Iglesia Católica un sacramento, sin dejar de ser por ello un contrato, siendo su fin primario la procreación y la educación de la prole y su fin secundario el remedio de la concupiscencia.”⁸⁰

El Doctor Felipe de la Mata, en su obra Derecho Familiar, otorga diversas opiniones acerca de la naturaleza del matrimonio, las cuales se enunciarán a continuación:

“1. El matrimonio como institución.- En primer lugar hay que entender que una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad.

El matrimonio es una institución jurídica en la que los consortes tienen por objeto constituir una familia y realizar un estado de vida permanente, sin embargo, el hecho de que esta unión sea identificada como una institución jurídica, no nos sirve para señalar claramente la verdadera naturaleza del acto que le da su origen.

2. El matrimonio como acto condición.- León Duguit, hace una división tripartita del acto jurídico, considerándolo como acto subjetivo, cuando en el mismo surge una obligación especial, concreta, individual y momentánea no

⁸⁰ DE PINA Vara, RAFAEL. “Diccionario de Derecho”, ED. Porrúa, 33ª edición, México, 2004, p. 368.

derivada de la ley; como acto regla, del que derivan obligaciones permanentes e individuales como acto condición, entendido como aquella situación creada y regida por la ley y subordinada a la celebración del acto.

3. El matrimonio como contrato civil.- Así se ha considerado desde que se secularizó; incluso los códigos civiles de 1870 y 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares no lo han definido como tal.

Sin embargo, en el matrimonio hay varias excepciones a las reglas de los contratos, que nos hacen pensar que no tienen esa naturaleza jurídica.

En primer lugar, en materia contractual rige el principio de la autonomía de la voluntad, la cual incluso puede derogar disposiciones legales que les son supletorias al contrato de que se trate; sin embargo, en el matrimonio todas las disposiciones que lo rigen son de orden público y los derechos y obligaciones que se establecen son irrenunciables aun por mutuo acuerdo de ambos cónyuges; de ello se desprende que el principio citado no rige en materia matrimonial.

Asimismo los contratos tienen fines primordiales ya creando o transmitiendo derechos de rédito o reales, y el matrimonio tiene fines tanto patrimoniales como extra patrimoniales.

4. El matrimonio como contrato de adhesión.- Es conveniente recordar que por contrato de adhesión se entiende aquel que es redactado unilateralmente por una de las partes y cuya aceptación incondicional se propone a la otra, la cual no puede discutir su contenido, así en primer lugar, el matrimonio no es contrato de adhesión porque no es un contrato y, en segundo lugar, no hay redacción unilateral por parte de ninguno de los consortes; incluso el acta de matrimonio la redacta un juez del Registro Civil, que no es parte material en el acto; y las capitulaciones matrimoniales tienen la posibilidad de redactarlas libremente los cónyuges.

5.- El matrimonio como acto jurídico mixto y complejo.- Esta postura que consideramos la más acertada, reconoce, en primer lugar que el matrimonio es un acto jurídico, lo cual es indiscutible, pero además, hace notar que para su perfeccionamiento se requiere que concurra un acuerdo de voluntades en dos etapas: primero de ambos cónyuges, materializada en la solicitud del matrimonio y posteriormente, una voluntad estatal, que reconozca la existencia de ese acuerdo previo, que lo apruebe y que se manifieste en el mismo sentido para que dicho acto se perfeccione; esto último se materializa en la declaración de matrimonio por parte del juez del registro civil.

Cabe decir que, la intervención del Estado no es una solemnidad, ya que efectivamente hay una manifestación de su voluntad de sancionar el acto a través del juez del registro civil.”⁸¹

De igual manera el Doctor Miguel Ángel Quintanilla García, expresa que, “el matrimonio como acto jurídico mixto, era de carácter público y privado por la intervención que se le daba al Oficial del Registro Civil, pero hay que recordar que ahora la intervención pertenece al Juez del Registro Civil y debiera ser privado, pero también es público, tomando en cuenta la definición de la familia en el sentido de que todas las disposiciones que se refieran a ella, serán de orden público e interés social al tenor del artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal.

De tal manera que el matrimonio ya no puede ser considerado como un acto privado, tal y como lo dice la Constitución General de la República, como un contrato civil, pero además todos los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades el orden civil y en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas le atribuyan, haciendo la aclaración que bien se considere como un contrato o bien como una institución.

⁸¹ DE LA MATA Pizaña, Felipe. *Óp. Cit.* pp. 109 a 112.

El matrimonio se encuentra regido constitucionalmente por las normas que se establezcan en la materia civil, dejándoles la autonomía a los estados para su respectiva reglamentación, como el caso del Distrito Federal, en donde se declara que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y la base de la familia sigue siendo el matrimonio.”

Asimismo el doctor Quintanilla García, considera al matrimonio más que un contrato, “como una institución, porque, se insiste que se rebasa el principio de la autonomía de la voluntad, puesto que los consortes no podrán alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente contempla la ley, y tan es así, que el propio artículo que contiene la definición conceptual de matrimonio es decir, el artículo 146 del Código Civil y posteriormente el artículo 147 del mismo ordenamiento, señalan que serán nulos los pactos que hagan los contrayentes a lo señalado en el artículo anterior, es decir, en cuanto a las finalidades y a los derechos y obligaciones del matrimonio, razón por la cual, deja de aplicarse el principio de autonomía de la voluntad para atenerse a la ley.”⁸²

En párrafos anteriores se señala autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales y de los Estados están obligados a regular dicha figura del matrimonio ya que está, se encuentra regulada constitucionalmente, y es por ellos que la Carta Magna designa que dicha materia sea regulada por las autoridades administrativas competentes para ello, por lo que es necesario hacer mención en este punto y señalar lo que se expresa en nuestra Constitución al respecto en el numeral 130 *in fine*, que señala lo siguiente: “artículo 130...*in fine*. Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la

⁸² QUINTANILLA García, Miguel Ángel, *Óp. Cit.* pp. 16, 17 y 18.

fuerza y validez que las mismas les atribuyan. Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.”⁸³

Lo anterior explica el por qué los Estados que componen a la República Mexicana tienen la facultad de legislar acerca de dicha materia, la cual es el matrimonio y el por qué, de acuerdo, con el Doctor Quintanilla García se puede interpretar al matrimonio bajo la perspectiva de un contrato.

A manera de conclusión se puede establecer, que existen diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la figura del matrimonio, ya sea como un contrato civil, de adhesión o como institución, no obstante, los derechos y obligaciones que surgen del mismo se deben acatar a plenitud y es por ello que la ley los consagra para ser obedecidos como normas positivas, de lo contrario se impondrán sanciones a los miembros de la familia que incurran en faltas graves que perjudiquen la estabilidad de la misma.

3.3. Matrimonio en Roma bajo el Imperio de Justiniano.

El matrimonio en nuestro Derecho Positivo Mexicano tiene sus orígenes en la antigua Roma, sin embargo, es bajo Justiniano, cuando adquiere una gran importancia en cuanto a su regulación.

El tratadista ChiblyAbouhamad, manifiesta al respecto que, “el pensamiento corresponde a la genuina y antigua doctrina romanista, donde prevalecía en esta forma, debido a las características del sistema familiar, en el cual el lazo de unión era el parentesco por agnación.

⁸³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.aldf.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1pdf. 1-dic-2012.16:30 hrs.

Se ha querido hacer explícito este hecho, a fin de evitar posibles confusiones, pues en la doctrina contemporánea y los ordenamientos jurídicos que norman actualmente la conducta de los hombres en diversas sociedades modernas, la organización es diferente. En tal sentido, se ha invertido el orden, y por lo tanto, se contempla primero al matrimonio y luego a la patria potestad.

La razón de dicha inversión, proviene de la influencia del sistema de ideas propio del imperio cristiano, durante el cual se tomó la cognación como base de la familia. Al respecto, señala Justiniano: “Bajo potestad están nuestro hijos, a los cuales procreamos de justas nupcias.”

Continúa diciendo y cita a Camus, “que el matrimonio es una institución jurídica que tiene su raíz en la naturaleza humana y así lo reconocieron los romanos. La unión de dos seres de diverso sexo contribuye a perpetuar la especie humana aparte de que sus cualidades opuestas forma un tipo armónico capaz de realizar finalidades de orden, moral y social.

Ulpiano, define la institución de las nupcias como: “la unión libre del hombre y la mujer que implica comunidad absoluta de existencia.”

El Digesto, obra Justiniana que versa sobre la recopilación del *ius*, es decir, de las respuestas de los jurisconsultos clásicos, según Modestino, “como la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano.”

Las Institutas, obra Justiniana de enseñanza del derecho, define a la institución: “contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes de los varones púberos con las hembras núbiles.”

Sohm señala, “el matrimonio es la plena y legítima unión y convivencia del hombre y la mujer. El matrimonio del antiguo derecho romano no implica como factor esencial poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer *manusmariti*

por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la casa del marido a cuyo imperio queda sometido.”

Bonfante señala: “el matrimonio romano es la cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua o íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada por los romanos *affectio maritalis*.”⁸⁴

En otra concepción, nos encontramos que el matrimonio así como la familia se presenta en el derecho romano como una cosa accesoria al poder.

Como se ha mencionado el matrimonio romano, según el derecho civil, se denomina *justaenuptiae, justummatrimonium*; y es propio de los ciudadanos y de todos aquellos a quien se les ha concedido el *connubium*. Es todo lo que produce el poder del padre sobre los hijos, no da origen por si mismo al poder que el marido tiene sobre la mujer y, es preciso que intervenga el *ferreum*. La prohibición de mezclar la sangre ingenua con la emancipada, se alzó por la Ley *Papia Popena*.

La forma del matrimonio se hallaba abandonada al puro derecho privado, sin necesidad de ninguna solemnidad pública, aunque colocada en la clase de los contratos reales, se verificaba por el solo consentimiento de las partes y por la tradición de la mujer, es decir, por el acto de ponerla a disposición del marido de una manera cualquiera. A la teoría del matrimonio se une la de los esponsales que lo preparan y la del repudio y del divorcio.

El concubinato, era un comercio lícito entre el hombre y la mujer, sin que haya matrimonio; unión permitida, pero poco honrosa en el derecho romano, sobre todo para la mujer. Los hijos que procreaban del concubinato, se llaman hijos naturales; tienen un padre conocido, pero no se hallan bajo la patria potestad. A

⁸⁴ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. “Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I”, tomo I, 3ª edición, ED., Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, pp. 381, 382 y 383.

esta teoría se une la de la *legitimación*, que puede intervenir y producir la patria potestad.”⁸⁵

Como se ha expuesto en las anteriores definiciones se ha mencionado que en el derecho romano prevalece la unión entre un hombre y una mujer, siendo el varón el que tiene derecho sobre la misma, así como la intención de cohabitar y el fin último que es el de procrear hijos para así perpetuar la especie.

Por otro lado, a continuación se señalan las características de la institución del matrimonio bajo Justiniano:

“a) El matrimonio, en Roma, era una institución de derecho civil, por consiguiente, sólo podían contraerlo los ciudadanos romanos, o sea, aquellas personas que hubieren adquirido el *iuscivitas* o estado de ciudadanía, el cual confería los derechos del *iusconnubi* –derecho a contratar-. En consecuencia, el liberto ciudadano (esclavo manumitido bajo formas solemnes imperantes en la monarquía aristocrática romana), podía contraerlo, pues a través de dicha manumisión adquiría la ciudadanía como lo refleja claramente su propia denominación de liberto ciudadano.

b) Los peregrinos veteres y los peregrinos propiamente dichos, podían contraer justas nupcias, pues ellos gozaban del *iuscivitas*.

Se considera necesario insistir, en que los peregrinos se clasificaban en peregrinos latinos y peregrinos propiamente dichos; ya que los peregrinos latinos se subdividían a su vez en veteres, *coloniarii* y en *dedicticii*, y que los peregrinos propiamente dichos, eran aquellos, a los cuales el Estado les confería la ciudadanía mediante un acto estatal.

c) A partir de la era republicana, los patricios y los plebeyos podían celebrar legítimo matrimonio. Estos lograron alcanzar todos sus derechos, entre ellos el

⁸⁵ “Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano”, tomo I, ED., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, pp. 38, 39 y 40.

iusconubii, mediante la promulgación de la llamada ley *Canuleia*, denominada así en honor al tribuno Canuleio, quien proporcionó dicho privilegio a ese estrato desposeído.

d) A través de la institución del matrimonio, la mujer entraba a formar parte de la familia del marido; esto significaba que gozaba del prestigio de su posición, de los honores de que estuviere investido y de su culto privado.

e) A través de la institución del matrimonio, el marido adquiría sobre la mujer la autoridad de un padre, *manus*, y se hacía propietario de sus bienes.

En cuanto a las formalidades que requerían para celebrar el matrimonio eran consideradas las siguientes:

Las formalidades no eran consideradas esenciales o inherentes al matrimonio, aun cuando en éste se realizaran actos solemnes diversos. Lo fundamental el matrimonio romano, era la convivencia continuada y la intención marital y no la cohabitación.

La *affectomaritalis* o intención de quererse, es básicamente un estado de ánimo o una intención como tal, difícil de ser sometida a prueba; por lo tanto, no eran necesarias las formalidades y por el otro la intención resulta difícil de probar.

Así, las pruebas en el matrimonio romano no requerían de instrumentos escritos ya que las mismas podían probarse:

- a) Por declaraciones de los esposos y testimonios de amigos y vecinos.
- b) Por presunciones.

En determinadas ocasiones y generalmente, en los matrimonios *sine manus*, en el que era precedente la dote, se redactaba un documento para comprobar ésta, el cual sería para comprobar las nupcias.”⁸⁶

⁸⁶ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. *Óp. Cit.* pp. 384 a 387.

3.4. Matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal hasta las reformas en el año de 2008.

Para comprender la temática del presente trabajo, es necesario infiltrarnos a *grosso modo* en el tema del Matrimonio como Institución rectora de la familia en sus aspectos más relevantes con relación a los hijos, debido a que en él se originan las fuentes de las obligaciones familiares y es allí donde los cónyuges y sus descendientes tendrán la protección por parte del Estado, así como la protección en particular de los descendientes que la pareja procrea a través de este innovador método de fertilización como lo es la Maternidad subrogada.

En principio de cuentas la legislación del Distrito Federal, en particular el Código Civil, ha sufrido una serie de reformas que han afectado a dicha institución como lo es el matrimonio. Es a partir del año 2000 cuando las modificaciones sufridas en el ordenamiento legal citado influyen en lo anteriormente señalado.

Como punto primigenio se tienen los requisitos para contraer matrimonio; el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal señalaba: “Art. 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige. G.O.DF. 25- May-00”⁸⁷

El Maestro Raúl Lozano señala que: “el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

El matrimonio es acto solemne, en virtud de que no sólo deben llenarse los requisitos que establece la ley, sino que debe celebrarse en un acto público,

⁸⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial, SISTA, México, 2002, P. 39.

donde deben comparecer los contrayentes, los testigos y las demás personas cuya presencia sea necesaria, ante una autoridad especial, como lo es el Oficial del Registro Civil, quien además de levantar el acta autenticando el acto, declara a los contrayentes unidos en legítimo matrimonio.

Asimismo, manifiesta que para realizar las formalidades previas, el derecho Canónico exigía que los contrayentes hicieran una solicitud de matrimonio que se leía en la misa durante tres domingos consecutivos, donde se amonestaba a los parroquianos a denunciar si había algún impedimento.

Nuestro derecho no exige estas amonestaciones, pero requiere que las personas que pretendan contraer matrimonio presenten un escrito ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, donde expresen:

- 1.- Nombre, apellidos, edad, ocupación, y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.
- 2.- Que no tienen impedimento legal para casarse.
- 3.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y así mismo contener su huella digital.”⁸⁸

Un elemento de validez para celebrar el matrimonio es la edad de cada uno de los contrayentes, así señala el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal que: “Artículo 148. Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho

⁸⁸ LOZANO Ramírez, Raúl. “DERECHO CIVIL. TOMO I. DERECHO FAMILIAR”, ED. PACJ, México, 2007, Pp. 59 y 60.

consentimiento, el cuál deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.”⁸⁹

Por lo anterior, en la figura del matrimonio existen impedimentos los cuales se dividen en: dirimentes e impedientes o bien en dispensables o en no dispensables, mismos que se encuentran regulados en el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Maestro Fausto Rico, los clasifica de la siguiente manera, y señala que: “los impedimentos para contraer matrimonio se pueden clasificar en: impedimentos dispensables y no dispensables.

La dispensa es el acto discrecional de la autoridad que suprime un impedimento para contraer matrimonio, por carecer de razón en un caso concreto.

Para tal efecto los impedimentos dispensables son: el parentesco, por consanguinidad en la línea colateral desigual en tercer grado, la impotencia incurable para la cópula el padecimiento de enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria y la relación de tutela.

Los impedimentos no dispensables, son aquellos en los cuales impiden de forma absoluta la celebración del matrimonio y en la cual la autoridad no tiene facultades para suplir dichas carencias.

Se ha clasificado también a los impedimentos en absoluto y relativos, siendo los primeros aquellos que impiden el matrimonio de una persona con cualquiera otra y los segundos los que impiden el matrimonio de dos personas determinadas entre sí. En temporales o perpetuos, atendiendo a si subsisten con el tiempo o no.

⁸⁹ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1-html. 1-dic-2012. 16:40 hrs.

En atención a su causa se consideran que aunque todos tienen por origen la Ley, unos atienden a razones de carácter ético, otros biológico psicológico o delictuoso.”⁹⁰

A su vez el Maestro Raúl Lozano, también realiza una clasificación de dichos impedimentos expresados en el Código Civil y al respecto manifiesta que: “La doctrina de los impedimentos ha sido desenvuelta por el derecho Canónico.

Para los canonistas, los impedimentos son dos: dirimentes e impedientes.

Los Dirimentes originan la nulidad del matrimonio. En esencia el impedimento es la prohibición legal del matrimonio por circunstancias que se relacionan con la persona o a la situación que tenga alguno de los contrayentes.

Ahora bien los impedimentos impedientes no afectan la validez del matrimonio.”⁹¹

Asimismo, es menester señalar que independientemente de los derechos y obligaciones que los cónyuges tienen para sí, éstos tienen a su vez, los mismos derechos y obligaciones con sus descendientes, aunque éstos hayan sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, no por ello deben quedar en estado de indefensión y es por ello que se debe asegurar su esfera jurídica como personas que son.

Para tal efecto el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal es muy claro en este sentido y a la letra señala:

“Artículo 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y

⁹⁰ RICO Álvarez, Fausto. “DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERA”, Editorial, Porrúa, México, 2006, Pp. 165-169.

⁹¹ LOZANO Ramírez, Raúl. *Op. Cit.* Pp. 75 y 76.

responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, **cualquier método de reproducción asistida**, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”⁹²

De igual forma el artículo 164 señala la protección económica que los cónyuges realizarán tanto para el sustento de ellos como el de sus hijos y todas aquellas necesidades que requieran ambos, tal artículo señala:

“Art. 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”⁹³

Es de hacer notar que la institución como lo es el matrimonio es de gran trascendencia ya que derivado de esta surgen las obligaciones familiares entre los cónyuges y los descendientes de éstos.

Lo fundamental de este tema hasta antes de las reformas que se analizarán más adelante, es la unión entre el hombre y la mujer quienes celebraban el

⁹² Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-jurídico-102-1-html. 1-dic-2012. 16:40 hrs.

⁹³ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-jurídico-102-1-html. 1-dic-2012. 16:40 hrs.

matrimonio para realizar la comunidad de vida entre ambos y conservar así a la familia.

3.5. Últimas Reformas del matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal.

Derivado de las reformas que se originaron en el Código Civil para el Distrito Federal en su Título Quinto, del Matrimonio, en el año de 2009, trajo consigo un punto neurálgico hoy en día acerca de la figura del matrimonio, es decir, la creación de un nuevo núcleo familiar entre dos personas.

Anteriormente, el matrimonio se conformaba única y exclusivamente por la unión entre un hombre y una mujer con el objetivo de realizar la comunidad de vida total y permanente.

Derivado de dichas reformas anteriormente señaladas, dicha unión que conforma el matrimonio, ha sido modificada y ha dado un giro tal que muchos sectores de la sociedad reprimen y se encuentran en discordancia con ello, esto es, la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, fuera de las concepciones moralistas y teóricas que tenga cada una de las personas sobre el tema acerca de la homosexualidad, la finalidad en el presente trabajo es hacer una mención de la figura del matrimonio y sus alcances como fuente de las obligaciones y derechos familiares, que involucran tanto a los cónyuges como a sus respectivos descendientes.

Es por ello que, al modificarse la Institución del matrimonio y ampliar más el ámbito de aplicación de éste, involucra a los nuevos sujetos de derecho (entiéndase a las personas homosexuales que contraen matrimonio), como personas que pueden decidir de manera responsable, libre e informada acerca de

la procreación de sus hijos, de acuerdo con el texto constitucional y con los artículos referentes del Código Civil en cuestión, dejando a un lado sin menospreciar las diversas posturas tanto doctrinarias, moralistas, religiosas e inclusive las personales que cada uno conjeture acerca del tema, ya que este es motivo de otro trabajo de investigación.

Ahora bien, la principal reforma realizada en el Código Civil para el Distrito Federal, fue la realizada en su artículo 146 que a la letra señala: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.”⁹⁴

Como se puede observar la modificación realizada no es clara al mencionar que el “matrimonio es la unión de dos personas”, ya que de lo anterior se desprende que, dos personas pueden ser tanto el hombre y la mujer como originalmente se establecía hasta antes de la reforma.

Ahora bien, a lo que el legislador capitalino quiso referirse es a la unión entre personas con preferencia homosexual que quieren contraer matrimonio para así, adquirir los derechos y obligaciones correspondientes a los cónyuges como son: alimentos, propiedad, derechos hereditarios, ayuda mutua, reciprocidad, equidad, solidaridad y sobre todo conformar un núcleo familiar con sus respectivos descendientes.

En lo referente al tema de la Maternidad Subrogada, el matrimonio juega un papel fundamental, ya que este es la piedra angular para la formación de todos y cada unos de los derechos y obligaciones familiares como se ha mencionado con anterioridad.

⁹⁴Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-jurídico-102-1-html. 1-dic-2012. 16:40 hrs.

La importancia de resaltar la figura del matrimonio en este apartado es precisamente la inclusión de todos los aspectos de las personas pero en particular la de los descendientes procreados con la técnica de reproducción asistida antes señalada.

La institución del matrimonio debe ser una figura jurídica que de cabida a la protección de los cónyuges y más específicamente a sus descendientes, sin embargo, el hablar de la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida genera conflictos tanto de identidad como de pertenencia tanto en los progenitores como en los descendientes, ya que si bien es cierto, la ciencia ha avanzado en cuanto a las diferentes técnicas médicas con el fin de combatir la infertilidad de las parejas, no se debe soslayar el como adaptarse a las mismas en una sociedad carente tanto de aspectos axiológicos, éticos, sociales y culturales que permitan integrar a los niños concebidos mediante estas técnicas de reproducción a la sociedad misma.

Para cumplir con el objetivo de la protección a la integridad de los menores procreados mediante la Maternidad Subrogada, en la ley respectiva que se intitula Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, en su artículo 3 fracción VI señala: “**interés superior del menor:** la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público.”⁹⁵

Lo anterior atiende a una concatenación de diversas normas jurídicas tales como: la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, quien en su artículo 2 fracciones I y II que a la letra señala: “ART. 2. La presente Ley tiene por objeto:

I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños;

⁹⁵Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a6714369c.pdf. 1-dic-2012. 16:50 hrs.

II. Establecer los principios que orientes las políticas públicas a favor de las niñas y niños.”⁹⁶

A su vez la norma anterior tiene sustento en nuestra Carta Magna en los artículos 1 párrafo primero y 4 párrafos octavo, noveno y décimo que establecen lo siguiente:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y en las condiciones que esta Constitución establece...”

Artículo 4. “...En todas las decisiones y actuaciones del Estado, se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez...”⁹⁷

⁹⁶ “Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Legislación Civil para el Distrito Federal”, 25ª edición, Editorial SISTA, México, 2010.

⁹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1.pdf. 5-mar-2013. 22:30hrs.

Los dos últimos párrafos del artículo 4 de nuestra Carta Magna obligan a que el Estado a través de las instituciones correspondientes se allegue de todos y cada uno de elementos necesarios para que los habitantes del país puedan proteger la esfera jurídica de los menores así como el desarrollo integral de los mismos, esto a su vez, se debe materializar en la unidad básica que es la familia de como lo ordenan las normas jurídicas correspondientes asimismo los usos y costumbres de cada sector de la sociedad en beneficio tanto de los progenitores como de cada uno de los descendientes que tengan ha bien procrear ya sea de manera “natural” o bien utilizando las técnicas de reproducción asistida permitidas en cada uno de los estados de la República Mexicana y en específico el caso del Distrito Federal.

La principal reforma de fondo que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal fue con relación al matrimonio, sin embargo los artículos subsecuentes no han tenido una transformación trascendente, ya que para celebrar el mismo se requiere de la voluntad de ambos contrayentes para que dicho acto se perfeccione, y esto se encuentra regulado en el artículo 97 del mismo ordenamiento legal.

Asimismo, en lo que se refiere a la capacidad de los contrayentes, se necesita que ambos sean mayores de edad, o bien si estos son menores de edad, se requiere del consentimiento de los tutores de cada una de las personas que deseen contraer matrimonio con las respectivas dispensas, así como que no exista impedimento legal alguno de los marcados en el artículo 156 del mismo ordenamiento multicitado.

Por lo anterior, y siguiendo las reglas y principios generales del derecho podemos observar por lo tanto que la familia y el matrimonio como fuente de las obligaciones familiares, juegan un rol muy importante para el desarrollo de los cónyuges y de los descendientes que estos procreen independientemente de la forma de concepción de los mismos.

Es imprescindible el haber analizado la figura del matrimonio en este punto ya que como se puede observar de forma general, es aquí, en donde los menores tienen el principal sustento de protección tanto familiar como jurídico, no obstante las diversas leyes que regulan la materia y que se deben observar con precisión ya que, aun existen demasiadas lagunas jurídicas y sobre todo morales que oscurecen el entorno en que se desenvuelven todas las parejas, pero más aun, las que padecen de algún trastorno fisiológico que les impide procrear de manera natural.

CAPÍTULO 4

Concepto de Maternidad.

En el presente capítulo se abordará el tema de la maternidad desde diferentes perspectivas, tanto en el ámbito social, cultural y biológico; éste indica que le corresponde a la mujer decidir si lleva a cabo este procedimiento que da como origen a un ser humano y que se encuentra consagrado como un fin, el cual es, la preservación de la especie.

La Real Academia de la Lengua Española define muy someramente a la maternidad, no realiza a conciencia un estudio previo y da lugar a un significado que satisfaga a las personas en cuanto a la acepción, ya que su significado es: “estado o calidad de madre”.⁹⁸

“El concepto de maternidad aparentemente aséptico, lleva implícito, sin embargo, profundas connotaciones. La más extendida quizás sea la de entender que la maternidad forma parte de la esencia femenina y que, por tanto, la condición de mujer se identifica con la de madre.

Frente a esta forma de concebir el hecho maternal, aparece desde una perspectiva feminista, otra concepción que se basa en que la ecuación mujer = madre no responde a ninguna esencia sino que es, mas bien, una representación reproducida por la cultura.

Según explica Silvia Tuber, el feminismo ha generado, históricamente, tres tipos de propuestas para abordar la cuestión de la maternidad:

⁹⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es/rae.html 5-dic-2012 15:00hrs.

La primera se construye sobre el rechazo de la identificación de lo femenino con lo materno, conducente a la afirmación de una existencia de mujer con exclusión del papel de madre.

La segunda, se asienta en la transvaloración de la maternidad, considerada como fuente de placer, conocimiento y poder específicamente femenino.

La tercera propone el análisis de la construcción de las distintas representaciones sobre la cualidad de madre y el proceso por el que ellas crean o configuran la realidad.

El concepto de maternidad irradia más allá de los actos puramente biológicos, tanto es así, que incluye otras formas de maternidad en las que la madre puede no haber engendrado, gestado ni parido a sus hijos, como lo es la maternidad por adopción.”

Silvia Tuber afirma que: “la maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una sola disciplina: la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, en el cuerpo de la mujer, pero en tanto que se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones.”⁹⁹

La Doctora Irene López Faugier, otorga el siguiente concepto acerca de la maternidad, manifiesta que: “la maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista:

Primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico. Segundo, por su significado gramatical. Tercero, desde la perspectiva jurídica, tanto en la ley como en la doctrina.

⁹⁹ MORRADES Puig, Ana I. “Luces y Sombras del Derecho a la Maternidad. Análisis Jurídico de su Reconocimiento”, ED., UNIVERSITAT DE VALENCIA, Año 2002, pp. 23 y 24.

En su perspectiva etimológica, la palabra madre, procede del latín “mater/matris”, la cual a su vez deriva del griego “matér/matrós”, cuyo significado es madre.

