



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO.**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA  
PARA EL MARCO LEGAL MEXICANO”.**

**TESIS**

PARA OBTENER EL GRADO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
QUE PRESENTA EL ALUMNO:

**ULISES BARUCH CRUZ FLORES.**

**DIRECTORA DE TESIS:  
HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO.**





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.

Ciudad Universitaria, Distrito Federal, a 01 de abril de 2013.

**LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.**  
**P R E S E N T E.**

Por este conducto me honra comunicarle que el alumno **ULISES BARUCH CRUZ FLORES**, con número de cuenta **304757736** y cuyo proyecto de tesis registrado en este H. Seminario bajo el nombre de **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA PARA EL MARCO LEGAL MEXICANO”**, ha finalizado satisfactoriamente su investigación, misma que ha sido enteramente supervisada y aprobada por quien suscribe.

Por lo anterior, en este acto dejo a su disposición el trabajo de investigación desarrollado por el alumno, con la finalidad de que el H. Seminario a su digno cargo, proceda con su revisión así como con los posteriores trámites correspondientes.

Sin otro particular y agradeciéndole las atenciones que se sirva prestar a la presente. le envío un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**



**DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO.**  
**PROFESORA ADSCRITA AL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO: SEMCIV 16/2013  
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, **CRUZ FLORES ULISES BARUCH**, con número de cuenta **30475773-6**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la **Dra. Hilda Pérez Carbajal y Campuzano**, la tesis denominada **"Análisis jurídico de la gestación subrogada para el marco legal mexicano"**, y que consta de **207** 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 3 de abril del 2013.

  
**Lic. José Marcos Barroso Figueroa**  
Director del Seminario. Turno matutino



## *Agradecimientos y dedicatorias...*

### *A mi familia:*

A mi padre, **José David Cruz Mandujano**; mi ejemplo como ser humano. Por ti he aprendido la importancia de la otredad, y que cualquier quehacer en la vida es insípido si no se le aplica el corazón. El valor del universo en el pensamiento de cada persona, del *por qué* de cada cosa, mi semilla primera del pensamiento, todo eso tiene origen en ti.

A mi madre, **Dalila Flores Martínez**, por estar aquí siempre, por ser mi reconforte en los momentos de flaqueza y el más poderoso ejemplo de vida. Mi primer maestra y mi inspiración para hacer de mi vida un campo abierto, la mejor cómplice de mi curiosidad miedosa. Tú me has enseñado desde siempre el olor infinito de la libertad. Esta tesis es tan tuya como la alada libertad que me enseñaste a hacer sólo mía.

A mi hermana, **Cinthy Daniela Cruz Flores** por darme la fuerza para seguir adelante en tus palabras precisas y tus miradas certeras. Tienes mi corazón y mi pensar a tu completa disposición; como hermano espero ser más que sangre en común, espero sembrar en ti lo que he aprendido así como yo de ti he aprendido lo fundamental de observar y escuchar.

A mi abuelo, **David Cruz Hinojosa**, por enseñarme a encontrar millones de ideas con sólo subir la mirada al cielo. Hay tantas cosas que aprender del mundo cuando uno se sienta a contemplar con todos sus sentidos. Gracias también por heredarme el valor del amor a mi patria, porque gracias a ti hoy no puedo pensar en idea alguna que no sea para sembrar algo a mi país. Mirar al cielo y mirar a mi bandera, es como leer tu nombre.

A todos mis familiares cercanos, porque su presencia en mi vida me hace sentir cobijado de fuerza y alegría, porque siempre han estado y sé que estarán aquí. En especial gracias a **Montserrat** y **Gissel Zurita Cruz**, por su interés en mi tema de tesis y por aportarme ideas en tantas pláticas que me han hecho pensar contra la espada y la pared.

### *A mis profesores:*

A **Carlos Rodolfo Miranda**, mi primer acercamiento con un abogado. La aportación fue enorme: *Precisión*. Porque las palabras acarrear conocimiento y también responsabilidad. La claridad de las palabras es un complejo ejercicio que demuestra qué tan maduro se tiene un conocimiento. Sigo tratando de aprender a hacerlo bien.

Sin lugar a dudas, a ti, **Ana Silvia Rodríguez**. Mi deuda contigo es infinita porque así de grande ha sido tu apoyo y mi cariño hacia ti. Y es aquí cuando me fallan las palabras. Tú siempre tan pendiente de mí, siempre tan apasionante platicar contigo. Qué grande apoyo

he tenido en ti. Porque toda *psique* es también un alma, la sensibilidad es la intuición que completa el conocimiento de la razón.

A la admirable guerrera, la abogada **Cristina Aguilar García**. Un ejemplo de carácter, una dura prueba y una gran maestra. Gracias por hacer de tu pensamiento una oportunidad para fortalecer mi mente, por ser una brillante pregunta y respuesta con el arte inteligente de la ironía. La persona que predijo mi profesión sin que nadie lo sospecháramos ni por un momento. Gracias por seguir aquí, abogada.

Al Licenciado **José Luis Chirinos Palomo**: *“Un verdadero abogado debe ser un buen historiador, un buen filósofo, y un buen jurista”*. En camino estoy.

Al audaz abogado **Rafael Bulmaro Castillo Ruíz**, por hacer del conocimiento la esencia de mi religión y lo sacro de las palabras: *“El conocimiento de las palabras lleva al conocimiento de las cosas... y de la vida misma. Eso lleva a la armonía”*. Por su perspectiva y estrictez, por enseñarme a estar alerta ante la sicalipsis de la vida y a aplicarlo al derecho. Por ser prueba férrea de seguridad y un aprendizaje sibarita.