En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de “*mater*” fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas consideradas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

Con posteridad, en Roma se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferirle el mismo *status* dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, por que bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.”¹⁰⁰

En el sentido gramatical, el concepto de maternidad, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, expresa lo siguiente: “estado o cualidad de madre”, mientras que el significado de madre significa, “hembra que ha parido”, “hembra respecto de sus hijos”, “mujer casada o viuda, cabeza de casa”.¹⁰¹

“Continuando con el concepto de maternidad, en el sentido jurídico, se afirma que, el régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que, la maternidad de acuerdo con la máxima romana *mater Semper certa est*, se define y se prueba por el hecho del parto y la

¹⁰⁰ LÓPEZ Fraugier, Irene. “La Prueba Científica de la Filiación”, ED., Porrúa, México, 2005, pp. 276, 277.

¹⁰¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es/rae.html. 5-dic-2012 15:00 horas.

identidad del hijo o hija, mientras la paternidad, se funda en una maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esa certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del matrimonio.

Así, el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa:

El primero, es el parto de la madre.

El segundo, es la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o hija es realmente el que la mujer dio a luz, probar estos hechos dentro del matrimonio no representa ningún problema, pues por regla general ambos aspectos son del conocimiento público y el nacimiento del descendiente lejos de intentarse ocultar constituye un motivo de alegría.

Caso contrario puede ocurrir, cuando la madre no se encuentra unida conyugalmente, porque en este caso pudiera actualizarse la ocultación del parto de la mujer soltera y la identidad del descendiente.

Cabe señalar, que el parto de la madre se puede probar a través del certificado del médico u obstetra de quien haya atendido el parto, ya que, en dicho documento se detalla el hecho biológico del alumbramiento.

La prueba de la identidad del descendiente también puede acreditarse con este mismo certificado, con el cual se prueba el parto de la mujer, pues también del mismo se infieren otros datos relacionados con el parto, como son: el sexo del nacido, sus características particulares como el peso, el tamaño, la hora y el lugar de alumbramiento.”¹⁰²

Para sustentar lo antes mencionado, en el Código Civil para el Distrito Federal, señala al respecto en su artículo 54 lo siguiente:

¹⁰² LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* p. 279.

“Art. 54. Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquel hubiere nacido, acompañando el certificado de nacimiento.

El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil.

Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar de nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad.”¹⁰³

A su vez, el artículo 60 del mismo ordenamiento jurídico, establece el reconocimiento de los hijos, y a la letra señala:

“Art. 60. El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este código.”¹⁰⁴

Ahora bien, se acota que fisiológicamente quien se encarga de gestar al menor es únicamente la mujer, y es ella quien decide sobre su cuerpo, como es lógico a su vez por cada una de las personas, sin embargo, hay que hacer mención que el proceso de maternidad como tal, es un proceso que corresponde a

¹⁰³Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1-html. 8-dic-2012. 10:00hrs.

¹⁰⁴*Ibidem*.8-dic-2012- 10:00 hrs.

su vez al varón en su calidad de cónyuge o concubino según corresponda en cada caso.

No obstante, el varón tiene el derecho y la obligación de velar por la integridad tanto de su pareja como de su prole aun gestante en el caso de la maternidad, ya que, si el parto llega a buen término, los mismos derechos y obligaciones con los hijos que procreen serán aplicados para ambos de una forma equitativa y solidaria.

4.1. Derecho a la Maternidad.

Al respecto la investigadora Sonia Correa manifiesta que: “tradicionalmente, los espacios de lo privado y lo familiar han sido los lugares donde se han resuelto los asuntos relacionados con la reproducción.

No obstante, esta función ha estado sometida a distintas regulaciones legales, como las leyes que sancionan el aborto y las políticas públicas agenciadas por los Estados.

Las mujeres, en quienes se desarrolla el proceso biológico de la reproducción, han sido convertidas en “personajes invisibilizados” de un asunto que les compete directamente. Como sujetos sociales, a ellas les corresponde tomar parte activa en las formulaciones de políticas y regulaciones legales que reconozcan el derecho que tienen a decidir autónomamente sobre su cuerpo.

A lo largo de la historia humana, aun recientemente, los diferentes aspectos relativos a la reproducción fueron percibidos y tratados como dimensiones de lo privado y de lo familiar, y han sido regulados principalmente por códigos orales o consuetudinarios.

A pesar de ese carácter esencialmente privado de la función reproductiva, la historia jurídica registra un número relativamente grande de leyes referentes a la regulación de la reproducción y asumidas por el Estado en la forma de Políticas Públicas.

La constatación de la existencia de tales leyes, sugiere que las diferentes sociedades que las hicieron, reconocían las consecuencias y funciones sociales de la reproducción biológica, asumiendo inclusive injerencias legales en ese campo.

Inicialmente, bajo la forma de métodos anticonceptivos y en las dos últimas décadas, se presentan como tecnologías reproductivas.

Los bebés de probeta son un ejemplo de ello. En esta nueva etapa, la reproducción biológica pasa a tratarse esencialmente como una cuestión técnica o médica y no como una cuestión de derechos y/o de deberes de los ciudadanos.

Esto se debe naturalmente al mantenimiento ideológico del carácter familiar y privado de la sexualidad y de la reproducción. Son las mujeres a través de sus cuerpos, las que concretizan los resultados de la función reproductiva, por esta función las mujeres estuvieron confinadas al ámbito de lo privado, habiendo adquirido recientemente, en la mayor parte de los países, derechos de ciudadanía.

La asimilación biológica a la función reproductiva es tratada por primera vez, como un derecho social para ser adquirido y formalizado y no solamente como algo definido en el ámbito de lo privado.

El concepto de derecho de reproducción fue formulado por el movimiento internacional de mujeres y particularmente por los grupos que, a lo largo de las últimas décadas, caminan específicamente en los asuntos de la salud femenina.

Esto implica decir que fue el rescate y las críticas de las experiencias de las mujeres en el propio terreno de reproducción, y su inclusión en cuanto a condición social pública, lo que permitió resquebrajar el falso dilema entre la regulación

privada de la fertilidad y las repercusiones sociales y económicas de la producción biológica.

La formulación del concepto de Derechos de Reproducción tiene, por tanto, el objetivo de traer para la escena política y social las necesidades de la atención a la maternidad, de las tecnologías anticonceptivas de reproducción, del aborto, etc., buscando tratarlas, no más como hechos de la vida privada o actividades exclusivamente técnicas o médicas.

Es absolutamente fundamental la elaboración de una legislación específica sobre estas diferentes situaciones, pero una legislación que corresponda a los deseos o intereses de las mujeres y de los ciudadanos en general y no apenas a los intereses del Estado y de los grupos poderosos, que hasta el momento han actuado impunemente en este campo fértil y paradójico de la reproducción humana.”¹⁰⁵

Cabe agregar que en el Derecho a la Reproducción, el varón tiene a su vez ciertos derechos, no sobre la mujer, sino sobre el derecho a la reproducción, ya que con la unión entre un hombre y una mujer o bien personas del mismo sexo se genera la integración de la familia y son ambos los que deben tomar la decisión de tener una descendencia que les permita convivir y llevar a cabo un apto desarrollo tanto para ellos como para los hijos futuros.

En México, el derecho a decidir el número de hijos se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna, y es una de la Garantías Individuales que todo mexicano tiene al residir en este país.

De lo anterior el artículo 4 constitucional señala: “Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

¹⁰⁵ CORREA, Sonia. “Derechos Reproductivos como Derechos de las Mujeres. En el Otro Derecho”, número 8, ED., TEMIS-ILSA, Bogotá, Colombia, Junio 1991, pp. 20 y 21.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”¹⁰⁶

El texto constitucional antes transcrito corresponde a las garantías denominadas de Igualdad, misma que son de reciente creación por los legisladores.

Al respecto el Doctor Ignacio Burgoa, manifiesta que, “la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ha existido en México desde hace varios años, por lo que su proclamación en la Ley Fundamental resultó innecesaria.

En efecto, desde el punto de vista civil, político, administrativo y cultural, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón, bastando la lectura de simples ordenamientos concernientes a dichas materias para corroborar este aserto.

Además, la mujer, durante cierto período del embarazo, debe ser relevada del trabajo que desempeñe, mientras no se verifique el alumbramiento, revelación que también opera durante algún lapso prudente posterior a este fenómeno natural. Por ello, tanto el artículo 123 constitucional como la Ley Federal del Trabajo, consignan las garantías adecuadas para la protección femenina en las situaciones anteriormente apuntadas.”¹⁰⁷

La Doctora Ana Morrades, manifiesta que, “el derecho existe porque la sociedad demanda su intervención para resolver los conflictos que en ella se producen y sobre todo el derecho interviene para resolver situaciones de injusticia material.

¹⁰⁶ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1.pdf. 8-dic-2012. 10:20 hrs.

¹⁰⁷ BURGOA Orihuela, Ignacio. “Las Garantías Individuales”, ED., Porrúa, 38ª edición, México, 2005, pp. 273 y 274.

La función materna no admite fisuras: la reproducción se valora como una deuda que la mujer tiene con la sociedad, incluso con los hombres, y no como un déficit en la vida de la trabajadora. Es ahí donde el derecho ha de entrar a resolver la injusticia creadora, y no sólo protegiendo la maternidad, sino creando un derecho a ella si no existe.

Casi la totalidad de textos constitucionales europeos recogen la protección de la maternidad, sin embargo, ninguno de ellos reconoce la existencia de este derecho de forma específica. Por la vía de la interpretación, se puede reconducir por otros derechos preexistentes.

Por otro lado, ha comenzado a ser objeto de estudio el derecho a la reproducción (debido especialmente a la aparición de los problemas derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida), mientras todavía el derecho a la maternidad no ha sido empleado ni por la ley ni por la jurisprudencia, cuando la maternidad se ha contemplado por la cultura patriarcal como un deber de las mujeres.

El derecho a la maternidad implica una proyección del derecho a la libertad y al desarrollo libre de la personalidad que trasciende el ejercicio de la libertad reproductiva.

Maternidad no es exclusivamente reproducción biológica, pues esta identificación que a veces se produce niega que lo más importante en **la reproducción humana no es el proceso de concepción y gestación sino la tarea social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano.**¹⁰⁸

¹⁰⁸ MORRADES Puig, Ana I. *Óp. Cit.* pp. 27 y 28.

4.1.2. Maternidad Social.

El papel que la mujer juega hoy en día en nuestra sociedad ha evolucionado tan drásticamente, que las personas que habitamos no sólo este país sino en todo el mundo, denotan contrastes tan diametralmente opuestos, es decir, en una misma sociedad, pueden confluír tanto personas que han aceptado la liberación de las mujeres por parte de los hombres y que sin duda ellas lo han hecho posible, así como se puede observar de forma paralela la opresión tan enorme que tanto hombres como mujeres ejercen sobre las mismas, debido a que todavía nos encontramos enraizados en una cultura opresora en muchos aspectos y existe aún una inequidad perjudicial para ambos sexos.

La investigadora Nancy Chodorow, expresa: “la mayor parte de las teorías consideran central el hecho de que las mujeres ejercen la maternidad, si bien comprenden su importancia en cuanto a la reproducción social, no consideran, sin embargo, que exista más necesidad de explicación del fenómeno.

Se da por hecho que es algo natural y funcional a nivel social, psicológico y biológico. No se preguntan ni, por cierto explican, en qué consiste esta reproducción del ejercicio maternal; ni recurren a la comparación de culturas ni al examen de la sociedad moderna.

Comprenden cómo las mujeres, en cuanto madres, suelen producir hombres con determinadas personalidades y orientaciones, y cómo la situación social de la mujeres y la decisión sexual del trabajo generan otros rasgos del mundo social y económico y de la ideología de las mujeres, pero no indagan sobre el modo exacto como se producen las mujeres, sobre cómo las mujeres continúan hallándose en una situación social y económica precisa.”¹⁰⁹

¹⁰⁹CHODOROW, Nancy. “El Ejercicio de la Maternidad”, Editorial, GEDISA, Barcelona, España, 1984, pp. 26, 27 y 28.

4.1.3. Maternidad Cultural.

La maternidad en el aspecto cultural es otro rasgo esencial para la mujer en cuanto a maternidad se refiere, ya que el aspecto cultural es el parteaguas fundamental para establecer el rol que ha de desempeñar en la sociedad desde la infancia hasta la muerte, marcando tanto las ideologías, actitudes y las diferentes conductas que la mujer puede asumir a lo largo de su vida y máxime tratándose de la maternidad a través de la técnicas de reproducción asistida.

Al respecto, la investigadora, Silvia Turbert, expone: “que la emergencia del deseo del hijo biológico es la pareja, también se desea destacar la existencia de un potente ideal cultural acerca de la maternidad y de la paternidad, que presiona como inapelable mandato ideológico.

En nuestra cultura actual y por supuesto pasada, se sigue ofreciendo el hijo biológico como una ilusión de plenitud de la mujer equiparando maternidad a feminidad.

Respecto del hombre, se sigue promoviendo la exigencia que le atribuye el deber de preservar y sustentar económicamente la especie. Este ideal cultural, transmitido a través del imaginario social, no hace sino obturar en el sujeto la busca del propio sentido de la vida, y le dificulta a posibilidad de remitirse a la diferencia de los sexos para conseguir la organización de su propia identidad sexual.

Sea como fuere, cuando el resultado de esta compleja problemática no permite a las parejas acceder al hijo biológico buscado, éstas consultan a los especialistas, acuden presentando síntomas claramente delatores del conflicto y sufrimiento subyacentes a un mandato que no se realiza o no se ha cumplido.

Asimismo, se tiene que la demanda de la pareja infértil confluye tanto la singularidad del deseo inconsciente como el ideal cultural predominante del orden simbólico.

El problema con que se topa, es caracterizado por efectos que produce la ideología sustentada por diversos sectores del discurso médico, y en especial, la oferta del las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida.”¹¹⁰

Por lo anterior se observa que, las ideas generalizadas que nacen en una cultura, ya sea moderna o antigua, sobre la concepción de la descendencia influye demasiado en una pareja, sin embargo, en cuanto a la maternidad se refiere, es a la mujer en quien recae todo el peso, tanto de crianza de los hijos, así como el de un “servilismo” hacia el hombre, aunado el de una ideología religiosa como más adelante se analizará.

Ahora bien, la investigadora Nancy Chodorow, manifiesta que, “la maternidad femenina, entonces, se visualiza como un hecho natural. Los hechos naturales no tienen interés teórico alguno para los sociólogos y no necesitan de ninguna explicación.

En el supuesto anterior, existe una gran controversia, ya que es muy grande la amplitud de la conducta humana que no está determinada instintivamente, sino que está mediatizada culturalmente.

Asimismo, entra en conflicto con la insistencia de la mayoría de los investigadores sociales respecto de la maleabilidad social de los factores biológicos; choca, también con la generalizada resistencia de los sociólogos a explicar las forma sociales existentes sencillamente como reliquias de épocas previas.

Este aspecto, refiere a una división sexual del trabajo en el cual las mujeres ejercen la maternidad y en que esto se reproduce en cada generación y en todas las sociedades. La sociedad está obligada a entender esta reproducción para poder entender las vidas de las mujeres las que ejercen a su vez la paternidad primaria, es un interrogante central y de sumo interés cultural y sociológico.

¹¹⁰ TURBERT, Silvia. “Figuras de la Madre”, Editorial, Cátedra, Madrid, 1996, Pp. 289 y 290.

Ahora bien, en el caso del ejercicio de la maternidad, el sistema económico depende, para su reproducción, de que las mujeres reproduzcan formas precisas de poder laboral dentro de la familia.

Al mismo tiempo, la desigualdad de ingresos entre hombres y mujeres de aspecto más racional al hecho de que sean los padres, y no las madres, los que ganen salario, por lo tanto a las madres y no a los padres, son quienes realizan el cuidado primordial de los niños en casa.

Las mismas ideologías legitimadoras y las instituciones como escuelas y medios de comunicación, y las familias que perpetúan las ideologías, contribuyen, en conjunto, a la reproducción social.

La continuidad de una sociedad requiere que alguien se ocupe de criar a los niños, pero nuestra cultura, lenguaje y ciencia hacen muy difícil distinguir la necesidad del cuidado de la pregunta por quién provee ese cuidado. No es fácil separar las actividades paternas, que suelen desempeñar las mujeres y en especial las madres biológicas, de las mismas mujeres.

La mayoría de las teorías están de acuerdo en que las mujeres, en cuanto esposas y madres, reproducen a la gente: físicamente en el trabajo de casa y en el cuidado de los niños, psicológicamente en el sostén emocional de sus maridos y en la relación emocional con hijos e hijas.

En la mayoría de las descripciones familiares se oculta el hecho de que las mujeres se reproducen así mismas a través de su propio trabajo doméstico.”¹¹¹

A su vez Christine Everingham, al respecto señala que: “desde el campo de la antropología hay quien considera que las necesidades infantiles son de naturaleza biológica, ya que los infantes tienen ciertas necesidades biológicas que son satisfechas por las madres según el modo prescrito por su cultura.

¹¹¹ CHODOROW, Nancy. *Op. Cit*, pp. 29, 30 y 58.

La diversidad entre culturas es consecuencia de las diferentes prescripciones para satisfacer las necesidades humanas básicas.

La investigación intercultural sobre la crianza infantil, llevada a cabo por psicólogos sociales durante los años sesenta y setenta, también se basa en las dicotomías naturaleza/cultura, mente/cuerpo”.¹¹²

Sin embargo, en lo que se refiere a la maternidad, entendiendo a su vez la crianza infantil en los primeros años, dicha autora manifiesta que: las ideas de los modelos de la modernidad sobre lo humano: la crianza infantil se lleva a cabo en un espacio doméstico, asocial, situado fuera de la cultura.

Los valores culturales se constituyen en la esfera pública, las madres no tienen ningún poder para configurar los significados culturales a través de su actividad de crianza; ellas simplemente, refuerzan los valores culturales definidos por los hombres y por las instituciones públicas.

La función maternal en la sociedad contemporánea occidental refuerza las ideas tradicionales sobre la maternidad y el rol de los sexos.

Asimismo, Christine Everingham, cita a los autores Walkerdine y Lucey en donde estos manifiestan que: “la interpretación de la madre sensible que proponen los estudios psicológicos refuerzan la fundamental y falsa expectativa de nuestra cultura democrática de que las personas tienen plena capacidad de acción y de control sobre sus propias vidas.

La madre sensible que se esfuerza en crear a un hijo con plan autonomía, está simplemente reforzando esa ilusión.”¹¹³

¹¹² EVERINGHAM, Christine. “Maternidad: autonomía y dependencia. Un estudio Psicológico”, Editorial NARCEA, Madrid, 1997, Pp. 24 y 25.

¹¹³ *Ibidem*. Pp. 30.

Asimismo manifiesta que: “la intervención de los profesionales ha sido a destrucción de las afirmaciones burguesas sobre la natural actividad de las mujeres en el ámbito doméstico y en la crianza infantil.

Aunque no duda que la modernización de la familia supone una carga tremenda para la madre y el padre, especialmente para ella, nos deja entrever el impulso emancipatorio que ese proceso de modernización ha puesto en marcha.

Este impulso se ha iniciado a través de la progresiva aceptación de la actividad doméstica y de crianza más como fenómeno social que natural.

Dicho conocimiento que tienen los profesionales tiene la capacidad de destruir las dicotomías mente/ cuerpo, naturaleza/ cultura, público/ privado, sobre la que los propios hombres han construido su propia libertad a expensas de las mujeres.

Por consiguiente, frente a una concepción de lo humano solamente como resistencia a las diversas formas de dominio, sugieren la necesidad de adoptar una postura más sensible ante las contracciones propias de un proceso de modernización y mejor información respecto de la activa contribución de las mujeres en el movimiento emancipatorio, como madres y como agentes de bienestar.”¹¹⁴

En México la religión ha tenido gran relevancia en la vida de las mujeres, ya que estas, anteriormente, estaban en un estado de letargo, derivado de los valores y principios inculcados por la religión y más aun en el mismo hogar, donde ellas lo manejaban exclusivamente.

Derivado de lo anterior, la Doctora Carmen Suárez, manifiesta que: “a semejanza de lo que ocurría en países europeos y americanos, en México se generó un gran interés por la familia como un centro de propagación de los ideales

¹¹⁴ *Ibidem*. Pp. 30 y 31.

para la conformación de una sociedad civilizada, dando lugar al surgimiento de lo que se consideraba como una correcta y deseable vida familiar, en la cual los roles de género estuvieron claramente diferenciados tocándole a la mujer como madre y esposa, dada su superioridad moral, hacerse cargo de la educación sentimental de sus hijos y de la preservación de los principios morales, de todo núcleo familiar los que tenían que ver con la religión.

Con ello se dio un proceso denominado “domesticación y feminización de la religiosidad”, en el cual se da una creciente asociación entre los valores de la familia y los valores de la religión.

Y quien mejor que la madre para fomentar la religión, pues sólo el “corazón de la mujer guarda tesoros inagotables de amor y piedad y es capaz de compartirlos”.

El rol de la mujer-madre se resaltó a través de diversos medios impresos (aunque también a través de imágenes y otras construcciones culturales), destacando la prensa tanto por su alcance como por su diversidad.

En ese marco los periódicos católicos, respondiendo a sus propios intereses, cumplieron una labor de primer orden como propagadores de la representación de la madre en su función de responsable de las enseñanzas morales/ religiosas.

Para los hombres de letras encargados de editar dichos periódicos, la religión era un elemento necesario para recatar al país de los muchos males que padecía. Y desde luego, el apego mostrado por las mujeres a la Iglesia las convirtió, a sus ojos, en el vehículo idóneo para la preservación del catolicismo entre la juventud.

Ello a su vez implicaba inculcar sólidos valores a hijos e hijas que les alejaran de los vicios y por ende de conductas sociales reprochables:

Y manifestaban: “si todas las madres de familia tuviesen siempre cuidado de observar atentamente las inclinaciones de sus hijos, de reprenderles por las insignificantes faltas y de estimularlos en la practica del bien, infundiéndole sólidamente los principios del honor bien entendido, de la honradez y sobre todo de la moral cristiana, no tendríamos que contemplar con aterradora frecuencia el espectáculo de juventudes marchitas por los vicios y aún de adolescencias infamadas por el crimen”.

En una época en donde las teorías del regeneracionismo influían en muchas de las políticas públicas y por ende se exacerbaban las preocupaciones acerca de ciertas problemáticas sociales como el alcoholismo o la delincuencia, la madre apareció como el mejor garante de la integridad y honorabilidad de la familia, dadas las características fisiológicas y psicológicas propias de su sexo.

La figura materna encarnó la virtud, la humildad, la prudencia, el afecto, la modestia y la resignación; la madre de familia debía construir el modelo conductivo de toda sociedad, consecuentemente, la mujer-madre tenía la misión cuasidivina de convertirse en el ancla moral de su esposo e hijos, de ser un verdadero ángel que les librase de las tentaciones y malestares del mundo terrenal.”¹¹⁵

Es de hacer notar que la mujer hoy día, ha podido superarse día con día, a través de las múltiples represiones o por decirlo de alguna otra forma de tabúes que existen en esta sociedad y que son propiciados por el sector masculino y también por las mismas mujeres que a lo largo de su vida han tenido una influencia conservadora, no obstante, eso no implica ya una sumisión total de ellas.

En lo referente a la maternidad, existen diferentes perspectivas culturales acerca de ello, pero, uno de los roles más destacados que nos han hecho creer

¹¹⁵ SUÁREZ Suárez, Carmen. “Maternidades (De) Construcciones Feministas”, Editorial, KRK, Oviedo, 2009, Pp. 62, 63, 64 y 65.

por cientos de años es el que la mujer, debe concebir, parir y criar, ya que dicen es su misión en este mundo, pasando por alto los demás intereses de cada una como lo son el adquirir conocimientos y aplicarlos en la vida y en el trabajo, para así mantener un cierto equilibrio de género.

4.1.4. Maternidad Biológica.

Como parte esencial y fundamental acerca de este tema, se abordará de forma general el lugar que la sociedad le ha otorgado a la mujer en cuanto que es ella quien la desarrolla y dicen, es la única que la debe ejercer. Esto es la maternidad como función biológica o natural, no en el plano del proceso científico, sino en la función social que le ha tocado vivir.

Para darle sustento a lo anterior, la Doctora Nancy Chodorow, comenta y explica: “para evaluar los argumentos a favor de lo natural del ejercicio maternal de las mujeres, se debe distinguir una serie de asuntos que se suelen confundir en la bibliografía al respecto.

En primer lugar se ha de separar cuidado del niño y desarrollo del niño en el vientre; separar la crianza como actividad del embarazo y el parto.

La mayoría de las descripciones al respecto suponen que el progenitor primario del niño, o madre, es la mujer que ha llevado a ese niño en el vientre.

En segundo lugar, se debe, averiguar si hay una base biológica para que las madres biológicas se ocupen de sus recién nacidos y precisar en qué consiste esa base en caso que exista.

Si existe un fundamento biológico o instintivo para la paternidad, fundamento apoyado en el embarazo, el parto y la lactancia ¿cuánto tiempo

durará? Y si ¿comprende los primeros meses del niño, dura años, abarca toda la infancia?

En tercer lugar, puesto que a veces se recurre a “madres sustitutas”, se emprende una búsqueda en saber si es más natural a nivel biológico que sea una mujer y no un hombre, la que, a pesar de no haber llevado al niño en su seno, se ocupe de cuidar del recién nacido posteriormente.

Una explicación del ejercicio maternal de las mujeres está en el relato, funcional y bioevolucionista, de la división sexual del trabajo que han puesto en circulación especialmente los antropólogos que combinan una descripción funcionalista de las sociedades contemporáneas de recolectores y cazadores con una explicación evolucionista de los orígenes del hombre.

Arguyen que la mayor agilidad, fortaleza, velocidad y agresividad de los hombres los llevó naturalmente a la caza y que las mujeres desde entonces se dedicaron a mantener juntos y a cuidar a los niños.

Por otra parte, también se afirma en las exigencias mismas del embarazo y del cuidado infantil. Argumentan que las mujeres debían permanecer la mayor parte del tiempo junto a sus hijos en el período de lactancia; que resultaba muy peligroso o por lo menos ineficaz el que las mujeres embarazadas o lactando participaran en la caza, poniendo en peligro además, a los niños que llevaban en el seno o en los brazos, y en última instancia perjudicando al grupo humano completo.

La mayoría de los argumentos funcionalistas y evolucionistas no sostiene que las mujeres posean mayor capacidad maternal que los hombres —a excepción de la lactancia—, aunque suelen argüir que la biología masculina es más para la caza. Pero en general afirman sólo que el hecho de que los hombres no se ocuparan de los niños era conveniente y probablemente necesario para la supervivencia de las bandas recolectoras y cazadores.

Ahora bien, un argumento a favor de la maternidad ejercida por las mujeres, propuesto por los psicoanalistas, consiste en que las mujeres poseen un instinto maternal y que, por tanto, es “natural” que ejerzan la maternidad, incluso que deban ejercerla.

Esta exposición supone que las madres biológicas ejercen la maternidad como un hecho instintivo, a veces suponiendo que las mujeres la ejercen mucho mejor que los hombres por razones biológicas naturalmente, a veces suponen que como los niños necesitan de cuidados las madres biológicas naturalmente se ocupan de ellos, y otras veces suponen que las mujeres necesitan ejercer la maternidad.”¹¹⁶

En consenso con lo anterior Virginia Aspe cita a Ivonne Szasz, quien menciona que “desde la teoría original de género que es, el centro de conflicto de poder que origina la subordinación-dominación hombre-mujer es el control del poder atribuido socialmente al cuerpo femenino, la búsqueda histórica del control social sobre la capacidad reproductora y el manejo de la capacidad erótica de los cuerpos femeninos y masculinos, es decir, el control de la sexualidad.

Así pues la teoría original de género explica el surgimiento de unos supuestos nuevos derechos sexuales y reproductivos por los cuales se pretende reivindicar el control absoluto del individuo sobre su propio cuerpo y su sexualidad, incluida la procreación, la cual supone una concepción individualista de la sexualidad y una actitud especialmente negativa hacia la función materna, porque se considera que tanto el embarazo, el parto y la crianza de los hijos constituyen intromisiones injustas sobre el cuerpo de la mujer.

Ante los que invocan las leyes de la naturaleza para explicar la función materna, la teoría original de género suele argumentar que con ese criterio la medicina y la biotecnología no se hubieran desarrollado, puesto que esas ciencias

¹¹⁶ CHODOROW, Nancy. *Op. Cit.* pp. 32, 33, 34 y 39.

implican el dominio de la inteligencia humana sobre las fuerzas de la naturaleza que no son fatales, y por tanto el hombre puede someterlas para lograr un estado de mayor bienestar y placer.”¹¹⁷

Ahora bien, respecto al tema la Doctora Irene López, manifiesta que, “la maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente.

De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

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

La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, por que la efectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante los primeros años de vida.

Asimismo, la relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producido de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.”¹¹⁸

Sin duda, la maternidad es pieza fundamental en nuestra sociedad, sin embargo, esta no ha sido reconocida en sus diferentes aspectos como los son: lo

¹¹⁷ Cfr. ASPE Armella Virginia. “Familia: Una Jornada sobre su Naturaleza, Derechos y Responsabilidades”, ED., Porrúa, México, 2006, pp. 15 y 16.

¹¹⁸ LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* Pp. 277, 278.

social, cultural y jurídico; ya que es la mujer quien efectivamente la lleva acabo, pero no por ello se le debe discriminar o menospreciar como a través de los años se ha realizado, si bien es cierto, es una función natural y fisiológica que le confiere su organismo, esto no debe ser en ningún momento vehículo para que diferentes sectores de la sociedad las cataloguen o denigren en la sociedad ya que debe regir el principio e Igualdad y es por ello que se debe conservar su esfera jurídica.

CAPÍTULO 5

Concepto de Maternidad

Subrogada.

El presente capítulo tiene como finalidad, la comparación en los distintos sistemas jurídicos en donde se ha tenido la experiencia referente al concepto de Maternidad Subrogada, como una de las Técnicas de Reproducción asistida innovadora y que es empleada en México y, que de aplicarse correctamente, podrá ser de mucha utilidad a las parejas que padecen algún trastorno fisiológico o con problemas de infertilidad.

Cabe aclarar, que en el Distrito Federal se está llevando a cabo dicho método de reproducción asistida sin ninguna ley específica que lo regule, ya que como se ha mencionado, el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal aun no ha sido promulgada y por lo cual no ha entrado en vigor, por lo tanto se pueden cometer una serie de violaciones tanto a los Derechos Fundamentales de las personas, a los derechos humanos de las mismas y lo más grave, que se violen los derechos del menor que ha sido procreado bajo este método ya que al no haber regulación jurídica al respecto se esta en total estado de indefensión.

No obstante, la falta de control que sobre la misma investigación científica recae, tanto en el aspecto jurídico como en el ético, en cuanto a quienes aplican dichas técnicas, dará lugar a una serie de debates sobre la misma, que si bien es cierto pueden enriquecer a la legislación naciente sobre el tema y con ello otorgar un bienestar a las personas que acudan a dichos métodos reproductivos.

Asimismo, se abordará el tema en diferentes países que han tenido experiencia en el tema y en donde se ha legislado sobre el mismo y que ha dado pie a realizarlo en México, específicamente en el Distrito Federal.

Es de hacer mención, que ni en el Código Civil para el Distrito Federal, ni en la Ley General de Salud tanto Federal como local, ni en sus respectivos reglamentos, señalan una definición genérica de Maternidad, así como Maternidad Subrogada, quedando al libre albedrío la interpretación de cada uno de los que intervienen en el procedimiento de gestación.

En primera instancia, existe un debate gramatical acerca del concepto utilizado en esta técnica de reproducción asistida, por tal motivo, es menester analizar las diferentes posturas en cuanto al término utilizado y con ello precisar sus alcances y efectos jurídicos en la aplicación del mismo en la sociedad.

En nuestro derecho positivo, existe una figura jurídica en el libro de las Obligaciones dentro del Código Civil para el Distrito Federal, denominada “subrogación”, misma que se define de la siguiente manera en su artículo 2058 y 2059, que a la letra señala: “Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
- II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
- III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Art. 2059. Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por

ministerio de ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esa circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato”.¹¹⁹

Como se puede observar, la definición del Código Civil para el Distrito Federal, en el capítulo De las Obligaciones se refiere a la Subrogación, como una Obligación en la cual, consiste en delegar una deuda a otra persona y que nada tiene que ver con el concepto de Maternidad Subrogada expuesta por la Ley multicitada, si es que esta figura o al menos cercanamente se utilizó el concepto para ser materializado en la ley de que se trata.

Con respecto al tema de la Maternidad Subrogada, el Doctor Jorge Córdoba, manifiesta que, “dicha institución surge a mediados de la década del 70 y aparece con consecuencias favorables y no favorables para otros, ya que se originan a partir de las técnicas de reproducción asistida.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, hay maternidad o gestación subrogada, cuando el embrión de una pareja (padres biológicos), es implantado en el vientre de una mujer (portadora), que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos.”¹²⁰

También se habla de maternidad subrogada en el caso de que la mujer gestante sea la madre genética, por haber sido inseminada con el semen del varón de la pareja comitente.

Al respecto, la Doctora Irene López Faugier, manifiesta que, “hay una diversidad de términos para identificar el concepto de Maternidad Subrogada, tales

¹¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html. 8-dic-2012. 11:00 hrs.

¹²⁰ CORDOBA, Jorge Eduardo. “Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes”, ED., ALVERONI, Argentina, 2000, pp. 22 y 23.

como, delegar, incubar, sustituir, ya que argumenta, “subrogar” es subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra; “delegar” es dar a una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación; “incubar” es ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos y “sustituir” es poner a una persona o cosa en lugar de otra.

Continúa expresando que, en dichas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, un embrión para su desarrollo, debiendo llevarlo en su seno durante toda la gestación hasta el parto.”¹²¹

En la opinión de la Doctora Faugier, el término correcto es el de “madre gestante”, ya que, argumenta, el término gestar significa: “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto”.¹²²

Asimismo, menciona que la “maternidad subrogada o gestante, como método de reproducción asistida puede presentarse en dos casos:

El primero de ellos se actualiza cuando el miembro femenino de una pareja, sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación *in vitro* en una madre gestante, a quien se implanta en su útero el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de la pareja, para llevar a cabo el embarazo y dar a luz un descendiente en beneficio de la misma.

El segundo caso se denomina inseminación artificial en madre gestante y tiene lugar cuando la madre gestante es inseminada con el espermatozoide del miembro varón de la pareja, sobrelleva el embarazo y da a luz un descendiente en beneficio de la misma.

¹²¹ LÓPEZ Faugier, Irene. *Óp. Cit.* Pp. 285 y 286.

¹²² *Ídem.*

En este caso, la mujer inseminada es genéticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad del miembro femenino de la pareja.

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, por que la madre gestante coincide con la madre genética. En cambio, en el primer caso, si existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la madre gestante, que es lo característico en la maternidad gestante.”¹²³

Los supuestos anteriores caben en la expresión “maternidad subrogada”, sin embargo, es evidente que lo que tienen en común no es la aplicación de determinada técnica reproductiva, sino el hecho de contratar con una mujer la entrega del hijo que ella ha gestado, sea o no genéticamente suyo.

De lo anterior se deriva que, si bien es cierto, de la doctrina se pueden dar múltiples acepciones a una acción o actividad, en la práctica tanto médica así como la jurídica se deben tener términos precisos ya que derivados de estos es posible determinar con una profunda conciencia y sobre todo con objetividad las consecuencias que cada uno de los actos genere en todos aquellos quienes intervienen en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida empleadas en nuestro país.

Es por ello que, en el presente trabajo se expresa que el término más adecuado para referirse al tema citado, es el de “Maternidad Subrogada”, no así como el de “Maternidad Gestante”, derivado que la figura de la Maternidad, va más allá de gestar a un niño o a una niña, la maternidad no sólo implica el llevar el proceso de gestación y parto, sino que, implica una serie de cuidados, tanto físicos y los más importantes los psicológicos en donde intervienen una gama de

¹²³ LÓPEZ Faugier, Irene. “Aspectos Legales y Éticos de la Maternidad Gestante”. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LX, Número especial, “ÉTICA Y HUMANISMO”, Editorial UNAM, México, 2010, Pp. 23 y 24.

sentimientos hacia el niño que ha surgido a la vida a través de dicha técnica de reproducción asistida.

5.1. Derecho Comparado.

Ahora bien, después de realizar un esbozo general acerca de la figura de la Maternidad Subrogada, como una de las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, se presenta la regulación en el Derecho Comparado, ya que esta, comprende el seguimiento de las diferentes legislaciones en cuanto a la regulación de las técnicas antes mencionadas, y entre ellas la Maternidad Subrogada o Gestante.

Sin embargo, esto no comprende un tema que se pueda copiar al cien por ciento en cuanto a las distintas legislaciones se refiere, ya que, en cada uno de los países en donde se ha implementado este método de fertilidad, se manejan distintos aspectos tanto culturales, sociales así como la aplicación de valores tanto morales, sociales y religiosos.

Dicho lo anterior, la aceptación de las nuevas técnicas de reproducción asistida por las personas que habitan en diferentes países es distinta y variada en cuanto a su percepción y aceptación de las mismas, de igual forma en cuanto a su regulación jurídica.

Como mera referencia, “en el caso de Estados Unidos de América, se tiene que el primer caso de maternidad subrogada fue en 1989.

Se trataba de una pareja americana, el matrimonio Stern, que al no poder tener descendencia contrató con la señora Whitehead, casada y con varios hijos, para que esta última fuera inseminada con los gametos del señor Stern, y posteriormente, entregara el nacido a la pareja. Todo ello a cambio de un precio,

sin embargo, llegado el momento, la señora Whitehead, que dio a luz una niña, se negó a la entrega.

El caso fue resuelto en apelación por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey que concedió la custodia al matrimonio Stern. Obsérvese que en este caso la nacida era hija biológica del señor Stern y de la señora Whitehead.

Antes de la promulgación de las leyes de reproducción asistida, aprovechando el vacío legislativo sobre esta materia, se crearon algunas agencias de maternidad subrogada en Francia y en Inglaterra y se llegaron a producir varios nacimientos.

Posteriormente la mayoría de las normas europeas prohibieron o limitaron la subrogación. En cambio, la práctica de la maternidad subrogada está muy extendida en algunos estados de Norteamérica, donde se han establecido agencias de intermediación que atienden a clientes de diferentes puntos del planeta, incluidos países europeos en los que está prohibida la entrega del nacido a cambio de un precio.”¹²⁴

Sin duda, el hacer una referencia del tema en los distintos países en donde la Maternidad Subrogada se ha estado implementando, permite a México realizar un análisis profundo tanto de los errores como de los aciertos que todo esto conlleva, asimismo permite tener mayor eficacia en cuanto a la practicidad de la misma se refiere, y por consecuencia cubrir las lagunas jurídicas y éticas para su correcta aplicación; ya que día con día la ciencia y la tecnología están avanzando cada vez más, y esta se debe aplicar de una forma consciente en beneficio de las personas.

¹²⁴ *Ídem.*

5. 1. 2. Chile.

En la República Chilena, el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida en su modalidad de Maternidad Subrogada o Gestante, es interesante y difícil de analizar, ya que se puede aplicar el principio de derecho, que dice: “lo que no está prohibido, está permitido”, es decir, en el sistema jurídico Chileno no se encuentran prohibidas las diferentes modalidades de técnicas de reproducción asistida a aquellas parejas que tienen un trastorno fisiológico y que impiden por tanto, materializar la concepción y tener descendencia y con ello formar una familia.

Sin embargo, dichos métodos no se encuentran regulados jurídicamente de una forma específica, mediante una ley que regule todas aquellas situaciones propicias a la aplicación de la concepción.

Ahora bien, el tema que corresponde a la Maternidad Subrogada comprende una de las modalidades de las técnicas antes referidas. En la República Chilena al no haber una regulación específica del tema, tal modalidad se puede aplicar siguiendo las normas de salud y sanitarias correspondientes para cada caso en concreto.

No obstante, la falta de una normatividad acerca de los métodos de reproducción, implica mayor observancia por parte de las autoridades correspondientes para tal efecto, ya que, el material genético utilizado en dichos métodos comprende el de un ser humano, que puede existir físicamente y convertirse en una persona, de ahí, la importancia de regular dichos procedimientos.

De lo anterior se desprende que, en dicho sistema jurídico, el *estatus* que se le proporciona al embrión o bien al individuo no nacido es el de persona, ya que existe una protección jurídica hacia los sujetos que no han nacido y que han

sido concebidos, no importando si éstos son concebidos mediante una de las multitudes técnicas de reproducción.

La legislación chilena es clara en este sentido, la regulación jurídica va encaminada desde un inicio a la protección del embrión, considerado como persona desde su concepción y continuando con sus derechos si este sujeto concebido-no nacido llega a nacer viable.

Por ello, es importante destacar el rol del no nacido en la legislación vigente de la República Chilena, desde su concepción, ya que penetramos en temas filosóficos, biológicos, religiosos y sobre todo jurídicos, en cuanto al debate de ¿cuándo comienza la vida?, para poder determinar ¿qué es? y ¿cómo llamarle al sujeto concebido?, pero sobre todo brindarle la protección jurídica para que éste no se encuentre en un estado de indefensión.

Por otro lado, es menester señalar los derechos de Filiación que tienen las personas que han sido concebidas y nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida y que se expondrán más adelante en el presente trabajo.

Lo anterior, se fundamenta en el artículo 1 párrafo primero, segundo y cuarto, así como el artículo 19 párrafo primero y segundo de la Constitución Política de Chile, que a la letra señalan:

“Artículo 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad...

...Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.¹²⁵

Al respecto la Doctora Carmen Fuenzalida, manifiesta que, “reconocido el cigoto humano como persona, la constitución Política y los Códigos Civil y Penal de Chile, además de otras leyes estarán resguardando los derechos esenciales del embrión.

Las consecuencias de este planteamiento son radicales, ya que quedarían fuera de discusión toda manipulación y experimentación que involucre fetos humanos, independiente de su tiempo de gestación, debido con su oposición con las garantías fundamentales de la Constitución y que respaldan las demás leyes Chilenas.

El *naciturus*, en su calidad de persona, gozaría de su derecho a la vida y a la integridad, además de su igualdad ante la ley con los demás individuos humanos, con independencia de su edad, sexo o condición.

En todo el mundo no hay duda de los derechos de que goza toda persona humana por su propia naturaleza; se habla de derechos de igualdad, de integridad, de libertad, y fundamentalmente del primer derecho de un ser humano, el derecho a la vida.

En estos términos, numerosas prácticas medicas y científicas, como la criopreservación, la experimentación sobre embriones humanos, la clonación, la selección de características genéticas determinadas, entre otras, están sujetas al riesgo de manipular personas, con toda las consecuencias y perspectivas éticas que el tema conlleva.

¹²⁵ “Constitución Política de Chile”. <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2012-03-06>. 8-dic-2012. 12:00 hrs.

La confusión que se suscita, da pie a llevar adelante el desarrollo científico, sin detenerse a establecer límites morales que puedan coartar la investigación, e incluso desarrollando teorías que permitan conciliar un máximo de experimentos y avances con un mínimo de ética que enmarque la ciencia, dejando al embrión en una posición totalmente desventajosa respecto de sus derechos.”¹²⁶

En cuanto al tema referido en el presente trabajo, la legislación Chilena es escueta y genérica, ya que, en este país no existe una legislación que se especialice sobre la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, y por consecuencia no existe la debida aplicación jurídica a la Maternidad Subrogada.

Lo anterior queda señalado de forma general por su Constitución Política y su Código Civil, como se ha mencionado en el inicio de este capítulo.

La Doctora Carmen Fuenzalida, explica la concepción jurídica de Persona en el Derecho Chileno y expresa lo siguiente: “es necesario señalar si para nuestro derecho el no nacido goza o no de personalidad.

El embrión en nuestras normas vigentes es considerado persona, por lo que todos sus derechos quedan reconocidos y garantizados por la Constitución y las Leyes Nacionales.

Para el Derecho Chileno, solamente son sujetos de derecho las personas, sean naturales, los seres humanos, o jurídicas, las asociaciones que obtienen esa personalidad.

Sólo en las personas se manifiestan las cualidades exclusivas, o al menos su potencia, de querer y obrar. Por lo tanto, respecto del no nacido no puede haber una posición intermedia, o se le considera sujeto, o se le ve como objeto.

¹²⁶ FUENZALIDA Zúñiga, Carmen Gloria. “PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”. Revista Chilena de Derecho, volumen 25, número 4, Editorial, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile octubre-diciembre 1998.

Ahora bien, el embrión es un ser distinto de sus padres, con un genotipo propio y único. En segundo lugar es humano, ya que viene de gametos humanos y constituye un ser vivo.

En nuestra legislación, la calidad de humano asume la de persona, en consecuencia la de sujeto de derechos.

Por su mera condición de ser humano, es que tanto el derecho natural como el positivo consideran al individuo humano capaz de ser sujeto de derechos.

Las normas jurídicas deben establecerse considerando la dignidad del hombre como persona y sus atributos como tal. La existencia de la persona no puede condicionarse a las normas, el ser humano es anterior al derecho, por lo que no cabe una visión totalmente jurídica del concepto persona.

En consecuencia, la legislación topa con un límite; no puede dejar de reconocer la calidad de persona al ser humano, sea cual sea su condición o situación, ni tampoco puede alcanzar los derechos naturales al restringirla.”¹²⁷

Para robustecer y fundamentar lo antes expuesto por la Doctora Carmen Fuenzalida, en cuanto a la protección jurídica del embrión, se debe atender el Título II, denominado “**Del principio y fin de la existencia de las personas**”; de los cuales son los artículos 74 a 77 del Código Civil Chileno, en donde surgen los atributos de persona, así como la regulación del ser que, si bien es cierto, aun no ha nacido, se le considera como persona desde su concepción.

Mismos que a la letra señalan:

“Art. 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

¹²⁷ *Ibidem*. Pp. 834 y 835.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Art. 76. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.

Art. 77. Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.

En el caso del artículo 74, inciso 2., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.”¹²⁸

¹²⁸“Código Civil de Chile”. <http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-10-01>. 8-dic-2012. 12:10 hrs.

En otro orden de ideas, en cuanto a los derechos de filiación se refiere, los sujetos que son procreados mediante la Maternidad Subrogada pueden sufrir una afectación en su esfera jurídica, ya que el Código Civil de la República de Chile no es claro en este aspecto; en su artículo 182 señala.

“Artículo 182.- El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”¹²⁹

Si bien es cierto, la filiación es la fuente de derechos y obligaciones entre padres e hijos; en la figura de la maternidad subrogada no funciona de la misma manera, ya que la maternidad queda determinada por la mujer que da a luz al menor o en su defecto se tienen que llevar a cabo los procedimientos judiciales de filiación o reconocimiento para determinar la maternidad de un individuo.

Así el artículo 183 del Código en cita, menciona que: “Artículo 183.- La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación.”¹³⁰

Es decir, que si se emplea la maternidad subrogada en una pareja, la madre no es la mujer que contrató a otra para que gestara al niño, sino que la madre es la mujer que da a luz, en este caso, la mujer contratante debe llevar a cabo un procedimiento secundario para que reconozcan al niño como suyo y adquirir así los derechos de filiación correspondientes, toda vez que no queda

¹²⁹“Código Civil de Chile”. <http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-10-01>. 8-dic-2012. 12:10 hrs.

¹³⁰ *Idem.*

claro en un instrumento jurídico específico, los límites de las mujeres que llevan a cabo el proceso de la procreación.

Ahora bien, la falta de regulación jurídica acerca de un tema, conlleva una serie de lagunas hacia los sujetos en quienes se aplican y las consecuencias pueden ser de una gravedad insubsanable, como lo es el caso de la maternidad subrogada en Chile.

Si en la República Chilena, no se realizan todas las medidas jurídicas pertinentes para regular estas técnicas de reproducción asistida de forma específica, ya sea permitiendo algunas o en su defecto prohibiendo otras, generaría una incertidumbre tal, que los individuos procreados mediante estos métodos, podrían ser concebidos pero al final no existe una norma que obligue a los “padres” hacerse responsables de ellos y esto provocaría una serie de nacimientos no deseados, y con ellos en un futuro ocasionarles un problema psicológico a todas estas personas que fueron rechazadas y que pudieran no contar con alguna identidad.

5.1 .3. España.

La maternidad sustituta en España había tenido un gran debate en la década de los ochentas, asimismo, su regulación era escasa y muy genérica. Conforme la ciencia fue avanzando, su regulación exigió de una observación analítica en cuanto a su aplicación y a sus alcances tanto éticos, morales, religiosos así como los jurídicos.

En principio la aplicación de esta técnica de reproducción asistida se había implementado con base en un contrato; lo cual al pasar los años se modificó

declarando a tal acto jurídico como nulo, considerando que la persona humana no es un objeto, sino un ser que goza de derechos y obligaciones.

Por tal motivo, prohibieron los contratos de maternidad subrogada, trayendo como consecuencia que tal método de reproducción cayera en una laguna jurídica, toda vez que, lo que se prohibió en ese entonces, y que hasta la fecha sigue vigente, fue meramente el contrato de gestación y no la maternidad subrogada como tal, dejando al libre albedrío a quienes decidieran optar por este método, simplemente pactando con una mujer que llevara a cabo el procedimiento de gestación y al final de éste, entregar al niño producto del avance científico y con ello la pareja infértil procreaba de una forma novedosa a su descendencia.

Es en el artículo 39 de la Constitución española, en donde se hace una referencia somera acerca de la protección de la familia, y que por ello, incluye a los descendientes de cada pareja o matrimonio; dicho artículo señala:

“artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”¹³¹

¹³¹“Constitución Política de España.” www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_espa.pdf. 8-dic-2012. 12:30 hrs.

Al respecto, la investigadora Ma. Dolores La Calle, cita al profesor Castán Vázquez, quien realiza un análisis genérico del artículo anteriormente señalado y expresa lo siguiente: “es conveniente señalar la legislación sobre reproducción asistida existente en España.

Respecto a la regulación jurídica de la familia no se da en la Constitución una normativa agrupada que aglutine a la misma. Pero existen diversas normas que se refieren a la familia.

Así, el artículo 39 de la Constitución española, en su apartado primero señala: “Los poderes públicos asegurarán la protección social económica y jurídica de la familia.”

Lo anterior es la tendencia que deben seguir las cortes en las leyes que se dicten sobre la misma. Por lo que se refiere a los hijos, la Constitución en su apartado segundo señala que:

“Los Poderes públicos asegurarán, asimismo la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”

El apartado tercero de la misma norma jurídica, señala:

“Los padres deben prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y los demás casos en que legalmente procedan”.

Con base en las normas relacionadas con la institución, se entiende que la Familia, conforme a la Constitución Española es:

“Un grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo, en

unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes, para satisfacer en común ciertas necesidades y asistir a los hijos y dirigir su educación”.

Así las cosas, conforme a la Constitución y al marco jurídico rector de la familia, en España, se han dictado dos leyes referidas a las técnicas de reproducción asistida, las cuales son:

La Ley del 22 de noviembre de 1988, sobre Reproducción Asistida Humana y; La Ley de 28 de diciembre de 1988, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células tejidos u Órganos.

En la exposición de motivos de la Ley de 22 de noviembre de 1988 señala lo siguiente:

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos no son adecuados o resultan ineficaces.

La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento que son fecundados *in vitro*, le permite su manipulación con fines diagnósticos terapéuticos, de investigación básica o experimental o de ingeniería genética.

A su vez, dicha exposición de motivos reconoce lo siguiente: “el asincronismo en la ciencia y Derecho que origina un vacío jurídico respecto a problemas concretos, que deben solucionarse, sino es acosta de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal.”

Al mismo tiempo en la exposición de motivos, se cuestiona desde cuando existe la vida humana y señala que según el criterio del Tribunal Constitucional de

la República Alemana en sentencia de fecha 25 de febrero de 1975, comienza desde el día catorce que sigue la fecundación.

Mientras que el Tribunal Constitucional Español señala que: “la vida humana es un devenir un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando cuerpo y sensitivamente figura humana que termina con la muerte”.

Asimismo, en dicha exposición de motivos hace referencia a la colaboración de donantes de material reproductor en la materialización de estas técnicas de reproducción, y señala:

“Supone la incorporación de personas ajenas a los receptores y a los varones a ellos vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entre dicho cuestiones de máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión.

Es necesario establecer los requisitos del donante y de la donación, así como, las obligaciones, responsabilidades y derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos”.

En el artículo 1 de la Ley se regulan las siguientes técnicas de reproducción Asistida: La Inseminación Artificial (IA), la fecundación *in vitro* (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG).

Asimismo, el mencionado artículo, en sus dos primeros apartados y en concordancia con la exposición de motivos, nos especifica el ámbito de estas técnicas al decir, que tienen como finalidad fundamental remediar la esterilidad humana para facilitar la procreación:

Cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Y pueden utilizarse para, la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas.

Respecto de quien pueda solicitar el uso de las técnicas de reproducción asistida, en el artículo 2 apartado primero de la Ley del 22 de noviembre de 1988, señala que:

“Las mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han aceptado y solicitado libre y conscientemente deben ser previamente informado sobre ellas”.

En definitiva el uso de las técnicas se extiende, a las mujeres casadas, a las que viven con una pareja, y las solteras sin pareja alguna. Por lo que se deduce, dada la amplitud de esta regulación legal, que aparece en Derecho Subjetivo a procrear, que puede inclusive ampliarse a las mujeres solteras que nos sean estériles.”¹³²

Sin duda, lo antes expuesto es de gran relevancia para la vida de las personas que habitan el país español, ya que, todo esto engloba a las multitudes técnicas de reproducción asistida de una forma genérica y no específica, como lo es en el caso de la maternidad subrogada.

Es de hacer notar que las leyes mencionadas por la Doctora La Calle, han sido sustituidas, por una de reciente creación y misma que se denomina, **“Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”**,

¹³²Cfr. LA CALLE González Haba, Ma. Dolores. “La prestación del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida”. En el Boletín de la Facultad de Derecho, ED., UNED, 2ª época, número 7, Madrid, 1994. pp. 145 a 148.

La ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, contiene un apartado muy somero acerca de la maternidad subrogada en dicho país, y la cual se contempla en el artículo 10 de la mencionada ley, que a la letra señala:

“Artículo 10. Gestación por Sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga 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.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”¹³³

En el artículo 10 apartado 1 de dicha ley, se menciona que si dicho método de reproducción asistida es pactado mediante contrato, este acto jurídico será nulo de pleno derecho, toda vez que, como se ha expuesto anteriormente, el ser humano no es considerado como un objeto, sino, como un sujeto de goza de derechos y obligaciones.

Sin embargo, en ningún apartado de la misma norma se establece que acto jurídico o instrumento se pactará para llevar a cabo la intermediación de la mujer que llevará a cabo la gestación, ni cuales serán sus reglas a seguir así como las consecuencias jurídicas que estas generen.

Lo anterior de no ser regulado por la ley, quedaría supeditado a la voluntad de las partes que intervengan en dicho procedimiento, es decir, puede pactarse de forma verbal o tener los indicadores médicos como prueba de que el procedimiento de gestación a iniciado bajo la modalidad de maternidad subrogada.

¹³³“Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.”
http://.noticias.jurídicas.com/base_datos/Admin/14-2006.html. 8-dic-2012. 12:55 hrs.

De lo anterior es de mencionar que para llevar a cabo cualquier procedimiento de reproducción asistida, se deben llevar ciertos controles minuciosos, en los Registros de Centros de Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y en el Registro de indicadores de actividad.

Para ello existe la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, quien se encarga de registrar y salvaguardar cada uno de los derechos de las parejas que lleven a acabo algún procedimiento de este tipo, así como supervisar los registros antes mencionados.

Sin embargo, de no haber un instrumento jurídico que determine tanto los derechos y obligaciones de los padres “comitentes o contratantes” con la mujer “gestante”, traerá consigo una serie de irregularidades gravísimas, que dejarían al niño producto de la maternidad subrogada en un limbo jurídico en cuanto a la filiación y a su identidad, ya que nadie, si es el caso se haría responsable de él y de ser así, su estatus sería el de un niño sin padres, es decir, quedaría en la orfandad.

Respecto a lo anterior, el mismo artículo 10 apartado 2 de la ley 14/2006, manifiesta que: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”¹³⁴

La filiación establecida mediante las técnicas de reproducción asistidas queda de manifiesto en los artículos 7, 8 y 9 de la ley 14/2006, misma que señala:

“artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulara por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

¹³⁴ *Ídem.*

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el Centro o servicio autorizado e el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premoriencia del marido.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo del nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en

escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”¹³⁵

Lo anterior tiene su fundamento en la ley sustantiva, como lo es el Código Civil Español, en su artículo 108 que menciona: “artículo 108. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código.”¹³⁶

Por lo anterior, es de hacer notar que, la maternidad queda acreditada con el parto, el cual constituye una desventaja para la pareja, (en específico para la mujer), ya que la madre gestante es la madre jurídica del niño concebido; es aquí

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ “Código Civil Español.”
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/satelite/es/1288774423012/listapublicaciones.html>. 8-dic-2012.
13:15 hrs.

donde se encuentra la disyuntiva de, ¿qué hacer con la madre comitente?, ¿tendrá que llevar a cabo un procedimiento judicial para el reconocimiento de maternidad?

Asimismo, queda abierta la posibilidad de que la madre comitente, rechace al niño en cuanto a la filiación se refiere, cayendo en la hipótesis del artículo 139 del Código Civil español que señala: “artículo 139. La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.”¹³⁷

Con lo anterior, se concluye que a pesar de que exista una legislación que regule el tema de forma general en cuanto a las técnicas de reproducción asistida se refiere, y en específico a la maternidad subrogada, no cabe duda de que, existen múltiples lagunas jurídicas y éticas en cuanto a la regulación y aplicación de las mismas.

Asimismo, existen diversas hipótesis en las cuales no se ha regulado y que tienen que ver directamente con el ser que ha sido concebido mediante estas técnicas de reproducción, ya que, de no analizarlas correctamente, se cometerían diversas injusticias desde la selección de los gametos, es decir, de quienes otorgan su material genético para concebir, pasando por la conservación de los embriones que se utilizan para gestar e investigar, así como los derechos de filiación que le deben ser otorgados, partiendo de la base que tanto los padres como la mujer gestante, llevaran a cabo todos y cada uno de los actos para el bienestar del menor.

¹³⁷ *Ídem.*

5.1. 4. Francia.

La regulación jurídica en Francia, acerca de las técnicas de reproducción asistida en específico de la Maternidad Subrogada, es limitada; ya que, es de hacer notar que no existe una protección constitucional acerca del ser humano que es procreado mediante estas técnicas de fertilidad.

Al respecto la Doctora La Calle señala que, “en Francia, se parte de la premisa siguiente: El embrión debe ser respetado a todos los efectos desde la concepción y no se permite en ningún caso la congelación y experimentación embrionaria:

- No se autoriza la inseminación artificial más que entre esposos y cuando se tiene por objeto poner de intermedio a la esterilidad de la pareja.

- Se prohíbe cualquier medida atentatoria contra la inseminación del embrión o feto.

- Se crean comités de ética en cada dirección departamental de la salud.

- Se establecen sanciones incluso penales por el incumplimiento o contravención de la ley.”¹³⁸

Es en el Código Civil francés, donde se regula dicha situación, remarcando el principio del Respeto al Cuerpo Humano, en su artículo 16, que señala: “artículo 16. La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida.”¹³⁹

¹³⁸LA CALLE González Haba, Ma. Dolores. *Óp. Cit.* p. 148.

¹³⁹ Código Civil Francés. [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/.../2/code_41\[1\].pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/.../2/code_41[1].pdf). 8-dic-2012.13:40 hrs.

Sin embargo, en el artículo antes mencionado, no hace una distinción clara acerca de cuando comienza la vida, ya que solo lo señala de forma genérica y no específica si existe la vida desde la concepción, cuando se forma el embrión, o bien hasta el día del alumbramiento.

Ahora bien, en Francia ha tenido lugar un gran debate acerca del tema, y ello motivo a realizar un proyecto de ley denominada Ley sobre Bioética, misma que regula a las técnicas de reproducción asistida.

El investigador Guy Mazet, señala al respecto lo siguiente:

“En la actualidad, gracias a los progresos de la medicina y la biología, se pueden explotar separadamente las diferentes partes del cuerpo humano –sangre, espermatozoides, médula, tejidos, órganos-, también se pueden conservar los embriones en el refrigerador y se pueden intervenir en la herencia, modificando el parentesco a través de la procreación de niños con dos madres o con dos padres, etc.

El derecho no ha esperado a la bioética para tratar los problemas de la vida privada, ya que desde hace muchos años que conocemos reglas relativas a la familia, el parentesco, las sucesiones, etc. El problema actual reside en la legitimidad de la intervención del derecho en los acontecimientos modernos.

En efecto, son fenómenos biológicos muy complejos que la población y los parlamentos no conocen bien. Además, estos problemas solamente afectan a una pequeña parte de la población (cada año en Francia, se dan alrededor de cinco mil nacimientos por fecundación *in vitro*).

Existe otro problema, no sabemos exactamente qué es la bioética, ya que actualmente no se habla de una sola ética sino de varias éticas; entonces,

debemos preguntarnos para qué sirve una legislación sobre bioética –en este caso la Francesa- si otros países adoptan reglas y conceptos distintos.”¹⁴⁰

Dicha Ley sobre Bioética en Francia, consta de tres apartados como son:

- El respeto al cuerpo humano.
- Donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, asistencia médica a la procreación y diagnóstico prenatal.
- El tratamiento de los datos confidenciales con fines de investigación en el área de la salud.

En cuanto al tema que nos atañe, el investigador Mazet, señala, “respecto de la asistencia médica a la procreación que: “el legislador ha de precisar el contenido de ésta noción apuntándola concepción *in vitro*, la implantación de embriones y la inseminación artificial; pero el texto no es restrictivo por que también prevé “toda otra técnica con efectos equivalentes, lo cual preserva el provenir.

La primera indicación es la esterilidad médicamente comprobada, excepcionalmente se puede obtener la indicación cuando se trate de evitar la transmisión de una enfermedad particularmente grave e incurable al niño.

La asistencia médica a la procreación está destinada a una pareja, es decir, a una mujer y un varón, quienes hacen tal solicitud y presenta un mínimo de estabilidad.

El hombre y la mujer deben tener un mínimo de dos años casados o comprobar una vida en común de la misma duración (artículo 152-1 del Código de Salud Pública). Además los dos miembros de la pareja deben estar vivos, en edad de procrear y dar su consentimiento.

¹⁴⁰ MAZET Guy. “Proyecto de Legislación Francesa sobre la Bioética.” www.juridicas.unam.mx/libros/1/82/7.html. 8-dic-2012.13:40 hrs.

Todas estas condiciones deben estar satisfechas previamente a la implantación de los embriones o a la inseminación.

Esto significa que quedan prohibidas toda inseminación de mujeres solteras y la llamada *post mórtem*. También no tienen acceso a la procreación las parejas de homosexuales.

De una manera muy clara se afirma el carácter subsidiario de la asistencia médica a la procreación con un tercer donador; el recurso de un tercer donador puede ser considerado únicamente en el acaso de un comprobado fracaso de la asistencia médica a la procreación.

En el caso del embrión, la ley precisa que éste sólo puede ser concebido *in vitro*, médicamente asistido. Así concebido, el embrión debe ser implantado dentro de los ocho días siguientes a la concepción. Parece atinada tal disposición, porque tiene la intención de limitar el número de ovocitos a fecundar *in vitro* y el riesgo o probabilidad de muerte de un miembro de la pareja en un plazo tan corto.

Asimismo, la ley instituye excepcionalmente un procedimiento de acogida a los embriones conservados por otra pareja y cuya asistencia médica sin un tercer donador no puede tener éxito.”¹⁴¹

De lo anterior es menester señalar que la legislación en Francia referente a la procreación de un hijo con ayuda de las técnicas de reproducción asistida incluyendo la Maternidad subrogada, están limitadas a que, la pareja sea estable, y la ley pone un requisito a la misma, es decir, necesitan como mínimo dos años de tener una vida en común.

Por otro, lado la procreación sólo podrá ejercerse por parejas heterosexuales ya que está prohibido que procreen hijos las parejas de homosexuales, así como las mujeres solas que así lo deseen.

¹⁴¹MAZET Guy. “Proyecto de Legislación Francesa sobre la Bioética.” www.juridicas.unam.mx/libros/1/82/7.html. 8-dic-2012. 13:40 hrs.

En otro orden de ideas, en lo que respecta a la filiación, el Código Civil francés, tiene un capítulo específico en donde se habla de la filiación a través de las técnicas de reproducción asistida y se integra por los artículos 311-19 y 311-20, mismos que a la letra señalan:

“Artículo 311-19. En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación.

Artículo 311-20. Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación.

El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto.

El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo.

Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no

reconociera al hijo que ha nacido. La acción se ajustará a las disposiciones de los artículo 340-2 a 340-6.”¹⁴²

A su vez, el reconocimiento de la maternidad se encuentra establecido en el artículo 311-14 del código mencionado, que señala: “artículo 311-14. La filiación se rige por la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo; si la madre no fuera conocida, por la ley personal del hijo.”¹⁴³

Asimismo, el investigador Guy Mazet, manifiesta que: “Uno de los problemas más importantes derivados de estas nuevas técnicas atañe a la filiación.

Se nota la voluntad de privilegiar la asistencia a la procreación en el seno mismo de la pareja y limitar el posible recurso de terceros donadores. Prevé la ley que los miembros de la pareja deben estar vivos para proceder a una inseminación o implantación de embriones. Eso permite evitar las dificultades nacidas de la utilización de estas técnicas cuando uno de los padres muere y se trata de definir la fecha de la concepción o la filiación exacta de un niño nacido más de trescientos días después de la disolución de matrimonio.

Ahora bien, se pueden realizar una serie de críticas a las reglas específicas de la filiación de los niños nacidos de una procreación asistida, lo que prevalece más que la verdad biológica es fundamentar sobre la voluntad.

La filiación del producto de una asistencia médica a la procreación está fundada en el consentimiento respecto del acto que deberán dar previamente el hombre y la mujer.

La importancia de este consentimiento se justifica e el hecho que debe hacerse ante un Juez de lo familiar. Este consentimiento prohibirá toda

¹⁴²“Código Civil Francés”. *Óp. Cit.*

¹⁴³*Ídem.*

contestación ulterior del lazo de filiación, e impedirá al niño reclamar otro estado distinto del que resulta de la procreación asistida.

En el caso donde la pareja no se encuentre casada, el previo consentimiento dado por el hombre para la asistencia médica tendrá efectos positivos. En el caso de que no reconozca al niño, será comprometida su responsabilidad en contra de la madre, y el niño y su responsabilidad podrá ser judicialmente declarada.

Es decir, que no vale como reconocimiento el consentimiento, pero el texto instaure sin embargo, una paternidad forzada quien suscite dudas respecto al interés del niño.

Entonces, el consentimiento tiene una gran importancia en el marco de la procreación asistida; sin embargo, sus incidencias sobre la filiación encuentran dos limitaciones:

Si se comprueba que el niño no es producto de la procreación asistida y si el consentimiento ha sido privado de efectos, como puede ocurrir en caso de deceso, separación matrimonial, divorcio o cesación de la comunidad de vida antes de la intervención médica.”¹⁴⁴

Por lo anterior, se puede mencionar que en Francia, a pesar de ser uno de los países europeos más avanzados en lo que la ciencia se refiere, la legislación en cuanto a las técnicas de reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada, aún es muy pobre, derivado de la posición tan conservadora de su gobierno; con ello no se prevé el futuro de los ciudadanos franceses que día con día es más frecuente el que utilicen dichos métodos, ya sea por una infertilidad total o bien porque padecen de algún tipo de trastorno que pueda contagiarse al

¹⁴⁴ MAZET Guy. “Proyecto de Legislación Francesa sobre la Bioética. www.juridicas.unam.mx/libros/1/82/7.html. 8-dic-2012. 13:40 hrs.

niño o bien esté expuesto a algún tipo de mal congénito que lo lleve al nacer a una vida de sufrimiento y por lo tanto perezca.

La legislación francesa a su vez esta muy limitada en cuanto a normas jurídicas se refiere ya que, dichos métodos sólo son regulados por el Código civil de forma muy genérica y por la ley de Bioética que tanto se ha debatido y que no otorga un valor definido tanto para los métodos, la aplicación, así como el que se le otorguen todas las garantías en primer término al niño nacido mediante las técnicas de reproducción asistida, y en segundo lugar a los padres de igual forma a la persona que done gametos para que posteriormente sean fertilizados y se utilicen en la procreación.

5.1. 5. Puerto Rico.

El Estado Libre de Puerto Rico, constituye uno de los grandes ejemplos en cuanto a la regulación jurídica sobre maternidad subrogada se refiere, en el continente americano; su modelo a seguir sin duda, son los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se ubica el paradigma para todos aquellos países que necesitan regular jurídicamente dicho método de reproducción asistida, así como para crear modelos científicos respecto del tema.

Mención aparte es que, Puerto Rico, a pesar de ser uno de los países en desarrollo ha tenido grandes logros en diferentes materias, y en lo que a ciencia se refiere ha tenido grandes avances en cuanto al manejo de métodos de reproducción asistida.

Sin embargo, la legislación que se tiene acerca de dichas técnicas, en especial de la maternidad subrogada, son un tanto vagas y genéricas; ya que como se podrá analizar, existen lagunas jurídicas importantes de las cuales son de una relevancia mayor, como lo son los derechos de filiación que tiene la madre

comitente con respecto al menor, producto de estas nuevas técnicas de reproducción.

Al respecto Vanessa Muñoz Martínez, señala que, “la legislación debe ser el marco dentro del cual las parejas o personas que deseen acceder a las técnicas de reproducción asistida (en este caso, las utilizadas en la maternidad subrogada) realicen un contrato ultimando los detalles que varían según las partes. Debe haber una orden judicial de determinación de paternidad o de maternidad antes del nacimiento, dándole validez al contrato.

Tanto los donantes como los padres comitentes y la madre subrogada deben ser mayores de edad y someterse a exámenes psicológicos.

El tratamiento psicológico no sólo es una forma de ayudar a las partes a decidir si el donante es el apropiado para el procedimiento y si tienen la madurez suficiente, sino que también sirve para evaluar si los padres comitentes, al igual que las demás partes envueltas en el proceso, están preparadas para someterse a las técnicas de reproducción asistida y enfrentar las consecuencias que son parte de la maternidad subrogada. La asistencia a nivel psicológico debe ser antes, durante y después.”¹⁴⁵

Por lo anterior, la protección constitucional en Puerto Rico, en cuanto al ser que ha de ser concebido mediante algún tipo de método de reproducción asistida, se refleja en el artículo 2 sección 1 de la Constitución Política de Puerto Rico, que señala, “artículo 2. Sección 1. **La dignidad del ser humano es inviolable.**

Todos los hombres son iguales ante la ley.

¹⁴⁵ MUÑOZ Martínez, Vanessa. “¿PODEMOS DIVIDIR UN NIÑO ENTRE DOS O MÁS MADRES DE FORMA SALOMÓNICA? MATERNIDAD SUBROGADA: PROPUESTA LEGISLATIVA”. Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico, Editorial Universidad de Puerto Rico. Volumen 76, Número 4, Año 2007, P. 1221.

No podrá establecerse discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, **nacimiento**, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas.”¹⁴⁶

Se observa, que en su Constitución existe el principio de dignidad en cuanto al respeto que todo ser humano debe tener, así como el de **No Discriminación** en razón de su nacimiento, ya que en su texto menciona que, “no se podrá establecerse discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, **nacimiento...**”¹⁴⁷

“...De igual forma se privilegia el derecho a la vida, ya que del mismo texto constitucional se desprende tal principio, y es expresado en su artículo 2, sección 7, que menciona: “artículo 2. Sección 7. Se conoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida...”¹⁴⁸

En cuanto a la regulación jurídica de la maternidad subrogada, existe una ley denominada “Ley sobre los procedimientos de Inseminación Artificial” de 31 de enero de 2005. En dicha ley se regulan todos aquellos procedimientos tendientes a la procreación mediante la reproducción asistida, entre ellos el tema multicitado.

Dicha ley es la encargada de velar por los intereses de todos aquellos que intervengan en dicho procedimiento, pero sobre todo, crear los vínculos entre los padres y sus descendientes.

Así el artículo 2 de dicha ley establece que: “artículo 2. Declaración de Política Pública... El Gobierno de Puerto Rico tiene un interés legítimo e importante en fomentar y preservar el derecho fundamental constitucional de todo individuo a decidir el tener o engendrar un hijo.

¹⁴⁶“Constitución Política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.”<http://www2.pr.gov/sobrepuertorico/Documents/elaconstitucion.pdf>. 8-dic-2012.15:15 hrs.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ *Ídem.*

La decisión u opción individual y personal de procrear mediante la utilización de métodos alternos, entiéndase la inseminación artificial, está garantizada al amparo de este presupuesto constitucional.”¹⁴⁹

Es menester señalar que, Puerto Rico, otorga a sus habitantes el derecho de procrear mediante el uso de las diferentes técnicas de reproducción asistida, no importando si éstos se encuentran unidos por el matrimonio, concubinato o bien sean personas solteras.

No obstante, no se habla acerca de si las parejas homosexuales ya sea que se encuentren unidas o solas, puedan allegarse de este tipo de métodos para procrear a sus hijos y conformar así una familia.

La Ley sobre los procedimientos de Inseminación Artificial, en su artículo 3 inciso f), señala la definición de lo que se debe entender por Maternidad Subrogada, y la cual se expresa de la siguiente forma:

“Artículo 3. Definiciones...

...f) Madre Subrogada, suplente o sustituta, una mujer fértil que acuerda, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo y procrear un hijo.

Una vez el hijo nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y además, renuncia a sus derechos paterno-filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.”¹⁵⁰

A pesar de que la ley otorga una definición de lo que se entiende por maternidad subrogada, ésta es un tanto ambigua, ya que, no señala si la mujer que optará por contratar a otra, está impedida físicamente para llevar a cabo el

¹⁴⁹“Ley Sobre los Procedimientos de Inseminación Artificial.”
www.camaraderepresentantes.org/files/pdf/82965DCGwl.pdf. 8-dic-2012.15:30 hrs.

¹⁵⁰ *Ídem*.

proceso de gestación o bien sufre de alguna enfermedad que perjudique al niño o niña que se conciba.

Asimismo, es de hacer notar que, en la parte final de tal definición, señala que, “la madre cede la custodia a favor del padre y además, renuncia a sus derechos paterno-filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo”, es decir, que la madre comitente, jurídicamente no es reconocida como tal en el Instrumento Notarial que se firma antes de llevar a cabo tal método y que una vez nacido el niño, la madre por así determinarlo la ley cederá la custodia al padre, para que la mujer, en este caso su esposa o concubina, lleve los trámites necesarios para ADOPTAR al niño que en principio se sabe va a ser su hijo.

En este sentido, se observa una laguna jurídica en cuanto a la maternidad se refiere, ya que si bien es cierto, la maternidad se comprueba con la mujer que de a luz al menor, no se debe dejar a un lado el derecho, a la mujer comitente de ser simplemente una madre adoptiva, ya que por ello se emplea este método de reproducción asistida, precisamente para engendrar y llevar idóneamente todas las funciones de padre y madre, es decir, tener desde un principio todos los derechos de filiación del menor, pero como padres legítimos, no como adoptivos.

De igual forma se sustenta lo anterior con lo señalado en el artículo 9 de dicha norma, el cual establece que, “artículo 9. Esposo como padre legítimo y natural del hijo concebido mediante inseminación artificial.

Como regla general, cuando se insemina artificialmente a una mujer y ésta da a luz, su esposo será tratado, para todos los propósitos, como el padre legítimo y natural del hijo concebido.”¹⁵¹

Aquí sin duda, existe una gran privación en cuanto a los derechos de la mujer, ya que, sólo el padre es considerado como legítimo, dejando fuera a la

¹⁵¹ *Ídem.*

madre “contratante”, y que para lograr los derechos de filiación deberá llevar un juicio paralelo de adopción para así obtener el título de madre.

Por otro lado, la Catedrática de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Glenda Labadie Jackson, aborda el tema acerca de la maternidad subrogada y menciona que, “en Puerto Rico, una referencia directa a la filiación materna aparece en el artículo 125 del Código Civil de Puerto Rico, que establece, en lo pertinente, que la madre está obligada al reconocimiento del hijo en los mismos casos que el padre, “cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.”

Así, el artículo 62 de dicha ley dispone en lo pertinente, que: “el administrador o director de la institución, deberá proveer al padre o a la madre que interese reconocer voluntariamente la paternidad del recién nacido el certificado de nacimiento para que firme en el espacio correspondiente su nombre completo, durante la estadía de la madre en la Institución.”¹⁵²

Por su parte, el artículo 63 dispone que el certificado de nacimiento deba acompañarse con el correspondiente “certificado de asistencia del médico o comadrona” que atendió el parto.

Así pues, en Puerto Rico la filiación jurídica materna se establece a través de la inscripción en el Registro Demográfico si se comprueba que la identidad de la criatura coincide con los informes de parto.

De hecho no debe perderse de vista que en Puerto Rico **el criterio genético** es el que actualmente permite establecer los vínculos filiatorios paternos o deshacer los presumidos.

Las disposiciones legales antes citadas no reflejan que el legislador, ante el dilema que hoy consideramos, haya optado por la opción tradicional.

¹⁵²Ídem.

La normativa de filiación en Puerto Rico fue concebida en momento histórico en donde no se contemplaba que la cualidad de “madre genética” y “madre gestante” pudiera recaer en mujeres distintas.

Por ello, el legislador no pudo haberse planteado la opción entre ambas alternativas por qué ambas eran inseparables.”¹⁵³

En otro orden de ideas, para realizar el procedimiento de maternidad subrogada, se deberá firmar un Instrumento Notarial que hará constar el consentimiento de la mujer sustituta para que realice la gestación por otra mujer.

Es en el artículo 13 de la multicitada ley, la que establece lo siguiente:

“Artículo 13. Acuerdos sobre madre subrogada, suplente o sustituta: nulidad de acuerdos con precio: prohibición de publicidad y gestión comercial; penalidades.

Será requisito de todo acuerdo sobre maternidad subrogada, suplente o sustituta, su constancia en un instrumento público ejecutado al tenor de las disposiciones aplicables de la Ley número 75 de 2 de julio de 1987, según enmienda, conocida como “Ley Notarial de Puerto Rico”.

Este documento público estará suscrito por la madre subrogada, suplente o sustituta que se someterá a una inseminación artificial, el esposo y la esposa de éste último y consignará que la madre subrogada, suplente o sustituta, una vez nazca el niño, cederá todo derecho de custodia y patria potestad sobre el hijo que nazca como consecuencia de la inseminación artificial.”¹⁵⁴

¹⁵³ LABADIE Jackson, Glenda. “BIOÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA: ACOTACIONES Y CLAREOS ACERCA DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA”. Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico, Editorial Universidad de Puerto Rico. Volumen 76, Número 4, Año 2007, Pp. 1305 y 1306.

¹⁵⁴“Ley Sobre los Procedimientos de Inseminación Artificial.”
www.camaraderepresentantes.org/files/pdf/82965DCGwl.pdf. 8-dic-2012.15:30 hrs.

Como se observa, existe un instrumento jurídico el cual es firmado ante Notario para darle la publicidad requerida y perfeccionar el acto, en donde se deja de manifiesto el consentimiento de la mujer subrogada, en gestar al niño, así como de los futuros padres que al finalizar el procedimiento, aceptan al menor con las consecuencias que ello implica.

No obstante, lo establecido con la mujer comitente, la cual como se ha analizado, no se le otorgará el carácter de madre hasta en tanto no se realice un procedimiento de adopción.

A su vez, la ley mencionada, establece las prohibiciones a las cuales estarán sujetos los pactos o contratos referentes a la maternidad subrogada. La misma ley en su artículo 14, hace referencia a los acuerdos o contratos en donde se fijen las condiciones que llevaran a cabo las personas que deseen procrear mediante la maternidad subrogada.

Tal disposición jurídica señala: “artículo 14. Nulidad de acuerdos con precio: prohibición de publicidad y gestión comercial; penalidades.

a) **Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con precio** a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

b) Se prohíbe la publicidad y la gestión comercial con o sin fines de lucro, encaminadas a fomentar y ayudar a que se convenga un acuerdo de maternidad subrogada, suplente o sustituta.”¹⁵⁵

De lo anterior se deriva que, una de las finalidades de la maternidad subrogada, en primer término, es que no se lucre en ningún sentido con el padecimiento de las parejas que sufren algún tipo de trastorno que impida procrear a su descendencia y por lo cual de cierta forma, obtener dinero de una

¹⁵⁵ *Ídem.*

forma indebida, ya sea por la necesidad de la mujer gestante o por personas que se dedican a extorsionar a las demás, para así, enriquecerse de forma ilícita.

Aunque si bien es cierto, el lucro puede consistir en diversas modalidades, la más directa, es a través de las personas que se promocionan en agencias para gestar niños a cambio de un precio, olvidándose de todo altruismo, para con las personas que sufren de infertilidad o alguna otra enfermedad grave que impida concebir.

En otro orden de ideas, se ha dicho que la maternidad subrogada sólo puede materializarse cuando existe conformada una unión matrimonial o un concubinato (heterosexual); sin embargo en Puerto Rico, existe la oportunidad de que una mujer sola lleve a buen término todo el trámite que conlleva a la maternidad subrogada, no importando que no tenga una pareja estable, para así convertirse en madre soltera de un niño procreado bajo la modalidad de la maternidad subrogada.

Es aquí donde se debe preguntar si realmente es equitativo que una mujer sola realice este procedimiento, y ¿por qué no un hombre solo?, se pueden dar las mismas circunstancias de que el varón no tenga pareja y desee a un hijo, sin embargo por el momento, sólo es permitido a la mujer llevar a cabo esta situación

Lo anterior se sustenta en el artículo 11, el cual establece que, “artículo 11. Mujer como única madre legítima y natural del hijo concebido por inseminación artificial.

Cuando una mujer se somete a una inseminación artificial y se utiliza semen de un donante que haya hecho constar en un instrumento público su intención de que no se le trate como el padre natural del hijo concebido, a tener con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 6 de esta ley y ésta da a luz, la mujer será tratada para todos los propósitos, **cómo la única persona con la patria potestad y custodia del hijo concebido.**

Para propósitos de este inciso, el término “donante” no incluirá al hombre casado que dona o provee semen para el uso exclusivo de su esposa.”¹⁵⁶

Por lo anterior cabe hacer la observación que, la maternidad subrogada es una de las nuevas formas de reproducción asistida, es una solución para muchas parejas que sufren de infertilidad para así poder engendrar un hijo y conformar una familia, se debe analizar a conciencia si una persona sola ya sea hombre o mujer, independientemente de la tendencia sexual que tenga, deba someterse a este tipo de tratamiento, ya que ello implicaría un mal desarrollo del niño durante su vida, ya que carecerá de la figura tanto paterna o materna según sea el caso, debido a que no es la forma idónea de que el menor se desenvuelva en su vida, evitando problemas de conducta antisociales, que perjudiquen principalmente a ellos y en segundo término a la sociedad.

No queriendo decir con lo anterior que no se de el estado de bienestar al menor en el desarrollo de cada una de las etapas que conforman la vida, sino que, siendo éstos métodos una forma de solucionar los problemas de infertilidad o esterilidad, hay otra figura jurídica que se puede emplear como lo es el caso de la adopción, ya que existen demasiados niños en espera de un hogar y que mejor que sea el Estado como rector y garante de todos y cada uno de los derechos de los menores el que establezca si las personas que lo soliciten cumplen con todos los requisitos exigidos por la ley para que adquieran los derechos de filiación sobre los menores y así poder conformar una familia.

Luego entonces, como se ha explicado en el caso de Puerto Rico, existe una legislación que regula el tema acerca de la Maternidad Subrogada, sin embargo, existe carencias en cuanto a su técnica jurídica, así como múltiples lagunas en la misma que dejan en un grave estado de indefensión a las partes que intervienen en dicho método, ya que la legislación explica de una forma muy superficial, sin ser precisa y atinada en cuanto a su aplicación y alcances jurídicos,

¹⁵⁶ *Ídem.*

desprotegiendo en gran parte a la mujer contratante y por otro lado no se abunda más allá sobre los derechos y obligaciones de la mujer gestante, tales como pago de gastos médicos, laborales, y cualquier otro que pueda surgir durante la gestación del menor.

Sin embargo, se espera que con el transcurso del tiempo y con las múltiples experiencias que tengan sobre el caso, haya una mayor observancia legislativa en aquel Estado y así sostener este método que es una alternativa novedosa y sobre todo solucionadora de un problema que aqueja a demasiadas personas en el mundo, como lo es la incapacidad para concebir.

CAPÍTULO 6

Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

“MATER SEMPER CERTA EST” (La Maternidad siempre se sabe).

Como bien lo dice el aforismo latino arriba mencionado, la idea de que la madre siempre es conocida porque es ella quien da a luz al menor, se ha desarraigado de una forma tan abrupta e inusual, debido a la evolución que a tenido el hombre, a través de la ciencia con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Con la propuesta de Ley de la Maternidad subrogada en la Ciudad de México, este aforismo, queda un tanto ambiguo, ya que como se ha observado en capítulos anteriores, la maternidad ya no atañe específicamente a una mujer que es la que gesta y pare, sino que, ahora con este nuevo método, el menor puede contar con hasta tres madres (donante de óvulo, gestante y subrogada).

Sin embargo, la maternidad subrogada, como una de las variantes de las nuevas técnicas de reproducción asistida en México, y en específico en el Distrito Federal, que han de aplicarse para solucionar los problemas de infertilidad que aqueja a muchas parejas hoy día, requiere de una legislación precisa, eficaz y adecuada en el tema, ya que implica realizar múltiples observaciones de la misma, para que dicha ley sea objetiva y eficiente y poder así garantizar a cada una de las personas que acuda a dicho método con el fin de procrear un hijo que forme parte de su familia, todos y cada uno de los derechos tanto reproductivos, humanos y sociales que nuestra constitución otorga a los gobernados de este país.

Luego entonces, derivado de la inexperiencia legislativa en cuanto a la regulación jurídica de la maternidad subrogada, se ha tenido que llevar a cabo una serie de comparaciones de forma minuciosa con los distintos países en donde ya se aplica y que por obvias razones su experiencia se está acrecentando en la materia y que en México, se debe analizar cuidadosamente para su correcta aplicación sin caer en violaciones a la esfera jurídica de las personas que intervengan en este tipo de procedimientos.

De lo anterior se puede señalar lo expresado por Vanessa Muñoz, de la Universidad de Puerto Rico, quien argumenta lo siguiente:

“La descripción de la maternidad subrogada es de la siguiente forma:

-Maternidad subrogada Tradicional.

-Maternidad Subrogada Gestacional.

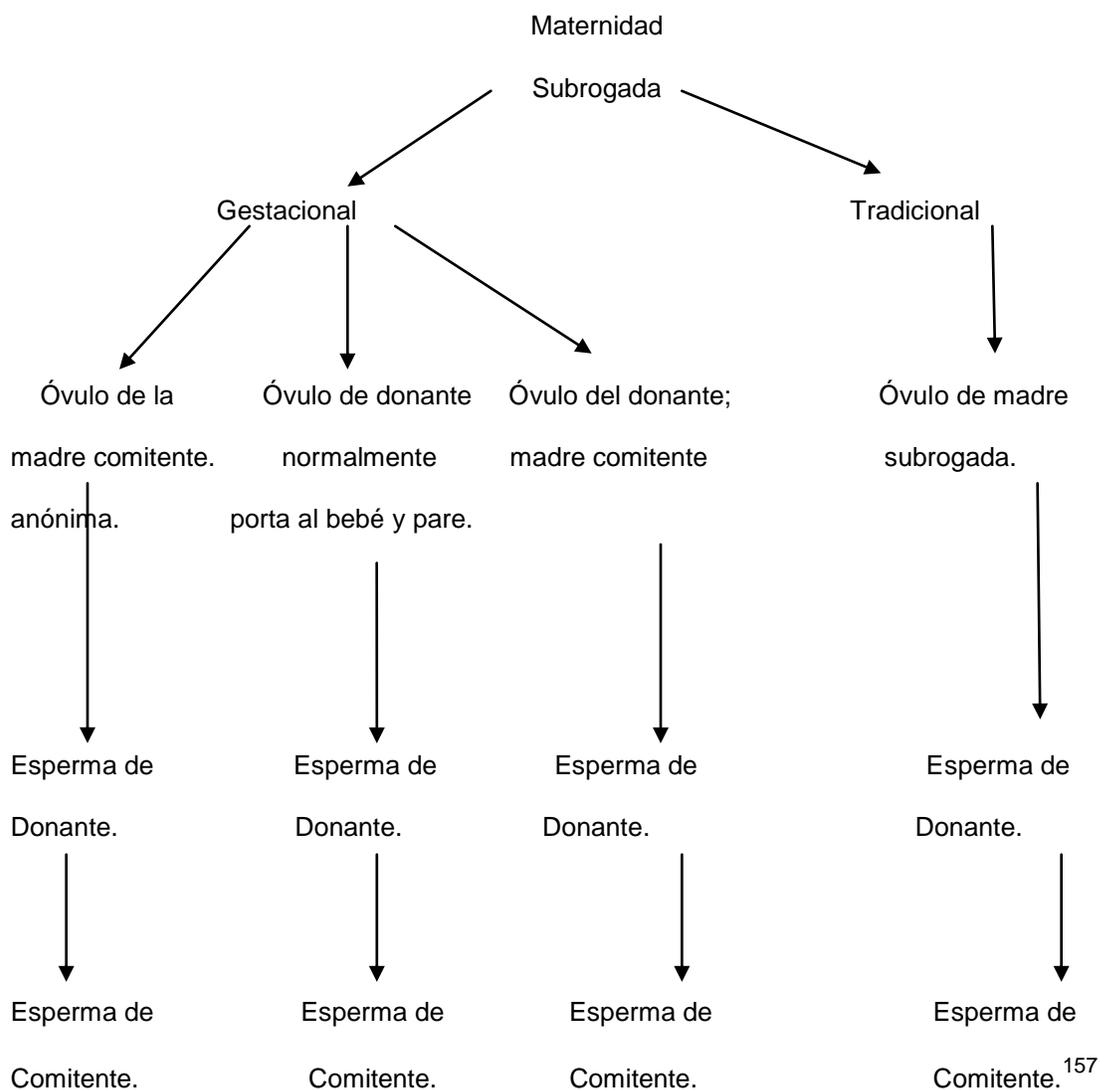
La maternidad subrogada se divide en dos tipos, que a su vez tienen algunas variaciones. El método principalmente consiste en inseminar a la que portará el embrión.

En la maternidad subrogada se utiliza la técnica de fecundación *in vitro*. Una vez realizada la unión de gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que utilizará su cuerpo para el proceso de la gestación y el parto.

“En la **maternidad subrogada tradicional**, la madre comitente no tiene ningún vínculo genético con el embrión, mientras que la madre subrogada aporta el óvulo y, además, pare al niño. Normalmente se insemina con el esperma del padre comitente, pero también puede ser el esperma de un donante.

En la **maternidad subrogada gestacional**, el método consiste en implantar los gametos en la madre subrogada mediante la fertilización *in vitro*. El óvulo puede pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, y el esperma al padre comitente o a un donante. En el caso en que el óvulo

provenza de una donante, la madre genética, la portadora y la comitente, son tres personas diferentes.”



Asimismo, el perfil de la mujer que ha de ser designada para llevar a cabo el proceso de la maternidad subrogada por lo general son las mujeres que tienden a ser familiares de la madre o el padre comitentes, sin embargo hay personas

¹⁵⁷ MUÑOZ Martínez, Vanessa. *Óp. Cit.* Pp. 1200 y 1201.

extrañas a la pareja que deciden participar en el proceso por diversos motivos personales, ya sean económicos o emocionales.

En algunos países se ha presentado la posibilidad de que la madre subrogada no pueda ser un familiar, puesto que tienden a sentirse obligadas a aceptar.

“La selección de la madre subrogada levanta interrogantes. Algunos sugieren que la madre subrogada no debe conocer la identidad de los padres comitentes ni éstos de la identidad de ella. Otros sugieren también que la madre subrogada debe ser una mujer casada y con hijos previos.”¹⁵⁸

6.1. Análisis jurídico de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

Ahora bien, es importante realizar un análisis jurídico del contenido del proyecto de ley citado, así como las consecuencias que traerán aparejada en la aplicación de la misma en el Distrito Federal y que de ser promulgada y con su entrada en vigor, en primera instancia se deben regular los casos de maternidad subrogada que se estén llevando en las instituciones de salud tanto públicas como privadas y dar todas las garantías jurídicas así como las sanitarias, de igual forma implementar las sanciones penales o administrativas a los sujetos que intervienen en ella para que dicho método se apegue a derecho y no a una práctica médica social sin regulación.

Por consiguiente se hace la transcripción del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, analizando los artículos más relevantes en el contenido de la misma:

¹⁵⁸ *Ídem.*

“LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA

EL DISTRITO FEDERAL

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES”

“**Artículo 1.** La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada.”¹⁵⁹

Como punto primigenio, es de hacer notar que la presente ley, menciona que, es de “orden público e interés social”, es decir, que las acciones, procedimientos, y demás formalidades establecidas en la misma no quedan a voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento de maternidad subrogada, ya que, es el Distrito Federal quien a través de sus instituciones y autoridades correspondientes, son los que deben velar por los intereses de las personas que acudan a dicho método, así como salvaguardar sus derechos y garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“**Artículo 2.** La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. La Maternidad subrogada es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que

¹⁵⁹“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

vive en concubinato y que aportan su material genético. Deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor nacido. Las mujeres en estado civil diferente al señalado en el presente artículo podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre biológica en la presente Ley; para tal efecto le serán aplicables de manera análoga en lo que corresponda dichas disposiciones. La Maternidad Subrogada **se realizará sin fines de lucro** para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el período gestacional.”¹⁶⁰

Como bien se ha mencionado en múltiples ocasiones, la maternidad subrogada es una nueva modalidad de las técnicas de reproducción asistida, misma que su objetivo es el que una pareja unida mediante el matrimonio o concubinato tenga la posibilidad de procrear a través de este medio.

Uno de los puntos medulares acerca de la maternidad subrogada en el Distrito Federal es el que se realice a título gratuito, como bien lo maneja este artículo; impera por tanto el altruismo hacia las parejas con problemas para concebir de una forma natural si es que no recurren a la figura de la adopción.

Lo importante de dicho método es que se manifieste de una forma gratuita ya sea por solidaridad o por afecto a los padres subrogados, no quiere decir que éstos se eximan de las múltiples responsabilidades que conlleva el embarazo de su hijo por medio de la mujer gestante, ya que se deben hacer cargo tanto de los gastos médicos del embarazo, de la salud de la mujer gestante, así como cubrir todas y cada uno de los riesgos que le implique a la mujer gestante, no obstante, el pago de las prestaciones laborales que no devengue en caso de no acudir a su centro de labores si es que no se las cubren de forma debida.

¹⁶⁰ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

Asimismo, el que la legislación imponga a este método la gratuidad por parte de la persona que llevará a cabo la maternidad, excluye a todas aquellas agencias de maternidad subrogada para que realicen una actividad lucrativa con los menores concebidos, y se evita con ello múltiples abusos del que pueden ser objeto las personas ya sea por su desesperación o imposibilidad de acudir a otro medio para procrear.

Ahora bien, el que sea gratuito dicha gestación, no quiere decir que la mujer que lleva en su vientre al menor concebido *in vitro*, no tenga los cuidados necesarios para que se lleve a buen término el embarazo y concluya con el nacimiento del menor, ya que es una de las obligaciones y objetivos principales que se suscribe en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y mismo que manifiesta su consentimiento para realizarlo.

Como bien se ha señalado, la maternidad subrogada como una de las nuevas técnicas de reproducción asistida aplicadas en el Distrito Federal, es una forma de darle solución a los problemas de infertilidad que sufren las parejas para procrear su descendencia.

En capítulos anteriores ha quedado de manifiesto que la maternidad subrogada permite concebir de una forma *sui generis* un hijo del cual, derivado de un padecimiento físico, en específico de la mujer, le es imposible lograrlo de una forma natural y es por ello que se solicita a una mujer denominada gestante realice el proceso biológico de embarazo para concluir con el nacimiento de un menor.

Dicha procreación consiste en la unión de los gametos de las personas unidas mediante el matrimonio o a falta de este el concubinato, para que al nacer el menor, tenga todos y cada uno de los derechos de filiación que le corresponden.

Ahora bien, de este artículo se desprende que, para que se lleve a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada, solo es permitido que lo hagan el hombre y la mujer unidos mediante el matrimonio o bien que se encuentren en concubinato.

De lo anterior se observa que debe ser una pareja heterosexual a la que se le permite la procreación de un menor mediante esta técnica de reproducción asistida exclusivamente y haciendo una exclusión a las parejas homosexuales mismas que pueden contraer matrimonio en el Distrito Federal.

Por lo tanto, cabe preguntarnos si, ¿Las personas homosexuales unidas mediante matrimonio pueden procrear mediante la figura de la maternidad subrogada?, ¿Violenta de alguna forma los Derechos Humanos y sus Garantías establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al discriminar a las personas homosexuales para que no puedan procrear hijos bajo la maternidad subrogada?, ¿La institución del matrimonio genera los mismos derechos y obligaciones tanto para las personas heterosexuales así como para los homosexuales?

Sin duda a la sociedad mexicana le espera un largo debate al respecto, ya que si bien es cierto, en el Distrito Federal está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, la procreación de hijos no se encuentra regulada de forma específica, únicamente existe una prohibición la cual resulta de forma tácita y no específica; si atendemos las disposiciones tanto de nuestra Carta Magna así como del Código Civil para el Distrito Federal, pareciese que se están violentando diversos derechos que de estas disposiciones jurídicas emanen.

Tal es el caso del artículo 1 primer y quinto párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que menciona:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como

de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y en las condiciones que esta Constitución establece.

(p5°) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”¹⁶¹

Uno de los principales objetivos y derechos que otorga nuestra Constitución es precisamente evitar todo tipo de discriminación, sin embargo, a pesar de que la propia Constitución otorgue este principio de **no discriminación** se menciona de forma genérica la distinción entre el “género” y “las preferencias”, ya que queda a la libre interpretación de los aplicadores del derecho tales palabras, sin pensar en que alguno de ellos pudiese tener alguna preferencia como se maneja o bien ideología que impida la correcta aplicación del derecho en el caso en concreto.

Ahora bien, derivado del artículo arriba mencionado se desprende uno fundamental de la propia Constitución el cual es el que, las personas tienen derecho a decidir de una forma libre y responsable sobre la procreación de los hijos que conformarán su familia, así las personas del mismo sexo unidas en matrimonio en el Distrito Federal conforme a derecho, tienen las mismas posibilidades de procrear hijos ya sea de forma natural las mujeres o bien mediante una técnica de reproducción asistida los hombres, de lo contrario nos encontramos con una serie de agresiones a las garantías constitucionales para aquellas personas antes mencionadas.

¹⁶¹“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”
www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1.pdf 5-marzo-2013 22:30 hrs.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 4 primer y segundo párrafo de la Constitución Política que a la letra señala:

“Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”¹⁶²

De igual forma el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que: “Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”¹⁶³

Atendiendo a las disposiciones normativas mencionadas se puede establecer que, conforme a la línea jurídica de protección a la familia, el principio de no discriminación, el derecho a la reproducción, las parejas unidas mediante matrimonio en el Distrito Federal, ambas tienen el derecho a procrear y conformar la familia que muchas personas anhelan.

Cuestión aparte es si es correcto o no, de acuerdo a las distintas ideologías que existen en nuestra sociedad si es viable el que personas del mismo sexo adopten o tengan la posibilidad de procrear hijos, al igual no tanto por satisfacer

¹⁶² *Ídem.*

¹⁶³ “Código Civil para el Distrito Federal.” www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 15-dic-2012. 14:00 hrs.

esa necesidad sino, por el bienestar y sano desarrollo del menor, ya que, al parecer nuestra sociedad aún no se encuentra preparada para aceptar y sobre todo integrar a menores producto de la unión de personas que por el sólo hecho de tener una preferencia sexual distinta a la de la mayoría, no dan el sentido de pertenencia a la sociedad y sobre todo a una identidad marcada como natural.

“Artículo 3. Para los efectos de esta ley se define y entiende por:

I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federa;

II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;”¹⁶⁴

Tanto las fracciones I y II de la presente Ley, las disposiciones normativas así como la Institución encargada de velar por los intereses del menor concebido mediante la maternidad subrogada son las que tienen jurisdicción en el Distrito Federal, y son las normas aplicables de forma clara y precisa en cualquier controversia que se suscite al respecto.

“III. Filiación: relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia;”¹⁶⁵

Como bien se ha expuesto, la filiación conforme al artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “artículo 338. La filiación es la relación entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia;

¹⁶⁴“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

¹⁶⁵ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”¹⁶⁶

La ley en comento, no hace distinción alguna acerca de la filiación que guardan los padres hacia el menor gestado mediante esta técnica de reproducción, ya que, como se analizará posteriormente, en el mismo Instrumento de maternidad subrogada se hace mención en cuanto a los derechos y todas las obligaciones para los padres subrogados los cuales serán como si fueran hijos de forma consanguínea o bien mediante la adopción.

“**IV.** Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos de las niñas y los niños y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña, en los términos que establecen los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano y las leyes aplicables en la materia;”¹⁶⁷

La protección hacia del menor tanto nacido bajo esta modalidad de reproducción asistida así como los menores que nacen de forma natural, esta delegada al Estado Mexicano conforme a los Tratados Internacionales suscritos por México o sea si el Estado Mexicano incurre en alguna violación grave sin que se haga nada a través de las autoridades correspondientes del país, se tiene el derecho de acudir a instancias internacionales con la finalidad de que se otorguen las diversas garantías al menor agraviado, así como de implementar sanciones a las personas que violentaron tales derechos.

¹⁶⁶“Código Civil para el Distrito Federal.” www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 15-dic-2012. 14:00 hrs.

¹⁶⁷ “Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.” <http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

“V. Instrumento para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y firmar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante;”¹⁶⁸

El denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada, es aquel medio jurídico por medio del cual, la pareja que sufre problemas de fertilidad, otorga su consentimiento para que, por medio de otra mujer procreen su descendencia. Dicho Instrumento se debe suscribir ante un Notario del Distrito Federal, el cual se encargará de llevar los registros pertinentes de las personas que participen en el mismo con el objetivo de llevar un control y evitar así que las personas no comercialicen con este tipo de métodos.

Se deben establecer claramente los lineamientos y sobre todo el consentimiento de las tres partes, para que se origine la maternidad subrogada.

Ha tenido gran discusión el denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada, debido a que en el fondo se manifiesta bajo la modalidad de un contrato, y desde el punto de vista legislativo y doctrinario, no pudiera adoptarse de esta forma, por que el ser humano no es un objeto y no se encuentra susceptible de comercializarse bajo ningún aspecto.

Sin embargo, es de hacer mención, que a pesar de que, se le de el nombre de Instrumento, no deja de ser un mero contrato de maternidad subrogada, en la

¹⁶⁸*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

cual los padres subrogados ante la imposibilidad de procrear de forma natural se ven en la necesidad de contratar a una mujer denominada mujer gestante, para que le sea implantado el embrión concebido *in vitro*, de los padres biológicos y lleve el embarazo hasta el nacimiento del menor que no tendrá por ende, ningún vínculo sobre él, al menos en lo que se refiere a lo jurídico, ya que en lo afectivo puede ser difícil desprenderse de un niño que se ha formado en el vientre de la mujer gestante y posteriormente dejarlo con sus verdaderos padres.

Pues contrato o no, es el medio jurídico por medio del cual los legisladores tuvieron a bien, dar a la sociedad un documento con el cual se pueda tener acceso a las maternidad subrogada y establecer los lineamientos jurídicos así como los diversos criterios para que se realice la procreación de un ser humano en el Distrito Federal.

“VI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal; “¹⁶⁹

La Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, es la ley marco que será utilizada para la aplicación de este innovador método de reproducción asistida en el Distrito Federal, aplicando supletoriamente el Código Civil para el Distrito Federal así como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“VII. Madre biológica: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente

¹⁶⁹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;”¹⁷⁰

Como se expresa claramente en la presente fracción, la madre biológica es aquella mujer que se encuentra imposibilitada fisiológicamente para concebir y por ende llevar a cabo el proceso natural de gestación, es por ello que esa misma mujer es a su vez la mujer contratante para que otra geste por ella, atendiendo así a la fertilización *in vitro* en su variante homóloga, es decir, únicamente se podrá utilizar el material genético tanto de la madre como del padre biológicos para formar así el embrión e implantarlo en la madre subrogada.

La mujer que desee realizar dicho método deberá tener plena capacidad mental así como ser mayor de edad para llevar a cabo dicho procedimiento, y afrontar las consecuencias que tanto jurídicas como sociales puedan ocasionar con el mismo.

“VIII. Maternidad Subrogada: la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundada por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo;”¹⁷¹

La maternidad subrogada como bien se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, es aquella que es delegada a otra mujer que va a dar a luz a un

¹⁷⁰ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

¹⁷¹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

menor que no fue concebido con el material genético de la misma y la cual concluye con el nacimiento de éste.

La finalidad de esta novedosa técnica de reproducción asistida da a las parejas con problemas de infertilidad la posibilidad de engendrar a un hijo con sus mismos caracteres biológicos, lo único que se exige es el proceso de embarazo de la futura madre (subrogada), delegando así a otra mujer que fungirá como una incubadora desde el momento en que le implanten el embrión en su vientre hasta el alumbramiento del menor.

Se espera que, con la experiencia práctica en cuanto a la aplicación de la misma en el Distrito Federal, se vayan dando las medidas pertinentes de regulación jurídica a cada caso en concreto, para que en la medida de lo posible no haya demasiadas lagunas jurídicas que afecten a esfera jurídica de las personas que intervienen en dicho método y sobre todo en lo que respecta al menor concebido a través de la maternidad subrogada.

“IX. Médico tratante: médico especialista en infertilidad que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Maternidad Subrogada;”¹⁷²

El médico tratante, debe ser un especialista en métodos de reproducción asistida y es el que va a llevar con sumo cuidado el historial clínico de las personas que intervendrán en dicho método con el fin de realizar la procreación de un ser humano, de lo contrario incurrirá en algún delito de los marcados en el Título Segundo, Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética del Código Penal para el Distrito Federal.

¹⁷² *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

“X. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a llevar a cabo la gestación del embrión posteriormente del feto, producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su material genético y cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo,”¹⁷³

La mujer gestante, como bien se señala, es la que llevará en su vientre al embrión producto de la fecundación *In vitro* llevando todo el proceso de embarazo biológico de un ser humano hasta su nacimiento.

De lo anterior, se deriva que dicha mujer debe contar con plena capacidad tanto de goce, es decir, que no tenga alteraciones en sus facultades mentales para así tomar la decisión de prestarse a la maternidad subrogada, y por lo tanto tener los cuidados necesarios para proteger todas las etapas que ha de sufrir en la unión de los gametos como lo son: la mórula, el embrión, y por último el feto, hasta concluir en un sano y adecuado alumbramiento del ser humano concebido.

Asimismo, la capacidad de goce es muy importante derivado de las consecuencias que a lo largo de la maternidad subrogada se pudieran presentar, ya que la mujer gestante debe tener la libre determinación de concluir el embarazo o bien realizar una interrupción hasta antes de las doce semanas como se maneja en la legislación penal del Distrito Federal y de las posibles sanciones a que será sometida si incumple con el Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Por lo cual, si bien es cierto la mujer suscribe su consentimiento en el Instrumento antes referido para llevar a cabo la gestación del producto, tiene el derecho que le otorga la legislación capitalina de interrumpir el embarazo de forma concienzuda a fin de no afectar principalmente su salud, aunque debe argumentar

¹⁷³*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

tal circunstancia de forma fehaciente para que no sea sancionada así como los motivos por los cuales es su intención ya no continuar con la maternidad subrogada, siempre y cuando sea antes de las doce semanas de gestación como bien lo menciona el Código Penal para el Distrito Federal.

De igual forma la capacidad de ejercicio, es de vital importancia ya que debe ser una persona que ha cumplido **con la mayoría de edad** y es libre de tomar las determinaciones que más le parezcan, siempre y cuando no afecte a terceros.

Por tal motivo se deberá plasmar su consentimiento en el Instrumento para la Maternidad Subrogada ante la Fe de un Notario Público del Distrito Federal, el cual llevará a cabo todos y cada unos de los trámites necesarios y verificar los registros de Maternidad Subrogada para cerciorarse de que la mujer gestante no ha participado en diversas ocasiones en tal método de reproducción y evitar así un comercio por parte de dicha mujer.

Asimismo, la presente fracción señala que, la mujer gestante gozará de todos los derechos que la ley otorga a las mujeres que se encuentran en un estado de gravidez, lo cual se sustenta en la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 132 fracción XXVII, 165 y 170, que a la letra señalan:

“Artículo 132. Son obligaciones de los Patrones... XXVII. Proporcionar a las mujeres embarazadas la protección que establezcan los reglamentos.

Artículo 165. Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad.

Artículo 170. Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

I. Durante el período del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan

trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o que puedan alterar su estado psíquico y nervioso;

II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto;

III. Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto.

IV. En el periodo de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa;

V. Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, **percibirán su salario íntegro**. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días;

VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y

VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.¹⁷⁴

Dicho lo anterior, se establecen las bases de protección hacia la salud y derechos laborales que gozará la madre gestante en este método de reproducción y garantizar así que la mujer gestante no tenga en alguna forma, perjuicio alguno en su patrimonio derivado del embarazo llevado a cabo por la misma.

“XI. Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta sus espermatozoides para la fecundación y que se compromete mediante el

¹⁷⁴“Ley Federal del Trabajo.” www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/125.pdf 15-dic-2012. 14:30 hrs.

Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;”¹⁷⁵

El padre es otra de las figuras principales que junto con la madre subrogada deben otorgar su consentimiento en el instrumento multicitado para tal efecto ante Notario Público del Distrito Federal, a fin de realizar la concepción y desarrollo de un ser humano a través de otra mujer.

Al nacer el menor, el padre adquiere mismos derechos y obligaciones respecto del menor conforme a las leyes establecidas para tal efecto.

Por otro lado, se puede establecer lo expuesto por la Presidenta de la Comisión de Salud y Asistencia Social, Maricela Contreras Julián, que tanto la madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de realizar la maternidad subrogada para que esta determine si están preparados psicológicamente para realizarlo.

Previa valoración, la dependencia expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, quien realizará un contrato en el que ambas partes, padres biológicos y mujer gestante, manifiesten su consentimiento para que esta última pueda gestar el embrión hasta el término del embarazo.¹⁷⁶

“XII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;”¹⁷⁷

¹⁷⁵“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

¹⁷⁶*Ibidem.* 15-dic-2012. 14:00 hrs.

¹⁷⁷*Ibidem.* 15-dic-2012. 14:00 hrs.

Refieren que los profesionales de la salud son todas aquellas personas que laboren en hospitales públicos o privados, o bien clínicas especializadas para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, y por ende, son los indicados para atender a los pacientes como los padres biológicos del menor, así como a la mujer gestante, a sabiendas de las sanciones administrativas como penales en las que pueden incurrir en la maternidad subrogada.

“**XIII.** Registro Civil: a la Dirección General del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Jueces del Registro Civil;”¹⁷⁸

Es aquella Institución Administrativa por medio de la cual se llevarán a cabo todos y cada uno de los registros de la aplicación de la maternidad subrogada en el Distrito Federal, y se encargará de llevar efectivamente el control de los mismos mediante las actas de nacimiento y registro interno del mismo.

Con la instrumentalización de las Actas respectivas a los menores nacidos bajo este método se llevarán a cabo todos y cada uno de sus derechos establecidos en las leyes tanto del Distrito Federal así como en la legislación Federal.

“**XIV.** Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal;”¹⁷⁹

Es la Secretaría de Salud del Distrito Federal así como de las instituciones que dependen de la misma, mediante la cual verificarán y realizarán todos

¹⁷⁸ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

¹⁷⁹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

los pasos de la maternidad subrogada y certificarán que las instituciones de salud privada cumplan con los lineamientos establecidos para el caso.

“**XV.** Transferencia de embrión: transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVTE aplicada en su variante homóloga, y”¹⁸⁰

El método referido para la maternidad subrogada será a través de la Fecundación In vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE), es la modalidad mediante la cual se realiza la maternidad subrogada, y con la cual se transfieren el embrión fertilizado en el laboratorio a la mujer que llevará a cabo el procedimiento de gestación.

Cabe resaltar que se utilizara la **variante Homóloga**, es decir, que sólo está permitida la concepción *in vitro* única y exclusivamente con el material genético de los padres biológicos (subrogados), no así material genético de donante, el cual no está permitido y es denominado Heteróloga, para dicha formación del embrión.

“**XVI.** Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno del Código Civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por Maternidad Subrogada y en los casos de fallecimiento de la madre biológica y el padre.”¹⁸¹

¹⁸⁰ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

¹⁸¹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal, señala en su artículo 449, lo que se entiende por Tutela, la cual se interpreta como aquella figura jurídica en la que se otorga la debida protección tanto de la persona como de los bienes de la misma bajo el cuidado de otra, que en este caso, son los padres subrogados quienes deben velar por los derechos y el patrimonio del menor concebido por medio de la maternidad subrogada.

Así el dicho artículo menciona:

“Artículo 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.”¹⁸²

“**Artículo 4º.** La práctica médica de Maternidad Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.”¹⁸³

Las clínicas especializadas en reproducción asistida ya sean tanto públicas como privadas deberán tener el visto bueno de la Secretaría de Salud del Distrito Federal para que den servicios de este tipo a todas las personas que así lo

¹⁸²“Código Civil para el Distrito Federal.” www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 15-dic-2012. 14:00 hrs.

¹⁸³“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.” <http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

deseen, con ello se trata de evitar que cualquier institución que no este certificada y sobre todo especializada en estos métodos perjudiquen a la gente en primer término con su salud y en segundo lugar incurran en fraudes de difícil reparación para las personas.

“Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo que establece el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, la Ley de Salud todos del Distrito Federal y demás ordenamientos legales.”¹⁸⁴

Como se menciona en la presente ley, la legislación aplicable de forma supletoria son el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles ambos del Distrito Federal, para cualquier controversia que se llegare a suscitar en la aplicación de la maternidad subrogada.

“TÍTULO SEGUNDO
DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN
EN LA MATERNIDAD SUBROGADA
CAPÍTULO ÚNICO
DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES
PARA LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 6. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y

¹⁸⁴*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante. Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la Maternidad Subrogada, debiendo existir constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la intimidad.

Artículo 7. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. Queda estrictamente prohibida la práctica de crioconservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo; así como la conservación de gametos humanos que tengan por objeto la disposición de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

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

Artículo 9. Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos, sin que exista un Instrumento para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho instrumento. Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezca esta Ley, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.”¹⁸⁵

De los artículos 6 a 9 del presente proyecto de Ley se deriva la obligación de los profesionales de la salud en cuanto a la implantación de la denominada mórula, la cual contiene los gametos de los padres biológicos y que deberán ser

¹⁸⁵ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

utilizados para que esta forme el embrión de un ser humano y concluya con el nacimiento de una persona bajo la modalidad de la maternidad subrogada.

El artículo 6, menciona de forma genérica del informe que el médico tratante que atiende este método de reproducción asistida otorgue a las personas que intervienen en el mismo tanto de las consecuencias médicas y jurídicas que ello pudiese ocasionar.

Tomando en consideración que, el médico es especialista en su ramo, es decir, en el campo de la medicina de la reproducción, puede dar a conocer ampliamente aquí las consecuencias médicas desde el origen hasta el fin del tratamiento, sin embargo a lo que se refiere en cuanto a informarlos de las consecuencias jurídicas, no es su obligación saber en su totalidad las mismas ya que no es su campo de estudio, por ello se debe allegar de expertos en la materia que lo asesoren en primer lugar a él para que posteriormente informe lo que puede suceder a los pacientes.

Tal es el caso de los derechos y responsabilidades que adquieren al someterse a dicho tratamiento, como las posibles sanciones en que pueden incurrir todos y cada uno de los integrantes de este conglomerado médico-paciente que intervengan directamente para la procreación de un ser humano; aunque de antemano lo deben saber, ya que, para que lleguen a esta instancia médica debieron haber firmado el Instrumento para la Maternidad Subrogada y mediante la cual se enteran de las consecuencias jurídicas en las que incurrirá cada uno de ellos.

Ahora bien el artículo 7, pone de manifiesto que los profesionales de la salud que intervienen en la maternidad subrogada, deben apegarse estrictamente a la secrecía profesional, es decir, no deben otorgar información personal, que afecte tanto a los padres subrogados así como a la mujer gestante a persona ajena a este tratamiento de fertilidad por ninguna circunstancia o de lo contrario

incurrirá en las sanciones establecidas por el Código Penal para el Distrito Federal.

Tales sanciones son las marcadas en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 213, que a la letra señala:

“Artículo 213. Al que sin consentimiento de quien tenga derecho a otorgarlo y en perjuicio de alguien, revele un secreto o comunicación reservada, que por cualquier forma haya conocido o se le haya confiado, o lo emplee en provecho propio o ajeno, se le impondrán prisión de seis meses a dos años y de veinticinco a cien días multa.

Si el agente conoció o recibió el secreto o comunicación reservada con motivo de su empleo, cargo, profesión, arte u oficio, o si el secreto fuere de carácter científico o tecnológico, la prisión se aumentará en una mitad y se le suspenderá de seis meses a tres años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio.

Cuando el agente sea servidor público, se le impondrá, además, destitución e inhabilitación de seis meses a tres años.”¹⁸⁶

Asimismo, la misma ley prohíbe la crioconservación de los gametos humanos que no sean con el fin reproductivo, así como la conservación de los mismos para obtener un lucro indebido o bien con fines de investigación que atenten contra la dignidad humana.

El mismo ordenamiento penal en cita, establece en su artículo 149 las sanciones en las que incurrirán las personas que utilicen dichos gametos con fines distintos a la de sus donantes.

¹⁸⁶“Código Penal para el Distrito Federal.” <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>
15-dic-2012.15:00 hrs.

Dicha medida es importante que se resalte en la presente Ley, ya que, debido a las múltiples investigaciones científicas con las cuales se atenta la dignidad de un ser humano, es preciso crear candados para que no se realicen experimentos con seres humanos que ocasionen un desequilibrio en la especie humana y por consecuencia causas graves a la salud de la misma.

Por otro lado tanto el artículo 8 y 9, son de vital importancia para que las parejas acudan a los médicos especializados en reproducción asistida y éstos puedan llevar a cabo la maternidad subrogada, ya que estos ordenamientos jurídicos establecen que el médico tratante deberá cerciorarse de que las personas que acuden a él, tiene en regla los documentos con todas las formalidades exigidas por esta ley y principalmente cerciorarse del estado físico en que se encuentran la madre subrogada, en lo que se refiere a la imposibilidad física de su organismo para concebir y llevar a cabo la gestación en su cuerpo, así como la mujer gestante de estar en buenas condiciones de salud para recibir, el embrión implantado en ella y quedar embarazada y llevar a buen término el nacimiento del menor.

Ahora bien, el médico tratante, antes de iniciar cualquier etapa acerca de la maternidad subrogada, debe cerciorarse de que los padres subrogados y la mujer gestante han firmado el instrumento para la maternidad subrogada otorgando cada uno de ellos su consentimiento para llevar a cabo tal método de reproducción, y conozcan las consecuencias que ello implica.

De lo contrario el médico no podrá iniciar con el tratamiento establecido por que de hacerlo incurriría en alguna responsabilidad que establece el proyecto de ley o el mismo Código Penal para el Distrito Federal.

Es menester que el médico se cerciore antes que nada que los padres subrogados y la mujer gestante cumplan con el requisito de traer consigo el Instrumento para la maternidad subrogada el cual da certeza jurídica al acto que se va a llevar a cabo.

“Artículo 10. El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar, que: I. La madre biológica posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; II. La madre biológica y el padre se encuentra plenamente convencido para aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente, para la implantación, y; III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.”¹⁸⁷

Dicho artículo establece los requisitos para que se implante la mórula humana en el cuerpo de la mujer gestante por parte del médico tratante.

Antes que nada, el médico se debe cerciorar de la imposibilidad física para concebir así como de la imposibilidad de gestar por parte de una mujer para procrear, tal circunstancia la debe constatar con rigurosos exámenes médicos y estudios clínicos para que quede de manifiesto tal situación.

Seguido de lo anterior, debe quedar plenamente establecido el convencimiento por parte del padre subrogado para que otorgue su material genético y se pueda así realizar la fertilización *in vitro* y que junto con el óvulo de su cónyuge o concubina formar la mórula o mórulas que se deberán implantar en la mujer designada para tal efecto, sin embargo, no basta que el padre subrogado se encuentre plenamente convencido ya que debe plasmar su consentimiento en el Instrumento multicitado para que genere las consecuencias jurídicas pertinentes a este caso.

¹⁸⁷“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

Parte importante, también es la mujer gestante, que es la que llevara en su vientre la mórula implantada en la misma para que se desarrolle el feto y por consecuencia el nacimiento del menor.

Para tal situación, se exige que la mujer gestante goce de buena salud.

Sin embargo, es de hacer notar que en esta fracción sólo se menciona que goce de buena salud, entiéndase por lo anterior que la mujer gestante deberá gozar de plena salud física para poder llevar un sano desarrollo del menor en su vientre y sobre todo de un buen estado de salud mental, para que acepte en primer lugar el cargo como mujer gestante, seguido de una plena responsabilidad para mantener en buen estado su cuerpo y bienestar del menor que se desarrolla en su vientre, para que posteriormente y después de una situación seguramente difícil, se desprenda del menor nacido y se entregue a los padres biológicos sin ningún gaje de pena o cargo de conciencia por ello.

“Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada. A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación. Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en

más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.”¹⁸⁸

El artículo 11 establece los requisitos que deberán cubrir respecto a su salud las partes de la maternidad subrogada y en específico los requisitos médicos que deberá cubrir la mujer gestante, quien deberá ser una mujer que goce de buena salud y cuya condición sea benéfica para el sano desarrollo del feto, por lo que se hace mención a que dicha mujer gestante no deberá padecer alguna enfermedad farmacodependiente que pudiese afectar al feto en su desarrollo, por lo que a su vez, los estudios médicos deben ser rigurosos en ese sentido y de detectar cualquier padecimiento se debe descartar sin más a esa persona como candidata a madre gestante.

Para tal caso, el DIF a través de su personal como lo son las trabajadoras sociales deberán realizar una visita domiciliaria a dicha mujer y verificar si existen las condiciones adecuadas en cuanto a su desarrollo de vida y poder así otorgar la certeza de llevar a cabo el embarazo y sano desarrollo del menor gestado por medio de ella.

Ahora bien, en la parte final del presente artículo, se hace mención a que, la mujer gestante debe mencionar bajo protesta de decir verdad, que no ha estado embarazada en el último año antes de la implantación de la mórula.

Así como, de que no ha participado en más de dos ocasiones en su implantación, es decir, que no ha excedido el límite establecido por la presente ley en cuanto a la participación de la maternidad subrogada de ser mujer gestante en otras ocasiones y con ello manifestar que su intervención se hace de forma libre, sin que medie coerción alguna, y sobre todo, que lo hace a título gratuito, es decir,

¹⁸⁸*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

sin fines de lucro, ya que este lineamiento es una de las bases fundamentalmente para que se lleve a cabo la maternidad subrogada y evitar con ello la comercialización del útero de las mujeres o bien establecer un comercio de arrendamiento de útero con costos excesivos para las personas que sufren de infertilidad.

“Artículo 12. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.”¹⁸⁹

Como bien, se ha mencionado en fracciones anteriores de la presente ley, la mujer gestante gozará de las prerrogativas establecidas en las leyes a favor de las mujeres embarazadas hasta el nacimiento, conforme a los artículos 132 fracción XXVII, 165 y 170 de la Ley Federal del Trabajo, en cuanto a los derechos laborales se refiere para las mujeres en estado de gravidez.

Tal circunstancia es de vital importancia para dicha mujer, ya que, derivado del embarazo inducido, no puede ser afectada en su patrimonio, entendiéndose esto en su situación económica derivado de las consecuencias propias que se generan en un embarazo y es justo no solamente otorgarle todos y cada uno de los derechos en su favor hasta que el embarazo concluya sino que se debe prolongar posteriormente hasta su pronta recuperación tanto física como mental.

¹⁸⁹*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

“Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante, no será objeto de discriminación por su condición, ni habrá distinción alguna por parte de las instituciones de salud, el médico tratante o el personal de salud.”¹⁹⁰

De lo analizado en los artículos anteriores, se debe hacer mención el principio de no discriminación, como bien lo señala la presente ley, ya que, si bien es cierto, la mujer gestante lleva en su vientre a un ser humano que sabe de antemano no lleva sus genes y que solamente lo está gestando para que se desarrolle en perfectas condiciones, no se debe hacer distinción alguna en los diferentes centros de atención médica tanto por su personal como de ninguna otra persona por el simple hecho de estar embarazada y máxime que funge como madre gestante, ya que ello no implica que se le resten las garantías individuales y derechos establecidos en las leyes tanto del Distrito Federal así como de las entidades que conforman la República Mexicana.

Se debe atender en circunstancias normales o dependiendo como lo amerite el caso del embarazo que lleve la mujer gestante y de las cuales se tendrán los cuidados médicos respectivos para cada caso en concreto.

“TÍTULO TERCERO

DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

¹⁹⁰*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

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

“**Artículo 14.** En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre biológica, el padre y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley: **I.** Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente; **II.** Poseer capacidad de goce y ejercicio; **III.** La madre biológica acredite, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; **IV.** La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo; **V.** La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y **VI.** De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga. Para los efectos de la fracción III del presente artículo, la Secretaría de Salud expedirá el certificado médico que acredite los supuestos correspondientes; en el caso de la fracción V corresponderá al médico tratante la expedición del documento respectivo.”¹⁹¹

En la fracción I del presente artículo se pone de manifiesto quienes son las personas que podrán participar en la maternidad subrogada, ya que la limitante

¹⁹¹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

exige que sean habitantes del Distrito Federal y la cual se debe comprobar con una constancia de residencia expedida por autoridad competente para ello.

Con lo anterior, se limita a que sólo los habitantes del Distrito Federal tienen la posibilidad de realizar dicho método de reproducción, no así, los habitantes de las demás Entidades Federativas, por lo que, si una persona que no resida en el Distrito Federal quiere acudir a la maternidad subrogada como una solución a su padecimiento de fertilidad, deberá cumplir con el requisito de residencia al que se refiere el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra establece:

“Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.”¹⁹²

En la fracción II de este artículo, se menciona que tanto los padres subrogados como la mujer gestante deberán poseer capacidad de goce y ejercicio, esto con el fin de establecer la certidumbre de toma de decisiones en todo lo relevante a la maternidad subrogada y con ello el mejor y sano desarrollo en principio del feto y posteriormente del menor a lo largo de su vida.

Como se ha expuesto, la capacidad de goce es la aptitud que se tiene de gozar de derechos y obligaciones, esta se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte de la persona, conforme al artículo 22 del Código Civil en cita.

Asimismo, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona de ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, se adquiere con la mayoría

¹⁹²“Código Civil para el Distrito Federal.” www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 15-dic-2012.
14:00 hrs.

de edad, en la cual las decisiones son enteramente al libre albedrío de la persona, de acuerdo al artículo 24 del Código mencionado y el artículo 34 fracción primera de nuestra Carta Magna.

La fracción III del artículo 14 del proyecto de ley de Maternidad Subrogada, exige otro requisito por parte de la madre subrogada, el cual es **el certificado médico** que expida el médico tratante en donde se determine las diferentes contraindicaciones que tiene la dicha mujer para poder embarazarse. Este certificado debe contener la valoración médica exhaustiva para cerciorarse de dicho impedimento, razón por la cual se opta por la maternidad subrogada.

Tal circunstancia es la principal causa por la que se origina la maternidad subrogada, ya que si una mujer no puede concebir de forma natural, tiene la opción junto con su cónyuge o concubino de acudir a este método de reproducción asistida y procrear su descendencia.

Tema aparte es la figura de la Adopción a la que pudieran acudir la pareja infértil, sin embargo, con este método se tiene la posibilidad de que el hijo que nazca posteriormente tenga sus caracteres biológicos.

Las fracciones IV y V ponen de manifiesto la aceptación de la mujer gestante que se traduce en el consentimiento otorgado por ella para que funja como intermediaria en el embarazo que beneficiará a otra pareja.

Como se ha mencionado en artículos anteriores, la mujer gestante deberá aceptar la implantación de la mórula y concluir con el embarazo con el nacimiento del menor de una forma gratuita, haciéndose responsable una vez que se haya implantado en ella la mórula de llevar acabo todas las indicaciones médicas para que el embarazo no tenga complicación alguna y el producto no tenga alteraciones a causa de los cuidados que le de la mujer gestante.

Por otro lado, cabe destacar el beneficio que le otorga la legislación capitalina en cuanto a la interrupción del embarazo siempre y cuando se decida

hacerlo antes de las doce semanas de gestación, derivado de alteraciones genéticas en el embrión, complicaciones en la formación del feto o bien en el estado de salud de la mujer gestante.

También se le otorgan todos y cada uno de los derechos a las mujeres en estado de ingravidez sin discriminación alguna en su persona por ser portadora de un menor que no es el suyo.

Por ello la mujer gestante debe gozar de buen estado de salud, tanto física como mental para que se le permita ser quien lleve el proceso de gestación en la maternidad subrogada, así como cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 11 de la presente ley.

En la fracción VI, se establece el deber de dar aviso a la pareja de la mujer gestante ya sea su cónyuge o concubino de su intención de participar en el método de maternidad subrogada y el cual la ley establece que éste debe expresar su consentimiento.

“Artículo 15. La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, quien deberá determinar si están preparados psicológicamente para realizar un procedimiento de esta naturaleza. Previa valoración que realice la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la Maternidad Subrogada.”¹⁹³

¹⁹³“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

Es menester señalar que para la realización de la maternidad subrogada no basta con la realización de un instrumento jurídico que les permita llevarlo a cabo, sino que, para ello se requiere antes que nada, el consentimiento mutuo de los cónyuges o concubinos y para esto se necesita a su vez el que estén preparados psicológicamente para afrontar esta nueva realidad en la sociedad y como bien se dice procrear un hijo a la carta.

Por ello se requiere que sea la Secretaría de Salud del Distrito Federal quien expida un certificado mediante el cual exprese que los futuros padres son viables para darle un sano desarrollo personal y físico al menor a procrear, aunque la misma ley no determina quienes serán los especialistas que deberán emitir su opinión para dicha circunstancia por lo tanto se puede interpretar que el certificado lo extenderá el conjunto de expertos médicos y psicólogos que darán fe de su aceptación por parte de los padres para materializar este método de reproducción asistida

“Artículo 16. La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.”¹⁹⁴

La ley exige a la mujer gestante, que tenga algún parentesco con los padres subrogados, es decir que formen parte de su familia o bien de su círculo de amistades más cercano para llevar a cabo este método, sin embargo a su vez lo deja muy general ya que, si bien los padres no pueden tener a su lado a sus familiares que los pudiesen ayudar en esta etapa,

¹⁹⁴*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

puede ser cualquier persona (obviamente una mujer) la que los asista y geste al menor concebido por medio de la fertilización *in vitro*.

Lo anterior es de vital importancia que se de, ya que con ello evitarían un abuso económico por parte de una mujer que quiera aprovecharse de la situación y lucrar con su cuerpo no importando si el menor nace o no viable y evitar así las agencias de renta de útero tan conocidas en otros países de América y de Europa.

“Artículo 17. La Secretaría de Salud llevará un padrón de mujeres y de parejas que quieran someterse a la práctica médica de la Maternidad Subrogada, debiendo guardar la confidencialidad en la identidad de las partes que el procedimiento lo permita”.¹⁹⁵

Cuestión aparte es la realizada por la Secretaría de Salud del Distrito Federal el cual llevará un registro de todas y cada uno de los casos que se estén suscitando por este medio.

Lo cual no quiere decir que por no haber una legislación expresa en la materia no se lleven a cabo dichos procedimientos de reproducción, ya que el Instituto Nacional de Perinatología ha mencionado tener conocimiento de varios casos de maternidad subrogada en el Distrito Federal, no obstante, no se sabe los derechos y obligaciones que se generen tanto para los padres subrogados como para la mujer gestante y el menor y al no haber una legislación precisa y vigente se pueden dar casos de abusos de toda índole.

¹⁹⁵ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

“CAPÍTULO SEGUNDO

DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal. El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.”¹⁹⁶

Como se ha analizado en capítulos anteriores, el Instrumento para la Maternidad Subrogada, a *grosso modo*, es un mero contrato, del cual muchos expertos lo han debatido ya que como se ha mencionado el ser humano no es un objeto y por lo cual queda fuera de toda relación contractual, sin embargo los legisladores han tenido a bien denominarlo Instrumento.

Dicho instrumento será realizado por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal, única y exclusivamente por los interesados no habiendo forma de representación por parte de ellos, con esto quiere decir que se forma un acto personalísimo para otorgar el consentimiento previo a la maternidad subrogada.

¹⁹⁶*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Sin duda la realización de la maternidad subrogada es un acto jurídico que le corresponde exclusivamente a la pareja que desee procrear un niño y no puede ser sometida a la voluntad de un mandatario por más representatividad que le otorgue la ley en cuanto a los alcances del mismo, ya que la voluntad de las partes debe ser directamente plasmada tanto de los padres subrogados como de la madre gestante, ya que no se va a realizar un traslado de dominio o cualquier otro acto jurídico material, sino que, involucra la integridad y sobre todo la creación de la vida de un ser humano.

Y finalmente el consentimiento de las partes es libre y tomarán las decisiones correctas en la formulación del Instrumento para la maternidad subrogada cosa que un apoderado legal o mandatario no puede llegar a tomar por no sentir el acto a realizar.

Quedando así para el estudio posterior si es viable el Instrumento para la maternidad subrogada ya que como se observa es un mero contrato, del cual se originarán cláusulas de las cuales el menor será objeto.

“Artículo 19. La madre biológica, el padre y la mujer gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos establecidos en la presente Ley.”¹⁹⁷

La documentación requerida para tal efecto como se ha mencionado en los artículos precedentes, es aquella en la que hace constar la residencia de los padres subrogados y la mujer gestante dentro del Distrito Federal, el certificado del médico que asista a la mujer que se encuentra imposibilitada para concebir, el certificado otorgado por la Secretaría de Salud del Distrito

¹⁹⁷ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Federal el cual indique que los padres se encuentran en las condiciones mentales adecuadas para procrear a un hijo mediante el referido método de reproducción asistida, y en general aquellos documentos de identificación y datos generales de las personas que suscriban dicho contrato ante la fe de un Notario Público del Distrito Federal.

“CAPÍTULO TERCERO

DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 20. Previa verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la Maternidad Subrogada, el Notario Público, fijará fecha y hora para que otorguen su consentimiento mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada. En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente: **I.** Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor; **II.** La obligación de la madre biológica y el padre de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento; **III.** La manifestación de la mujer gestante de que sus óvulos no fueron utilizados para la fertilización y que no es la madre biológica del menor que nazca dentro de las 40 semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación; **IV.** La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, al menor después del nacimiento; **V.** La obligación de la mujer gestante de entregar, a la madre biológica y al padre, a o los menores después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, y **VI.** El conocimiento de las partes sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente. Respecto a las hipótesis contenidas en la fracción VI del presente artículo, deberá existir certificado del médico tratante para que se inicie el procedimiento al que se refiere la normatividad aplicable. Por lo que hace al supuesto de

la fracción II del Código Penal, la decisión será exclusiva de la mujer gestante, informando previamente a la madre biológica y el padre, mientras que para el caso de la fracción III de ese mismo precepto la decisión estará a cargo de la madre biológica debiendo constar, además, por escrito. Sin menoscabo de lo señalado en las fracciones anteriores, el consentimiento expresado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante; además de una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la madre biológica y el padre. Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil. Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 24 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de dos procedimientos de Maternidad Subrogada.”¹⁹⁸

Los documentos referidos en el presente artículo son los mencionados con anterioridad en la presente ley, y mismos que consisten en: la certificación que realice el médico a la mujer que padece de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación, el consentimiento del cónyuge para llevar a cabo la maternidad subrogada y la certificación de las condiciones físicas y que le serán realizadas a la mujer que fungirá como gestante en este método de reproducción asistida.

Asimismo, la valoración visual y estudios socioeconómicos que realicen personal del DIF-DF a la mujer gestante para garantizar el adecuado desarrollo del menor durante la gestación por a través de la mujer gestante.

¹⁹⁸*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Por otro lado, se debe cerciorar específicamente de la exhibición de los documentos referidos en la presente ley, los cuales consisten en la comprobación de residencia en el Distrito Federal de los padres subrogados así como de la mujer gestante, así como los certificados médicos anteriormente mencionados.

Sin embargo, puede haber aquí una disyuntiva en cuanto al domicilio de la mujer gestante, ya que si bien es cierto, la ley exige como requisito que los padres subrogados tengan su domicilio en el Distrito Federal, se debe cumplir por orden de la misma legislación.

A pesar de que la misma ley exige también que la mujer gestante cuente con domicilio en el Distrito Federal, es pertinente que haya una flexibilidad al menos con ella, ya que si dicha mujer gestante acepta el cargo para la maternidad subrogada puede o no habitar en esta demarcación territorial, independientemente de si se pacta con los padres subrogados un alojamiento en el Distrito Federal durante el proceso de gestación y alumbramiento hasta el nacimiento del menor.

Lo anterior es relacionado con la posible afinidad o grado de confianza que se llegue a tener con la mujer gestante, si es que ella acepta esa tarea encomiable pero no cuenta con un domicilio en la capital de la República, ya que independientemente del domicilio de los padres subrogados la madre gestante puede tener un domicilio fuera del Distrito Federal pero puede establecerse el tiempo que dura el embarazo aquí mismo.

Asimismo, en el presente artículo, señala que se pueden establecer todas aquellas cláusulas mediante las cuales se asegure la integridad, bienestar e interés superior del menor, las cuales son plasmadas por las partes en el Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Dichas cláusulas son establecidas libremente por las partes y pueden consistir en múltiples beneficios, servicios, etc., que las partes quieran, entendiéndose que los padres subrogados le deberán otorgar a la mujer gestante

con el objetivo primordial de que el menor que se gesta en su vientre nazca de forma viable y en buen estado físico, siempre y cuando no se convierta precisamente en el lucro de aquella mujer que se presta para tal situación.

Las cláusulas o bien lo pactado en el Instrumento para la maternidad subrogada concluyen con el nacimiento del niño, aunque bien se pueden establecer cláusulas en las cuales los padres subrogados se hacen cargo de velar por la salud de la mujer gestante una vez que haya concluido su labor, así como de hacerse responsable de algún perjuicio derivado de la maternidad subrogada que haya sufrido la mujer gestante. Sin embargo esto queda al libre albedrío de la partes.

En otro orden de ideas, si bien es cierto que para la celebración de la maternidad subrogada no se puede realizar un contrato o convenio debido a que el ser humano y nuestro cuerpo no son susceptibles de comercio, quedará en el debate, si el Instrumento para la maternidad subrogada por el solo hecho de decirse “Instrumento” no es un contrato mediante el cual se plasma el acuerdo de voluntades con las que se crean, transfieren, modifican y extinguen derechos y obligaciones.

“Artículo 21. El Notario Público vigilará que el Instrumento para la Maternidad Subrogada, no contenga disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a los infantes y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del menor. El Instrumento para la Maternidad Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas: **I.** Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante; **II.** Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que implica la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y

III. El derecho del menor a la protección del Estado, incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil.¹⁹⁹

Es el fedatario público quien se encargará de velar por el interés superior del menor previamente ya que, es él quien se encargará de que no se cometan violaciones a los derechos humanos y constitucionales del menor a procrear, protegiendo en todo momento lo otorgado por nuestra Constitución Política así como todas y cada una de las normas vigentes en la República Mexicana, no importando que se lleve a cabo este método en el Distrito Federal.

Como bien se hace mención, las limitantes que debe tener tanto el Instrumento para la maternidad subrogada, así como los profesionales de la salud que se dedican a atender a mujeres en este tipo de métodos no sólo el de la maternidad subrogada, es el de una buena atención médica, sin discriminación, sin negligencia medica, atendiendo los principios de Derecho Internacional y uno de ellos la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, así como los Tratados Internacionales que ha suscrito México para otorgar la debida protección jurídica de los menores y de las mujeres.

Asimismo, conservar los derechos humanos del menor una vez que éste haya nacido conforme lo dispuesto por la legislación del Distrito Federal en la que se protege al menor y los derechos de las mujeres, de lo contrario es el Derecho Internacional a través de las instancias correspondientes las que otorgarán la debida protección a ambos y aplicar las sanciones correspondientes a quienes violenten su esfera jurídica de las personas.

¹⁹⁹ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

“**Artículo 22.** El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre. **Artículo 23.** En caso de separación de la madre biológica y el padre, o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, el Juez de lo Familiar resolverá la situación de este, en términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil.”²⁰⁰

Es menester señalar que, tanto el artículo 22 y 23 de la presente Ley, eximen a la mujer gestante de toda responsabilidad con el menor que ella dio a luz, ya que solo fungió como una mera incubadora y por lo cual todos y cada uno de los derechos de filiación, alimentos, guarda y custodia, y en general todos los relacionados con los menores de edad, les serán sujetos a los padres subrogados o biológicos ellos son los realmente encargados de velar por el interés superior de menor.

“**Artículo 24.** El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que genere una base de datos sobre la práctica médica de la Maternidad Subrogada.”²⁰¹

²⁰⁰ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

²⁰¹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Parte fundamental de lo mencionado en el presente artículo, es la obligación de dar el aviso respectivo de la suscripción del Instrumento para la maternidad subrogada, así como la realización de la misma a la Secretaría de Salud del Distrito Federal como al Registro Civil del Distrito Federal, para que, derivado de la realización de dicho instrumento, surta efectos ante terceros y se generen los derechos de filiación correspondientes de los padres subrogados y el menor concebido.

Dicho aviso es concerniente al Notario Público quien dio Fe del instrumento anteriormente señalado, y mediante el aviso que se les de a las instituciones correspondientes se originarán los derechos de filiación de los padres subrogados para con el menor no nacido.

Es preciso mencionar que esta disposición normativa protege tanto a la mujer gestante como al menor por nacer, ya que por un lado la mujer gestante sólo debe cumplir con el objetivo que es gestar y dar a luz al menor sin ninguna obligación concerniente al niño o niña y por otro lado los padres biológicos se obligan en todo momento desde la implantación en la mujer gestante a velar por la integridad del menor, cubrir con todos y cada uno de los gastos médicos para que tenga un desarrollo satisfactorio.

Y una vez nacido el menor hacerse cargo de él como lo marcan las leyes vinculadas a la protección jurídica de los menores nacidos en el Distrito Federal o de lo contrario incurrirán en las sanciones penales destinadas por algún tipo de incumplimiento del Instrumento de maternidad subrogada o bien directamente con el abandono del menor.

“Artículo 25. Cualquier conflicto derivado de la aplicación del Instrumento para la Maternidad Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.”²⁰²

Derivado de los conflictos que se pudieran suscitar, la instancia correspondiente es el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal así como las demás Instituciones encargadas de velar por los derechos de los menores de edad en el Distrito Federal.

“TÍTULO CUARTO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 26. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante en términos de la Ley de Salud para el Distrito Federal. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la madre biológica del nacido.”²⁰³

²⁰² *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

²⁰³ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

Dicho artículo menciona que se expedirá el certificado de nacimiento el cual constata que se dio a luz a un menor mediante la técnica de reproducción asistida como lo es la maternidad subrogada, dando cuenta del hecho y atribuyendo la maternidad a la madre biológica o mujer subrogada, la cual junto con su cónyuge recibirán al menor con todos los derechos y obligaciones que las leyes del Distrito Federal y de la Federación les atañe en cuanto a la protección del mismo.

Asimismo, ningún ser humano nacido mediante esta técnica de reproducción será distinguido por esta circunstancia en sus actas de nacimiento, asegurándole la posibilidad de que en caso de algún conflicto posterior se tendrá la certeza de su identidad, garantizándola y protegiéndola.

Por otro lado, el certificado de nacimiento servirá para que el niño o la niña sea registrado en el Registro Civil del Distrito Federal proporcionado los datos exigidos tanto por el Código Civil y su Reglamento ambos del Distrito Federal para expedir el acta de nacimiento del menor.

“Artículo 27. Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el Ministerio Público que den cuenta de una Maternidad Subrogada.”²⁰⁴

Tal artículo hace mención de la posibilidad de no contar con el certificado de nacimiento o bien con la constancia de parto ya sea por el médico tratante o bien por la persona que atienda el parto, conforme a lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 54 *in fine*, que menciona:

²⁰⁴ *Ibidem*. 15-dic-2012. 14:00 hrs.

“Artículo 54... Cuando por causas de fuerza mayor, de conformidad con lo que establezca el reglamento, no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, deberá presentar denuncia de hechos ante el Ministerio Público donde se haga constar las circunstancias de los hechos.”²⁰⁵

Es decir, si no se cuenta con los documentos que verifiquen el alumbramiento del menor, que fue a través de la maternidad subrogada, se tiene a posibilidad de acudir ante un Agente del Ministerio Público, el cual dará Fe del alumbramiento bajo dicha modalidad y causará todos los efectos legales a que tenga lugar.

“TÍTULO QUINTO

DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES PARA EL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

“**Artículo 28.** Es nulo el consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias: **I.** Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; **II.** No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley; **III.** Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.”²⁰⁶

²⁰⁵“Código Civil para el Distrito Federal.” www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html 15-dic-2012. 14:00 hrs.

²⁰⁶“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.” <http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

Como bien se ha mencionado en artículos anteriores, el denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada no es considerado un contrato como tal y sin embargo sigue las reglas de los mismos.

Dicha ley manifiesta que tal instrumento jurídico puede verse afectado de nulidad si se materializan las hipótesis señaladas en las fracciones del presente artículo, las cuales consisten en vicios del consentimiento, tales como vicios en el mismo, es decir, que pueda existir, coerción por parte de uno de los cónyuges o concubinos, o bien hacia la mujer gestante.

Al respecto, se manifiesta también que dicho acto puede ser nulificado por un error de identidad de las personas, también existe el supuesto de que haya vicios en la voluntad como lo es la violencia tanto física como moral, error dolo o mala fe y desde luego también se puede anular por carecer de elementos de validez en el documento.

Asimismo, el error que pudiese existir en la identidad de las personas que participan en la maternidad subrogada; el incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

Otra causa por la cual el Instrumento de la maternidad subrogada puede afectarse de nulidad es que se establezcan cláusulas que violenten la esfera jurídica del menor no nacido y que puedan tener repercusiones una vez que nazca y por lo cual exista una denigración hacia él; así como las disposiciones que vayan contra la moral, las buenas costumbres o bien contrarias al derecho.

“Artículo 29. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del Instrumento para la Maternidad Subrogada.”²⁰⁷

En otro orden de ideas, si bien es cierto el Instrumento referido puede quedar afectado de nulidad ya sea relativa o en su caso absoluta, la ley no elimina la posibilidad de que las personas que atenten o perjudiquen a las partes que intervienen en la maternidad subrogada o más aun contra la integridad del embrión, el feto, o el menor nacido, reciban las sanciones correspondientes a cada caso, ya que dicha nulidad no exime a las partes de las responsabilidades que cada uno de ellos hacerse merecedor por tipificar algún delito o falta administrativa en su caso.

Es decir, se debe seguir el principio que marca lo siguiente: la ignorancia de las leyes no exime de su responsabilidad.

“Artículo 30. La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre biológica y del padre, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, siendo indispensable la certificación médica expedida por la Secretaría de Salud.”²⁰⁸

Independientemente de las sanciones penales en que las partes pudieran incurrir, existe la posibilidad específicamente de que la mujer gestante demande

²⁰⁷ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

²⁰⁸ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

por la vía civil, el pago de gastos médicos anteriores y posteriores al parto del menor concebido bajo la maternidad subrogada, y no sólo de las enfermedades que se puedan derivar sino también de los padecimientos que el embarazo pudo generarle en su estado físico o mental.

Es una medida pertinente el que se le de una protección jurídica a la mujer gestante, toda vez que es ella quien llevará el proceso de embarazo y alumbramiento del menor, y con la cual concluye la relación entre los padres subrogados, sin embargo, posterior al parto pueden suscitarse múltiples complicaciones médicas derivadas del mismo que la mujer gestante no tiene la obligación de cubrir económicamente, ya que son en estricto sentido responsabilidad de los padres subrogados quienes contrataron a dicha mujer para engendrar a su hijo.

“Artículo 31. El Instrumento para la Maternidad Subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de la madre biológica y el padre, por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.”

Como bien se ha mencionado, el instrumento de maternidad subrogada puede quedar afectado de nulidad o quedar sin validez si se presentan las hipótesis marcadas en los artículos precedentes, así como hacerse acreedor de las responsabilidades concretas al caso, pudiendo demandar por la vía civil por los daños y perjuicios sufridos por una de las partes.

DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

“**Artículo 32.** El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser revocado por la madre biológica, el padre y la mujer gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho de pago de daños y perjuicios.

Artículo 33. En caso de que la madre biológica, el padre o la mujer gestante incumplan con el Instrumento para la Maternidad Subrogada, tendrán derecho a reclamar el pago de daños y perjuicios.”²⁰⁹

Los artículos antes mencionados dan a las personas que participan en la maternidad subrogada la posibilidad de retractarse si es que han suscrito el instrumento para la maternidad subrogada, interrumpiendo así dicho método.

Sin embargo, es de hacer mención que una vez que la gestación se encuentre en una etapa riesgosa o que haya sobrepasado de las 12 semanas que se contemplan para interrumpir el embarazo, ya no hay marcha atrás y de lo contrario si es el caso de la mujer gestante, incurrirá en una sanción penal por deshacerse del menor sin el consentimiento de los padres subrogados, independientemente de las sanciones por los delitos cometidos.

“CAPÍTULO TERCERO

²⁰⁹ *Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN AL INSTRUMENTO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 34. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.”²¹⁰

Derivado del presente artículo, se establecen las sanciones a las que incurrirá el profesional de la salud que realice investigaciones distintas a la reproducción, así como a la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer sin el consentimiento expreso de la misma o de las personas que donaron dichos gametos.

Si bien, en dicho artículo se menciona que es médico tratante quien implante sin consentimiento mórulas a una mujer, debe entenderse que es dirigido a toda aquella persona que manipule genéticamente los gametos con fines distintos a la reproducción o bien a la creación de seres humanos sin el consentimiento de quien pueda intervenir en ello.

Y es el artículo 149 del código penal el cual establece que:

“Artículo 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.”

Así como el artículo 154 del mismo ordenamiento legal dispone que:

²¹⁰*Ibidem*.15-dic-2012.14:00 hrs.

“Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.”²¹¹

Dichas disposiciones normativas van dirigidas a la protección de los gametos donados por las personas sin que manifiesten su consentimiento de utilizarlos en algún tipo de técnica de reproducción asistida y a la integridad de la mujer en quien pudiera ser implantado unos de los embriones fertilizados de forma ilícita y crear un ser humano no deseado por alguna pareja, sino es producto de la investigación científica.

“**Artículo 35.** La mujer gestante que pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de la madre biológica, el padre, el o los menores o que no cumpla con lo manifestado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada le serán aplicables las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia

²¹¹“Código Penal para el Distrito Federal.” <http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>
15-dic-2012.15:00 hrs.

Imagen en el Distrito Federal, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.”²¹²

Por todo lo expuesto en el proyecto de ley, es bien sabido que sólo las personas que intervienen en dicho método de reproducción asistida, deben mantener la discreción de la misma para evitar así algún tipo de discriminación o afectación en su persona que sea grave para ellos.

En este caso, el presente artículo menciona que la mujer gestante que divulgue de forma dolosa su participación en la maternidad subrogada con el fin de allegarse de algún beneficio económico, será sancionada con las disposiciones relativas a la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, independientemente de las sanciones penales que se pudieran tipificar por este hecho como el delito de amenazas a cambio de una remuneración económica.

Sin embargo, no se establece la posibilidad de que a su vez, la mujer gestante pudiera ser afectada en su persona, sufriendo algún tipo de ultraje, o denigración por parte de los padres subrogados y que de igual forma deben ser sancionados por las mencionadas disposiciones normativas.

“ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor el 1° de enero de 2011.

SEGUNDO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizará antes del 1° de diciembre del 2010 las modificaciones y reformas necesarias a la legislación local respectiva para su armonización y funcionamiento jurídico adecuado. **TERCERO.-** El Jefe de Gobierno del Distrito Federal deberá

²¹²“Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf> 15-dic-2012 14:00 hrs.

realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para aplicar las disposiciones de la presente Ley, una vez que entre en vigor. **CUARTO.-** La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para el ejercicio fiscal 2011 y los subsecuentes, aprobará los recursos necesarios para la aplicación de las disposiciones de la presente Ley. **QUINTO.-** Publíquese el presente Decreto en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

**Dado en el Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal,
a los 22 días del mes de abril de 2010.”²¹³**

Finalmente, se establece una serie de artículos transitorios con el fin de otorgarle al presente Proyecto de Ley la publicidad requerida para el conocimiento, difusión y cumplimiento en todos y cada uno de sus artículos de los cuales se integra la presente ley por parte de los habitantes del Distrito Federal, así como de las Autoridades que deberán participar en el método de reproducción asistida como lo es la Maternidad Subrogada.

Se debe hacer un llamado a los señores legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, tengan en sus puntos de acuerdo de forma URGENTE se dictaminen dichas observaciones y así dar celeridad al tema ya que es la salud y vida de las personas la que corre un grave peligro por no tener dicha norma vigente, no con ello quiere decir que se eviten trasgresiones tanto físicas, jurídicas o morales a las personas pero sí el tener un norma concreta otorgará un lineamiento con el cual se puede actuar de forma una forma veraz y acudir a las instancias correspondientes en caso de solicitar alguna sanción para las personas que intervienen en ello.

²¹³*Ibidem.* 15-dic-2012. 14:00 hrs.

6.2. Causas Sociales, Jurídicas y Políticas que dieron pie a la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

Las diversas causas que originaron la creación de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, se integran en lo social, jurídico y político en beneficio de la sociedad y en específico de las parejas que padecen problemas de infertilidad que les impida procrear por los medios naturales a sus descendientes para que de este modo se constituya el núcleo de la sociedad como lo es la familia.

La relación de las diferentes causas por las cuales se dio origen al proyecto de Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal, se revelan en la exposición de motivos de la misma y de la cual se derivan distintos aspectos, tales como los que se marcan a continuación:

“Las parejas heterosexuales habían recurrido en la antigüedad a las creencias, mitos y ritos para concebir un hijo propio, incluso exponiendo a la mujer a riesgos físicos y sanitarios; en los últimos treinta años, se han implementado técnicas de reproducción asistida en instituciones de salud públicas y privadas de nuestro país, sin contar con una regulación precisa y adecuada que permita que haya certeza en los alcances reproductivos y los límites que dicha actividad conlleva en la práctica médica.

En el siglo pasado y durante el presente, los avances de la biología de la reproducción humana han dado pasos agigantados para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad, haciendo posible que miles de personas hayan podido procrear y tener acceso a la paternidad y maternidad que, para algunas personas, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida.

La infertilidad es un padecimiento asintomático, diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año. La

Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como una enfermedad con derecho a ser tratada, y sostiene que en más del 90% de los casos que se presentan existe solución a través de tratamientos médicos.

La esterilidad es la incapacidad de tener hijos por anomalía física, que puede ser un bloqueo en las Trompas de Falopio en la mujer o una disminución de la espermatogénesis en el hombre.

El gameto se refiere a una célula germinal madura, femenina o masculina, es decir, óvulo o espermatozoide funcional, capaz de intervenir en la fertilización o la conjugación.

A este proceso también nos podemos referir como meiosis y con esta la gametogénesis, que es el proceso de la fecundación; por lo tanto, se puede decir que la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis es la puntualidad del término esterilidad.”²¹⁴

En dicha exposición de motivos continua señalando lo siguiente: “Según cifras que aporta el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México existen un millón y medio de parejas que padecen infertilidad o esterilidad, de ahí la importancia para que sea regulado este problema de salud pública.

La reproducción humana asistida, ha sido materia de regulación en otros países como Inglaterra, Francia, Italia, Costa Rica y España, entre otros; en estas legislaciones se pretende garantizar el derecho de las personas de procrear y regular prácticas que al igual que en nuestro país se llevan a cabo en esos casos con las prerrogativas y límites que establecen sus Estados.

²¹⁴“Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://es.scribd.com/doc/36185692/12-iniciativa-maternidad-subrogada>

En el ámbito internacional, los derechos sexuales reproductivos se encuentran establecidos en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Conferencia de El Cairo), en el capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, señala lo siguiente:

"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos... La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios.

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su artículo 4o el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos de las y los mexicanos.

Es decir, corresponde al Estado la asistencia a las persona para garantizar su derecho a decidir libremente el numero y espaciamento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos. Aunado a lo expuesto y en relación con el artículo 133 de la Carta Magna, el Estado Mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional.”²¹⁵

De lo anterior se desprende que, una vez reconocidos en México, los Derechos Reproductivos de las personas, paralelamente al derecho de decidir de forma libre y responsable el número de hijos para conformar una familia, se deben tener las distintas opciones que la ciencia otorga para los fines reproductivos correspondientes, pudiendo utilizar de esta forma, las distintas técnicas de reproducción asistida que se permite en nuestro país.

La Maternidad Subrogada como una de las técnicas de reproducción asistida innovadora, posibilita a las personas materializar y ejercer sus derechos reproductivos y permite que las parejas puedan tener descendencia propia con sus caracteres genéticos, si no deciden optar por la figura de la adopción que es otra vía de conformación familiar, independientemente que sea ajena a las técnicas de reproducción asistida.

6.3. Integración de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

²¹⁵“Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.”
<http://es.scribd.com/doc/36185692/12-iniciativa-maternidad-subrogada>

La integración de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, se encuentra estructurada de la siguiente forma: cinco Títulos, nueve Capítulos y cinco Artículos Transitorios.

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

Este Título cuenta con un Capítulo Único en donde se establecen las disposiciones generales de las que se derivan los términos utilizados en la presente Ley.

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

Asimismo este apartado cuenta con un solo Capítulo denominado De las Obligaciones de los Médicos Tratantes para la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

El Título Tercero, referente al Consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, establece la forma y los límites que tiene la maternidad subrogada en cuanto a la toma de decisiones que deberá tomar la pareja a optar por este tipo de Método de reproducción asistida.

El Título Tercero, contiene tres capítulos de los cuales el Primero es denominado: De los Requisitos de las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada.

El Capítulo Segundo, se refiere a las Formalidades para el otorgamiento del Consentimiento en la Maternidad Subrogada.

Y finalmente el Capítulo Tercero menciona las funciones del Notario Público en el procedimiento de la Maternidad Subrogada.

El Título Cuarto, denominado del Certificado de Nacimiento en la Maternidad Subrogada.

Dicho título contiene un Capítulo Único denominado Del Certificado de Nacimiento del Menor nacido mediante la Práctica Médica de Maternidad Subrogada.

El Título Quinto se denomina De la Nulidad, Daños y Perjuicios y Sanciones del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Dicho Título contiene tres Capítulos de los cuales el primero se denomina: De la Nulidad del Instrumento para la Maternidad Subrogada y establece las nulidades que pueden afectar o viciar la voluntad de las partes, no obstante el artículo 29 aclara que si bien el Instrumento pudiera ser nulo, este hecho no los exime de las responsabilidades adquiridas u derivadas de su existencia.

El Capítulo Segundo se refiere a los Daños y perjuicios por el incumplimiento del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

El Capítulo Tercero denominado: de las Sanciones en Relación al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

Finalmente se establecen una serie de artículos transitorios que tienen por objeto la publicidad de la Ley y el cumplimiento por parte de las autoridades a las que se les otorga diversas atribuciones.

6.4. Factores a favor de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

Es frecuente que al iniciar un proceso nuevo, innovador y de los llamados de nueva generación existen múltiples factores que impidan su correcta aplicación o bien, su desarrollo.

Tal es el caso de la innovadora técnica de reproducción asistida denominada Maternidad Subrogada, que por su divergencia, existen opositores a la misma, así como lagunas jurídicas, éticas, culturales y de aceptación en una sociedad donde las múltiples corrientes ideológicas entablan sus discursos tanto de desventajas como de beneficios que pueden causar en los habitantes de México, y en específico de los habitantes del Distrito Federal por su reciente aceptación jurídica.

Uno de los principales factores a favor de la citada Ley en el presente trabajo, de ser adoptada por las parejas unidas en matrimonio o en concubinato es la procreación de su descendencia, cuando tengan problemas fisiológicos que les impidan concebir de forma natural, enfocándose principalmente a las mujeres, quienes son las encargadas biológicamente de sufrir el proceso de concepción, gestación y alumbramiento de un nuevo ser humano.

A pesar de que existen múltiples técnicas de reproducción asistida para que se realice la fertilización de gametos y engendrar a un ser humano, el problema y decisión de cada pareja es atendido de forma individual así como el resultado que desean obtener con la concepción de los menores; es decir, si eligen determinada técnica de reproducción asistida es por qué, después de realizarse una valoración exhaustiva con un profesional de la salud especializado en el tema, se determine cual es la más adecuada a su caso en concreto.

Y después de llevar a cabo dicha valoración médica de forma consciente, pertinente y adecuada por especialistas, se puede optar por una serie técnicas de

fertilidad, las cuales son más comunes la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

De la cual la primera como bien se ha mencionado, consiste en introducir esperma del cónyuge o de otro varón en la vagina de la mujer mediante un catéter o una jeringa, con objeto de superar problemas de fertilidad masculina, independientemente que los espermatozoides utilizados sean del cónyuge o concubino (denominada inseminación artificial en su variante homóloga) o bien de un tercero (donante) previa autorización para este caso (denominada inseminación artificial heteróloga).

Por otro lado, se tiene la opción previa valoración médica de utilizar la fecundación *in vitro*, la cual como se ha mencionando en capítulos anteriores, consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquel procedió, en otras palabras, en vez de fertilizar *in vivo*, la fertilización es *in vitro*, es decir, la fecundación se realiza en el laboratorio.

Lo anterior bien, puede ser realizado con gametos de los padres biológicos con gametos de donantes tanto el óvulo como el espermatozoide.

Otro de los factores favorables derivados de la multicitada técnica de reproducción, es sin duda, el que el niño concebido y nacido bajo esta modalidad, tenga los atributos genéticos de los padres biológicos.

Se puede decir, que una vez que haya concluido la maternidad subrogada con el nacimiento del menor, a pesar de que fue concebido a través de otra mujer, el niño o la niña tiene su propia identidad de la cual una persona merece conocer y evitar así un conflicto psicológico en ellos por no contar con su propia identidad.

Pasando concretamente al proyecto de ley y en los puntos favorables que se identifican en el la misma, son aquellos en los que se otorga una protección y estabilidad al menor, al exigir la ley que sean los hombres y las mujeres unidos en

matrimonio o concubinato los que pueden hacer uso de esta técnicas de reproducción.

Y es de resaltar que exige que las personas comprueben su estabilidad familiar, para que de este modo el menor concebido tenga un hogar con todo lo que ello implica a su nacimiento, conteniendo, las condiciones adecuadas para su sano desarrollo, crecimiento y estabilidad emocional y afectiva que le tiene que brindar sus progenitores.

Derivado de lo expuesto, se tiene que dicho proyecto de ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal otorga los derechos de filiación del menor a los padres subrogados, desde la concepción hasta el nacimiento y futuro desarrollo del mismo, adquiriendo desde ese momento los derechos y obligaciones que implica el engendrar un niño, conforme a la legislación establecida en el Distrito Federal.

Asimismo, se establece la garantía a los padres subrogados de que, dicho procedimiento sea un abuso lucrativo por parte de la mujer que se preste para gestar al menor, ya que, como punto primordial se establece que la maternidad subrogada se realizará sin fines de lucro, lo cual quiere decir que los padres no correrán con un gasto excesivo, doloso y posiblemente fraudulento por parte de la mujer gestante, ya que al haber dinero de por medio, pueden cobrar y después no cumplir con lo pactado en el instrumento que para tal efecto se realiza independientemente que incurra en las sanciones penales respectivas.

Por lo anterior, se deriva de la misma ley el principio de no discriminación hacia las personas nacidas por maternidad subrogada, ya que dicho nacimiento no constituye una punta de piedra para que la persona sea señalada o humillada por el solo hecho de haber tenido un nacimiento distinto al de la gran mayoría.

Por todo lo anterior, la misma ley y las leyes tanto del Distrito Federal como las Federales otorgan la debida protección jurídica a los menores que hacen a

través de esta técnica de reproducción asistida; sin embargo, conviene señalar que corresponde a la conciencia y educación de las personas el no hacer comentarios denigrantes, discriminatorios hacia las mismas, así como a las autoridades correspondientes velar por los derechos e intereses de los menores para garantizarles sus derechos como habitantes de la República Mexicana.

6.4.1. Factores en contra de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal.

Derivado del proyecto de Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal y la carencia tanto práctica como jurídica que de ella emane, se pueden derivar múltiples obstáculos en cuanto a la aplicación de la misma, ya que, independientemente de que el proyecto de ley mencione los procedimientos a seguir, la simple experiencia en la misma deja un abismo de ignorancia en quienes les toca regular tal método, así como la inexperiencia en cuanto a su aplicación, consistente en irregularidades médicas que pudiesen llevar consigo una severa afectación a la salud de las mujeres en quienes se realizará la maternidad subrogada.

Independientemente de que se apruebe dicho proyecto de ley en el Distrito Federal lo cierto es que se ha aplicado ya el método de maternidad subrogada, y con ellos se puede esgrimir la cantidad de violaciones a las diferentes leyes del Distrito Federal ya que, derivado de su aplicación en las Instituciones de Salud, no se cuenta con un lineamiento específico que otorgue los derechos básicos en cuanto al tema a las personas que acuden con la finalidad de procrear un hijo.

Como se puede apreciar de la simple lectura del proyecto de ley en cuestión, no existe un término estricto referente a la Maternidad, ya que de su texto únicamente se deriva la definición de “Maternidad subrogada”, dejando a la

interpretación el término genérico, suponiendo que se entiende e interpreta como aquella mujer que lleva a cabo el proceso de gestación y alumbramiento del menor; sin embargo, como se ha expuesto, dicha definición de maternidad ha sufrido una evolución radical, ya que con esta técnica de reproducción existen al menos tres mujeres que figuran en la hipótesis de la definición.

Observando y analizando la definición del concepto utilizado como título y método de aplicación para esta técnica de reproducción asistida, se debe llevar a cabo una revisión doctrinal y de técnica tanto gramatical como legislativa, para así, establecer correctamente el término de Maternidad Subrogada, ya que, como han mencionado diversos autores, el concepto correcto debería ser “Maternidad Gestante” y no “Maternidad Subrogada”, atendiendo a que en principio se sabe quien será la madre del menor procreado, gestado a través de la mujer que contraten para dicho efecto.

Aunado a lo anterior, en dicha ley se hace mención al instrumento jurídico que determinará la realización de la maternidad subrogada, denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada.

En diversos países así como en México, se tiene un gran debate acerca de la naturaleza jurídica del mismo, ya que, atendiendo a sus reglas y forma de materializarse, se deduce que es un mero contrato por medio del cual, se transfieren derechos y obligaciones referentes a la maternidad subrogada, cual si fuese dicho acuerdo de voluntades.

Sin embargo, ya que la persona no es una cosa, se encuentra fuera del comercio atendiendo al principio de Dignidad, los legisladores capitalinos optaron por denominar a dicho acuerdo de voluntades como un Instrumento jurídico de maternidad Subrogada, evadiendo así el nombre de “contrato”, no obstante que dicho instrumento sigue las reglas de los mismos.

De lo anterior, se deriva que es pertinente llevar a cabo un estudio jurídico específico acerca del Instrumento para la maternidad subrogada en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que es demasiado ambigua no teniendo clara la naturaleza del mismo, y una vez valorado lo anterior poder determinar los alcances jurídicos de éste, ya que se afirma que no es un contrato y sin embargo, sigue las reglas de los mismos, independientemente que el cuerpo humano no es susceptible de valoración pecuniaria y no se encuentra susceptible de enajenación comercial.

Una cuestión sin duda que causará controversia, en un futuro no muy lejano, es el que dicho método de reproducción pueda ser utilizado como medio de procreación por parejas del mismo sexo unidas en matrimonio o concubinato, derivado de los mismos trastornos fisiológicos de infertilidad que sufren las pareja heterosexuales.

Derivado de lo anterior, actualmente la ley exige como uno de los requisitos primordiales para que se realice la maternidad subrogada, que sean las parejas unidas en matrimonio o concubinato, recalcando que es el hombre y la mujer los únicos que lo pueden llevar a cabo, excluyendo con ello a las personas homosexuales no importando que ellos a su vez gozan de los mismos derechos reproductivos.

Punto y aparte es que, en la actualidad existe un grande debate en la Suprema Corte acerca del tema referente a la adopción de hijos entre homosexuales; el cual no se encuentra permitido por diversos factores concernientes en la ideología de la sociedad hoy en día, por ello es el blindaje que la misma ley de maternidad subrogada establece a estas personas, habiendo diversas contradicciones jurídicas al menos en el Distrito Federal, así como posibles violaciones a las garantías individuales de las mismas si se atiende a la literalidad de la Constitución Política de nuestra República.

Por otro lado, es de hacer notar algunos aspectos jurídicos que dieron pié al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para no promulgar dicho proyecto de Ley de

maternidad subrogada y misma que a continuación se cita en un artículo realizado por la Revista electrónica México Fértil y mismo que comprende lo siguiente:

“La gestación subrogada (GS) es una **técnica de reproducción asistida en la que por medio de un acuerdo de voluntades una mujer gesta el hijo de otra persona a quien se “transferirá” la maternidad en cuanto éste nazca**. Es incorrecto llamarle maternidad subrogada pues la maternidad implica el ser madre, y gestar es tan sólo una parte de este rol. Madre no sólo es la que pare.

La GS es una técnica que se utiliza ya desde hace varios años en México –desde que se realizan procedimientos de fertilización in vitro-, sin que exista una regulación legal, por lo que es urgente y necesaria una ley que determine los derechos y las obligaciones de las personas involucradas en ella.

La GS permite tener hijos a personas infértiles, que no puedan concebir de manera natural o llevar un embarazo a término, y con la Ley se generaría **certidumbre en el cumplimiento del contrato de subrogación y sobre todo, en cuanto a la filiación del hijo**.

La diputada Maricela Contreras, Presidenta de la Comisión de Salud de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) impulsó desde 2009 el trabajo de un proyecto de Ley de Gestación Subrogada que permitiría en el DF regular el procedimiento conocido también como “renta de útero”.

Una primera iniciativa de Ley fue **aprobada por la ALDF el 30 de noviembre de 2010** y posteriormente enviada al Jefe de Gobierno (JGDF) para su promulgación y publicación. Se recibió el oficio con fecha 10 de diciembre de 2010.

Esta ley contenía ciertos problemas, fundamentalmente limitaba el procedimiento a parejas heterosexuales unidas en matrimonio, lo que implicaba un límite injustificado a personas solteras, parejas unidas en

concubinato y parejas homosexuales casadas, además de otras cuestiones que contravenían disposiciones constitucionales.

Debido a ello, el Jefe de Gobierno determinó consultar a especialistas para que la Ley de Gestación Subrogada no rebasara las competencias locales, limitara derechos ni discriminara personas y por ende no pudiera ser cuestionada ante la Suprema Corte.

Se consultaron al área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), al Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Estas instituciones, junto con la consejera jurídica del Gobierno del DF, Leticia Bonifaz, realizaron diversas modificaciones a la iniciativa aprobada por la ALDF, a decir de la Presidenta de la Comisión de Salud de la ALDF, Maricela Contreras, **la Ley se modificó en un 90%** “para presentar un Dictamen más completo y blindado ante estas posibles acciones [de inconstitucionalidad].”

Los problemas formales

El 17 de septiembre de 2011 el Jefe de Gobierno remitió las observaciones a la ALDF y el 29 de septiembre fueron turnadas a las comisiones unidas de Salud y de Equidad de Género, quienes emitieron un dictamen. La nueva iniciativa de Ley (PDF, a partir de la página 113) fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre y subió al Pleno el día 20 de diciembre.

En el Pleno se desató una **discusión bastante fuerte entre los representantes, pues el PAN y algunos diputados del PRI consideraron que el JGDF actuó en contravención de la Constitución** y del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y que la fracción parlamentaria del PRD estaba minando la autonomía de la Asamblea al aceptar las observaciones remitidas, además de incurrir en una violación a su Ley Orgánica.

La Constitución establece en su artículo 122 Base Segunda, fracción II inciso b) que el término del JGDF para remitir observaciones a la ALDF es de 10 días hábiles. Lo mismo se repite en el artículo 48 del Estatuto de Gobierno del DF y en el 92 de la Ley Orgánica de la ALDF. La fórmula reza:

Los proyectos de leyes o decretos que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se remitirán para su promulgación al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien podrá hacer observaciones y devolver los proyectos dentro de diez días hábiles con esas observaciones, a no ser que, corriendo este término, hubiese la Asamblea cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día hábil en que la Asamblea se reúna. De no ser devuelto en ese plazo, se entenderá aceptado y se procederá a su promulgación. El proyecto devuelto con observaciones deberá ser discutido de nuevo por la Asamblea. Si se aceptasen las observaciones o si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos de los diputados presentes en la sesión, el proyecto será ley o decreto y se enviará en los términos aprobados, para su promulgación.

En el dictamen aprobado en comisiones el 8 de diciembre de 2011, es decir, el que contiene el proyecto de Ley con las observaciones del JGDF, se dice que la justificación de la tardanza de **nueve meses** por parte del GDF se debe a las siguientes razones:

1) La complejidad del tema que **requirió de la asesoría de expertos**.

2) Que la ALDF cerró su periodo ordinario de sesiones el 21 de diciembre y que debido al transitorio que establecía que la fecha de entrada en vigor del decreto sería la del 1 de enero de 2011, **no se podría publicar éste de forma retroactiva** pues sería contrario a la Constitución.

La primera razón es válida, pero ilegal, la regla dice de forma clara 10 días hábiles.

La segunda razón es ilógica. Si se iban a realizar observaciones, el decreto podría ser modificado, ello implica que la fecha de publicación podría haber sido *observada* y por tanto, modificada.

Dice el GDF:

En estricto sentido el ejecutivo a mi cargo debería promulgar y publicar la norma, sin embargo existe un problema jurídico adicional que pongo a la consideración de ustedes: El proyecto de Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal se recibió en las oficinas de la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal, el 10 de diciembre de 2010, la Asamblea Legislativa cerró el periodo de sesiones el día 21 de ese mes y año, por lo que el término para presentar observaciones fue interrumpido y las mismas sólo podían presentarse en el primer día hábil en que la Asamblea se reuniera, hecho que ocurrió el día 14 de enero de 2011, es decir, 13 días después de que el Decreto tenía que haber entrado en vigor. Para cumplir con esa fecha de entrada en vigor, el Ejecutivo local tenía como fecha límite para publicar el decreto el día 31 de diciembre del año 2010, y la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, iniciara su vigencia el día 1 de enero de 2011. **Esa disposición transitoria limitó la facultad del Ejecutivo Local de hacer las observaciones y devolver el decreto, pero además, hace imposible la publicación porque no se puede poner en vigor una ley hacia el pasado**, pues como lo ha señalado en diversos criterios la Suprema Corte de Justicia, las leyes sólo pueden entrar al vigor a futuro.

Dato: El 10 de diciembre de 2010 fue viernes, el periodo finalizaba el día 24 de diciembre.

La **Comisión de Salud de la ALDF** justificó además que debido a que la Ley aprobada el 30 de noviembre de 2010 contenía disposiciones contrarias a la Constitución, **el JGDF no debía promulgarla pues con ello se vulnerarían derechos**. Considero que esta justificación es contraria a la Constitución pues si bien las autoridades deben actuar siempre conforme con la Constitución, no es competencia del Ejecutivo del Distrito Federal

determinar la conformidad de las normas con la Constitución, ello corresponde a la Suprema Corte y desde julio de 2011 a todos los jueces – de acuerdo con la resolución Radilla. Si bien todas las autoridades están vinculadas a los derechos, la facultad para desaplicar una norma recae únicamente en la autoridad jurisdiccional, el legislador y la autoridad administrativa únicamente pueden realizar una interpretación conforme con la Constitución. En este caso, además, ni siquiera se está ante la posibilidad de desaplicar una norma por ser inconstitucional, es decir, ni siquiera un juez podría utilizar este argumento.

Resulta imposible aceptar que una regla tan clara como la contenida en el artículo 122 Base Segunda, fracción II inciso b) de la Constitución admita diversas interpretaciones.

Robert Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales explica claramente que:

“las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”

La norma que contiene el plazo para remitir observaciones es una regla y el JGDF la incumplió.

Estos argumentos fueron motivo suficiente para que el PAN solicitara una **moción suspensiva para devolver el dictamen a comisiones, mismo que fue aprobado por la mayoría presente**: de los 66 diputados de la ALDF, tan sólo votaron 43 y se perdió por 1 voto la moción. Al parecer varios diputados de la fracción del PRD, quienes impulsaron la Ley, no estaban en la sesión del Pleno pues se encontraban en comisiones trabajando el Presupuesto para 2012. Una verdadera pena, pues por cuestiones formales, el PAN pudo echar abajo una Ley realmente necesaria e importante.

Pienso que **lo que se debió de haber hecho** es que el JGDF, al encontrar problemas de constitucionalidad en el decreto, debió de haber enviado las observaciones refiriendo únicamente los problemas (sin resolverlos) para que, en tiempo, las comisiones pudieran realizar las modificaciones necesarias con la asesoría de expertos y con la colaboración de la Consejería del GDF. Así se cumple con la Constitución doblemente: se cumple el término de 10 días y se modifica el decreto para que no la contravenga. **El principio de División de Poderes implica control y coordinación, no separación.** Es perfectamente posible que colaboren en la redacción de una ley, que finalmente tocará a la administración pública aplicar.

Cambios a la Ley

Las observaciones remitidas por el JGDF a la ALDF resultan relevantes en tanto que modifican el decreto enviado en tres puntos básicos:

- Incluyen a todas las personas, es decir, el decreto aprobado en diciembre de 2010 (en adelante decreto original) únicamente permitía la subrogación a parejas unidas en matrimonio. El dictamen nuevo permite que **cualquier persona acuda a este tipo de reproducción asistida**, con fundamento en la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y en la reforma constitucional al artículo 1° publicada en junio de 2011. Además, notará la lectora que se habla de persona gestante, lo que de entrada resulta extraño pues sólo el cuerpo de las mujeres permite la gestación. Sin embargo, existe la posibilidad de que un hombre trans se embarace y por ende, pueda ser persona gestante (ver los casos de **Scott Moore y Thomas Beattie**).Párrafo 274 de la sentencia AI 2/2010: “La decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.”

- Se eliminan las referencias que pudieran resultar en **invasiones a la esfera de facultades federales en materia de salud**. Ello se hace con fundamento en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 sobre interrupción legal del embarazo en el DF.
- El dictamen explica “no es su objetivo [de la Ley] definir conceptos que se relacionan con la referencia a órganos y tejidos [materia federal], sino establecer mecanismos para que la técnica de reproducción asistida se lleve a cabo para brindar certeza y seguridad jurídica a las partes que intervengan...”
- Se remiten al Código Penal los **supuestos de interrupción del embarazo** que se contemplan en el Decreto, en atención al principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal y la prohibición de analogía en materia penal.
- Se precisan los conceptos de **interés superior del niño** y su carácter primordial.
- Se modifica el momento de **entrada en vigor** del decreto “al día siguiente de su publicación”.
- Estos cambios pueden revisarse en el **cuadro comparativo** que se encuentra a partir de la página 25 del dictamen.

Contenido de la Ley

Aquí me referiré a la iniciativa de Ley de Gestación Subrogada que se aprobó en comisiones el día 8 de diciembre de 2011 y que se propuso al Pleno el día 20 de diciembre del mismo año. Debido a la moción suspensiva, esta Ley ha regresado a comisiones y hasta el momento en que se redacta esta nota no se sabe si se volverá a presentar este año.

Definiciones

Gestación Subrogada es el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo.

Instrumento para la Gestación Subrogada es el convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia del embrión o los embriones y, en caso de implantación, el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, en beneficio de una o dos personas solicitantes, quienes manifiestan también su consentimiento para transferir uno o más embriones al útero de la persona gestante.

Personas solicitantes son las personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante un Convenio a contribuir y velar porque el proceso de gestación se lleve a término y a ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que se derivan de la filiación constituida con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

El médico tratante deberá ser un médico especialista en reproducción asistida que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Gestación Subrogada.

La Persona gestante es la persona con capacidad de ejercicio que, *sin fines de lucro*, se compromete a permitir la transferencia y eventual implantación de uno o más embriones y a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, momento en que concluye su obligación subrogada.

Principios Fundamentales

- La técnica de Reproducción Asistida que dará origen a la Gestación Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la **autorización de la autoridad competente** para realizar la transferencia de embriones humanos.
- Los derechos de **filiación** con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada se producen respecto a la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada.

- La Gestación Subrogada deberá realizarse protegiendo en todo momento la **dignidad** de las personas que sean parte de esta práctica y el **interés superior del niño o niños** que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.
- La Gestación Subrogada se realizará **sin fines de lucro** entre las personas solicitantes y la persona gestante.
- Todas las personas involucradas procurarán el **adecuado desarrollo del embarazo**.
- Es deber del médico tratante y del personal de salud **informar** a las personas solicitantes y a la persona gestante de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante.
- Se deberán realizar **entrevistas** con el médico tratante para cerciorarse de la salud de la persona gestante.
- El instrumento para la gestación subrogada deberá ser formalizado ante **Notario Público**.
- El personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, realizará una **visita domiciliaria** a la persona gestante para comprobar que su entorno familiar se encuentre libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
- La **persona gestante no debe** haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, y no podrá participar en más de dos ocasiones en la implantación.
- La persona gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponden los **derechos y la protección que establecen las leyes**.

Procedimiento

Una persona o pareja que desea tener un hijo por medio de la Gestación Subrogada deberá primero buscar a una mujer que desee prestar su útero. La persona gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. De

no ser posible, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar de acuerdo con la Ley de Gestación Subrogada.

Las partes deberán acudir con un médico tratante quien deberá certificar, que:

- 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 recibido toda la información necesaria, y
- II. La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Las personas solicitantes deberán **acudir ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo esta práctica**. La Secretaría deberá realizar una valoración sobre su estado psicológico para realizar un procedimiento de esta naturaleza —esta valoración no tendrá por objeto disuadirles de la práctica.

Entonces, la Secretaría de Salud deberá expedir una constancia, misma que deberá **presentarse ante Notario Público** donde las partes formalizarán su consentimiento mediante un Convenio para la Gestación Subrogada que la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal pondrá a disposición.

La persona o personas solicitantes y la persona gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los siguientes requisitos:

- I. Poseer capacidad de ejercicio (no ser menor de edad ni persona incapaz);
- II. La persona gestante otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, y manifieste su obligación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo

una vez que se realice la implantación del embrión, y a concluir su relación subrogada, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo, y

III. La persona gestante cumpla con los requisitos de salud física y mental, tener un hogar libre de violencia y no haber estado embarazada durante los 365 días anteriores o haber participado en dos transferencias.

Una vez que el Notario compruebe que se han cumplido con estos requisitos, las partes deberán manifestar lo siguiente:

I. Que se interviene sin fines de lucro y se respetan la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño;

II. Que la persona o personas **solicitantes se harán cargo de todos los gastos médicos** que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

III. Que la persona gestante acepta que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la persona o personas solicitantes;

IV. Que la persona gestante se **obliga a entregar, a la persona o personas solicitantes al o los niños después del nacimiento**, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento;

V. Que se reconoce el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal;

VI. Podrán establecerse las cláusulas que consideren necesarias para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones y;

VII. Además podrá establecerse la reparación del daño moral y, en su caso, una indemnización suficiente o el pago de daños y perjuicios, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la persona gestante que se derive de ésta práctica, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes.

El Convenio no podrá **en ningún caso contravenir los derechos de las partes, mucho menos del niño o los niños.**

El Notario, además, deberá revisar el Registro que para tales efectos llevará la Secretaría de Salud, para confirmar que la persona gestante efectivamente no ha participado en más de dos transferencias.

Este Convenio, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que lo registre en la **base de datos sobre la práctica de la Gestación Subrogada.**

Una vez formalizado el Convenio, podrá realizarse la técnica de reproducción asistida que hayan elegido las partes o que recomiende el médico tratante.

Una vez verificado el nacimiento, en el acta las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal respecto al certificado de nacimiento y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la persona o personas solicitantes, en su caso.

El **parentesco y filiación** entre el o los niños nacidos por Gestación Subrogada y la persona o personas solicitantes de ésta práctica **será por consanguinidad.**

La Ley prevé causas de nulidad del Convenio, responsabilidades y pago de daños y perjuicios, así como un régimen de sanciones por contravención a ésta y otras leyes aplicables.

¿Qué sigue?

El día 21 de diciembre de 2011, un día después de que se **cayera** la iniciativa en el Pleno de la ALDF, Alejandra Barrales, presidenta de la Comisión de Gobierno de la ALDF -y precandidata por el PRD para el Gobierno del DF- confirmó su interés en que se haga realidad esta Ley y se comprometió a ello.

Geraldina González de la Vega para [Vivir México](#)”²¹⁶

Es de hacer mención que actualmente, las Comisiones Unidas de Salud y Equidad de Género han considerado que en lugar de emitir una Ley de maternidad subrogada, mejor se emita una Ley sobre Reproducción Asistida en el Distrito Federal, en donde se incluya el tema de la maternidad subrogada.

²¹⁶ “González de la Vega Geraldina. México DF: LEY DE Gestación Subrogada”.
Mexicofertil.com/mexico-df-ley-de-gestacion-subrogada/ 19 de marzo-2013 10:00 hrs.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La maternidad subrogada: es el método de reproducción asistida, por medio del cual son fecundados a través de la fertilización *in vitro* un óvulo y un espermatozoide proporcionados por una pareja unida en matrimonio o concubinato y con excepción de no ser viable los gametos de una de ellas, éstos serán el de los donadores previa autorización de los mismos, con el fin de procrear a un ser humano mediante la maternidad subrogada y la cual será la madre denominada “gestante” la que lleve todo el procedimiento de gestación hasta el nacimiento del menor, misma que se obliga a entregarlo a los padres subrogados los cuales por ley les serán reconocidos todos y cada uno de los derechos correspondientes conforme a la legislación mexicana.

SEGUNDA. De la definición anterior se resaltan los siguientes elementos:

- Se manifiesta como un método de reproducción asistida, ya que la fecundación se realiza en el laboratorio por medio de la técnica denominada fertilización *in vitro* y que consiste en fecundar un óvulo y un espermatozoide para posteriormente implantarlo en el cuerpo de la madre “gestante” a fin de que sea ella quien proporcione los elementos naturales para el adecuado desarrollo del ser humano concebido bajo esta modalidad.
- Los gametos utilizados deben ser los provenientes de los padres subrogados, es decir, de la pareja unida en matrimonio o por concubinato y de los cuales serán fecundados mediante la fertilización *in vitro* e implantados en la madre “gestante”. Dichos padres subrogados adquieren todos los derechos sobre el menor no importando que haya sido procreado bajo la maternidad subrogada.

- Se destaca asimismo la utilización de gametos provenientes de un banco de espermatozoides o de óvulos, cuando el médico especialista se cerciore de que uno de los gametos proporcionados tanto por el hombre o la mujer no son viables para la fecundación, quedando con la posibilidad de que sólo será uno de ellos quien aporte su carga genética y así poder concebir a su descendencia, lo anterior es una excepción a la regla en cuanto a la utilización de gametos en su variante homóloga.
- Ahora bien la madre “gestante” será quien se haga cargo del procedimiento de gestación y cuya función concluye con el nacimiento del menor que será entregado a los padres subrogados, los cuales adquieren todos los derechos y obligaciones que las leyes disponen para salvaguardar la integridad física y mental del mismo.

TERCERA. Por lo anterior, se propone que se regule la maternidad subrogada en el Distrito Federal, ya que no podemos ignorar que se practica sin ninguna regulación específica sobre el tema; salvo las normas de carácter sanitario; por lo tanto urge que se otorgue dicha protección jurídica a las partes que intervienen en este procedimiento.

CUARTA. Ante esta situación el día 30 de noviembre del año 2010 en la Asamblea Legislativa se aprobó el proyecto de Ley de maternidad subrogada y fue enviada al Jefe de Gobierno Lic. Marcelo Ebrard Casaubón, sin que éste la haya promulgado toda vez que la misma fue devuelta a la Asamblea Legislativa con una serie de observaciones y correcciones para que se revisara.

La Comisión de Salud presentó un nuevo proyecto de Ley que tampoco ha sido aprobado y ahora se está impulsando por las Comisiones Unidas de Salud y Equidad de Género una nueva Ley que no sólo regula a la maternidad subrogada sino en general a los métodos de reproducción asistida

QUINTA. No obstante lo anterior, el proyecto de Ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal es criticable porque no incluye un organismo específico que funja como regulador, orientador y observador en el ámbito de aplicación de la maternidad subrogada.

SEXTA. Se propone además que al regular la maternidad subrogada se haga una tabulación de los costos en que quedarían los instrumentos de maternidad subrogada que se realicen ante Notario Público del Distrito Federal.

SÉPTIMA. En relación al Instrumento para la Maternidad Subrogada se considera que no es necesario otorgarlo ante Notario Público ya que, bastará con suscribir un documento único de autorización ante la Secretaría de Salud del Distrito Federal para así comenzar con dicho tratamiento y evitar un gasto innecesario.

OCTAVA. En el Proyecto de ley para la Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, no se menciona la posibilidad de escoger ni el sexo del niño, ni sus características físicas, ya que se da por hecho que el menor como hijo de los padres biológicos va a nacer de acuerdo a lo ordenado por los cromosomas que contienen el material genético; sin embargo, no se hace la mención expresa de prohibir dicha situación. Al respecto se considera que finalmente quienes aportan el material genético son los padres por lo tanto pueden sentirse con el derecho de ordenar que se manipule el genotipo del menor para esos fines; por lo que se requiere que tal situación se regule adecuadamente para evitar conflictos a futuro.

NOVENA. En razón de lo anterior, se propone implementar un programa de información y educación acerca de los diversos métodos de reproducción asistida y en específico el de maternidad subrogada.

DÉCIMA. Se sugiere también que se regule adecuadamente la donación de gametos y la crioconservación de los mismos, incluso se emita la normatividad

respecto de los bancos de óvulos y espermatozoides que se utilizarán para dicha práctica médica.

DÉCIMO PRIMERA. Si bien es cierto es necesario que se regule sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal, también es importante que se emita una Ley sobre reproducción asistida que tome en consideración todos y cada uno de esos métodos, incluyendo a la maternidad subrogada.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I, tomo I, 3ª edición, ED., Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
- 2.- ALKORTA Rodríguez, Itziar. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, ED., THOMPSON, España, 2003.
- 3.- ASPE Armella Virginia. Familia: Una Jornada sobre su Naturaleza, Derechos y Responsabilidades, ED., Porrúa, México, 2006,
- 4.- BRAVO González y BRAVO Valdez. DERECHO ROMANO. Primer Curso, 20ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2003.
- 5.- BURGOA Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales, ED., Porrúa, 38ª edición, México, 2005.
- 6.- CORDOBA, Marcos M. Derecho de Familia. Parte General, Editorial, FEDYE, Argentina, 2005.
- 7.- CORDOBA, Jorge Eduardo. Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes, ED., ALVERONI, Argentina, 2000.
- 8.- CHODOROW Nancy. El Ejercicio de la Maternidad, Editorial, GEDISA, Barcelona, España, 1984.
- 9.- DE PINA Vara, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa, 33ª edición, México, 2004.
- 10.- Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, tomo I, ED., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003,
- 11.- EVERINGHAM, Christine. Maternidad: autonomía y dependencia. Un estudio Psicológico, Editorial NARCEA, Madrid, 1997.

- 12.-** GARCÍA Garrido, Manuel Jesús. Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones, 13ª edición, Editorial, Ediciones Académicas, España, 2004.
- 13.-** GUTIÉRREZ Y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia, ED., Porrúa, México, 2004.
- 14.-** IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones, 12ª edición, ED., Porrúa, Madrid, España, 1999.
- 15.-** LÓPEZ Fraugier, Irene. La Prueba Científica de la Filiación, ED., Porrúa, México, 2005.
- 16.-** LOZANO Ramírez, Raúl. DERECHO CIVIL. TOMO I. DEERECHO FAMILIAR, Editorial, PACJ, México, 2007.
- 17.-** MENDEZ Costa, María Josefa. Derecho de Familia. Tomo III, ED., RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- 18.-** MENDEZ Costa, María Josefa. Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia, Editorial, RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- 19.-** MENEM, Eduardo. Los Derechos de la Mujer. El camino hacia la Igualdad, Editorial, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- 20.-** MORALES Acacio, Alcides. Lecciones de Derecho De Familia, 2ª edición, Editorial, LEYER, Colombia, 2006.
- 21.-** MORRADES Puig, Ana I. Luces y Sombras del Derecho a la Maternidad. Análisis Jurídico de su Reconocimiento, ED., UNIVERSITAT DE VALENCIA, Año 2002.
- 22.-** FLEITAS Ortiz De Rozas, Abel. Derecho de Familia, 2ª edición, Editorial, ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 23.-** FLEITAS Ortiz De Rozas, Abel. Manual de Derecho de Familia, Editorial, LEXIS NEXIS, Argentina, 2004.

- 24.-** PADILLA Sahagún, Gumersindo. Derecho Romano, 3ª edición, Editorial, MC GRAW HILL, México, 2006.
- 25.-** PARRA Benítez, Jorge. La Filiación En Derecho de Familia, Editorial, LEYER, Bogotá, Colombia, 2008.
- 26.-** PEREZNIETO, Castro y Silva Silva Jorge Alberto. Derecho Internacional Privado. Parte Especial, Editorial OXFORD, 2ª EDICIÓN, México, 2006
- 27.-** QUIROZ Monsalvo, Arnoldo. Manual de Familia. Matrimonio (civil y religioso) y Unión Marital de Hecho, Tomo V, Editorial, Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1999.
- 28.-** RICO Álvarez, Fausto. DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial, Porrúa, México, 2006.
- 29.-** SAMBRIZZ, Eduardo A. La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano, ED., ABELEDO-PERROT, Argentina, 2001.
- 30.-** SÁNCHEZ, Medal Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1991.
- 31.-** SENDEL, Philippe, wolffEtienne. El Ser Viviente. La Vida. Enciclopedia del Mundo Viviente, Editorial SALVAT Editores de México, Volumen I, México, 1970.
- 32.-** SUÁREZ Suárez, Carmen. Maternidades (De) Construcciones Feministas, Editorial, KRK, Oviedo, 2009.
- 33.-** TABOADA, Leonor. La Maternidad Tecnológica. De la Inseminación Artificial a la Fertilización In Vitro. Editorial ICARIA, 1986.
- 34.-** TURBERT, Silvia. Figuras de la Madre, Editorial, Cátedra, Madrid, 1996.
- 35.-** VALDIVIA, Blanca, Granillo Pilar. BIOLOGÍA. La vida y sus procesos, 10ª edición, Editorial, Grupo Editorial Patria, México, 2009.

36.- VALLE, Muñoz Francisco Andrés. La Protección Laboral De La Maternidad, Paternidad y cuidado de Familiares, Editorial, COLEX, Madrid, 1999.

HEMEROGRAFÍA

1.- ARSON DE Glinberg, Gloria Hilda. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN. Anuario Universidades, Unión de Universidades de América Latina, 1989.

2.- BRENA Sesma, Ingrid. El Derecho a la Salud. Temas a Reflexionar. ED., UNAM, IJ, Serie Estudios Jurídicos, Número 57, México, 2004.

3.- CORREA, Sonia. Derechos Reproductivos como Derechos de las Mujeres en: El Otro Derecho, Editorial TEMIS, ILSA, Número 8, Bogotá, Colombia, junio 1991.

4.- DEL CAMPO, LA CALLE González, y LEONSEGUI Guillot. Boletín de la Facultad de Derecho, Editorial UNED, 2ª época, Número 7, Madrid, 1994.

5.- FLORES, Salgado Lucerito Ludmila. La Maternidad Por Sustitución y su Impacto en el Derecho Civil. IUS, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Revista del Centro de Investigaciones, Año VIII, Número 15, Puebla, México, 2004.

6.- FREYERMUTH Enciso, Graciela. Mortalidad Materna: Género, Familia y Etnia en Chenalhó. Revista Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales, Editorial UAM, GV Editores, Número 52-53, agosto 1997, México.

7.- FUENZALIDA Zúñiga, Carmen Gloria. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. Revista Chilena de Derecho, volumen 25, número 4, Editorial, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile octubre-diciembre 1998.

- 8.-** GUZMÁN Ávalos, Aníbal. Algunas Consideraciones Civiles de la Procreación Asistida. Revista Jurídica Veracruzana, Número 71, Tomo LV, Xalapa de Enríquez, Veracruz, abril-junio 1995.
- 9.-** LABADIE Jackson, Glenda. BIOÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA: ACOTACIONES Y CLAREOS ACERCA DE LA GRAVIDEZ SUBROGADA. Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico, Editorial Universidad de Puerto Rico. Volumen 76, Número 4, Año 2007,
- 10.-** LA CALLE González Haba, Ma. Dolores. La prestación del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida. En el Boletín de la Facultad de Derecho, ED., UNED, 2ª época, número 7, Madrid, 1994.
- 11.-** LAPLACETTE, Dora Rocío. Contrato de Locación de Vientre. Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Editorial Universidad Católica de Argentina, Número XL, Buenos Aires, Argentina, Noviembre 1995.
- 12.-** LÓPEZ Faugier, Irene. Aspectos Legales y Éticos de la Maternidad Gestante. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LX, Número especial, "ÉTICA Y HUMANISMO", Editorial UNAM, México, 2010.
- 13.-** MUÑOZ Martínez, Vanessa. ¿PODEMOS DIVIDIR UN NIÑO ENTRE DOS O MÁS MADRES DE FORMA SALOMÓNICA? MATERNIDAD SUBROGADA: PROPUESTA LEGISLATIVA. Revista Jurídica. Universidad de Puerto Rico, Editorial Universidad de Puerto Rico. Volumen 76, Número 4, Año 2007,
- 14.-** RODRÍGUEZ López, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El Útero Como Objeto de Contrato. Revista de Derecho Privado. Editorial IIJ, UNAM, Nueva época, Año IV, Número II, México, mayo-agosto 2005.
- 15.-** SILVA Ruiz, Pedro F. Clonación Humana y Reproducción Asistida. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. La Nueva Familia y el Derecho. Volumen 63, número 3, julio-septiembre 2002.

16.- SILVA Ruiz, Pedro F. El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial IN VIVO E IN VITRO. Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XXXVII, Número 151-152-153, ED., UNAM, México, 1987.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial, SISTA, México, 2002,
- 2.- Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. Legislación Civil para el Distrito Federal, 25ª edición, Editorial SISTA, México, 2010.

SITIOS WEB.

- 1.-Código Civil de Chile. www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-10-01
- 2.-Código Civil Español.
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/satelite/es/1288774423012/listapublicaciones.html>.
- 3.- Código Civil Francés.
http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/.../2/.../code_41.pdf
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal. www.aldf.gob.mx/marco-juridico-102-1.html
- 5.- Código Penal para el Distrito Federal.
<http://cgservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r2409.htm>
- 6.- Constitución Política de Chile.<http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2012-03-06>
- 7.- Constitución Política de España.
http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_espa.pdf

8.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1.pdf

9.- Constitución Política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
<http://www2.pr.gov/sobrepuertorico/documents/claconstitucion.pdf>

10.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es/rae.html

11.- Exposición de Motivos de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal. <http://es.scribd.com/doc/36185692/12-iniciativa-maternidad-subrogada>

12.- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
http://noticias.juridicas.com.mx/base_datos/admin/14-2006.html

13.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.www.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/185.htm?s

14.- Ley Federal del Trabajo. www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/125.pdf

15.-Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-9a7337cbb35a491ce0a4746a0714369c.pdf>

16.- Ley Sobre los Procedimientos de Inseminación Artificial.
www.camaraderepresentantes.org/files/pdf/82965DCGwL.pdf

17.- MAZET Guy. Proyecto de Legislación Francesa sobre la Bioética,www.juridicas.unam.mx/libros/1/82/7.htm