A la Doctora **Mónica González Contró**, por enseñarme que la verdadera filosofía se encuentra en pensar por uno mismo. Así de simple, así de complicado.

Al multifacético Doctor **Carlos Arellano García**. Mi más grande ejemplo de entusiasmo y alegría profesional está en su recuerdo, cuyos pasos son huellas indelebles en mi vida y profesión.

Uno de los más grandes honores de mi vida ha sido el haber sido alumno de una gran mujer, gran jurista, poetiza y ensayista: La Doctora **Aurora Arnáiz Amigo**. Sus lecciones en las aulas y sus enseñanzas personalísimas siguen vivas en mí, tanto como su pasión inmensa por el derecho y el conocimiento por entero. Cualquier cosa en la vida puede ser preciosa poesía si se hace con pasión. A usted, maestra, que sigue aquí.

A mi estimado mentor jurídico, el Doctor **Mauricio Rogelio Rangel Rangel**, por mi formación inicial como abogado: *“Ser abogado es más que una profesión, es una forma de vida y que se cultiva no sólo aprendiendo de derecho”*. Gracias por el apoyo, por *la gran presión que se debe aplicar para formar diamantes*, por enseñarme a disfrutar de la vida con el valor supremo de ser uno mismo y no con el de un supuesto *deber ser* del abogado. Ahí el secreto de tantas cosas.

Al Licenciado **Hugo Montaña**, que me enseñaste en la práctica el valor más grande de un abogado: *“El abogado no debe ir a imponer sus razones sino a buscar soluciones para quien representa”*.

Al Licenciado **Austreberto Martínez Ayala** por confiarme importantes responsabilidades que me han puesto a prueba conmigo mismo como profesionista. Ha sido grande tu apoyo. Gracias por tantas oportunidades.

A mi profesora y asesora de Tesis: La Doctora **Hilda Pérez Carbajal y Campuzano**. Gracias por sus enseñanzas y su apoyo, pero sobre todo, muchísimas gracias por confiar tanto en mí y en mis ideas. Gracias por dejarme un óleo en blanco para poder crear.

*A mis compañeros de viaje:*

A **Ricardo Heredia**, mi querido y sabio amigo, incondicional acompañante. A ti que siempre has estado a mi lado en cada batalla. Eres un ejemplo de honor. Gracias, amigo. *“Ad astra per aspera”*.

A **Karla Monserrat Martínez Silva** por resucitar en mi espíritu el sentido de las cosas, y en ello encontrar la esencia de mi amor por esta investigación en el momento de su mayor meseta: *“Aquél que tiene un por qué para vivir se puede enfrentar a todos los cómo”*. Si rebasé el obstáculo más grande para seguir, fue por el universo que contienen esas palabras.

A **Brian Albarrán** por el apoyo desde hace ya más de una década, por escucharme y dejar siempre una puerta abierta. Por añejar tu amistad y crecer juntos, hoy como testigo de esta importante etapa de mi vida, la más importante hasta el día de hoy.

A **María de Guadalupe Salmorán Villar**. A ti que cambiaste el rumbo de mi vida entera, por tener tanta fe en mí y darme impulso. Eres mi ejemplo inagotable de lucha, mi admirable guerrera. Gracias por ayudarme a reconciliar mi cielo, mi tierra y mi mar, pero sobre todo, eternamente gracias por el día que emprendí por primera vez el vuelo con cuatro palabras tuyas: *“Yo creo en ti”*. Así de simple, así de grande. Gracias, Salmorán.

A todos agradezco y dedico esto tan mío, con aprendizaje de cada uno de ustedes, todos admirados por mí, todos mis maestros, todos inspiración en mi vida. Para ustedes esto y la palabra más fuerte y más grande que conozco:

***Gracias.***

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA  
PARA EL MARCO LEGAL MEXICANO**

*“Tener un hijo no es tener un ramo de rosas. Hemos de sufrir para verlos crecer. Yo pienso que se nos va la mitad de nuestra sangre. Pero esto es bueno, sano, hermoso. Cada mujer tiene sangre para cuatro o cinco hijos, y cuando no los tienen se les vuelve veneno, como me va a pasar a mí”.*

*(...)*

*“... yo haré lo que sea, aunque me mande clavar agujas en el sitio más débil de mis ojos”.*

**(Federico García Lorca, *Yerma*. Fragmento).**

## ÍNDICE.

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
------------------------	----------

### **CAPÍTULO I.**

#### **La Gestación Subrogada.**

#### **Una propuesta ante la imposibilidad reproductiva.**

<b>1.1.</b> La ideología de la reproducción humana	<b>5</b>
<b>1.2.</b> Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida	<b>8</b>
<b>1.3.</b> La Gestación Subrogada	<b>9</b>
<b>1.4.</b> Antecedentes de la Gestación Subrogada	<b>10</b>
<b>1.5.</b> Análisis Nominativo	<b>11</b>
<b>1.6.</b> Análisis Conceptual	<b>18</b>
<b>I)</b> Gestación Subrogada <i>con</i> aportación genética de la gestante	<b>20</b>
<b>II)</b> Gestación Subrogada <i>sin</i> aportación genética de la gestante	<b>24</b>
<b>1.7.</b> Naturaleza Jurídica de la Gestación Subrogada	<b>28</b>
<b>1.8.</b> Las partes integrantes del acto	<b>30</b>
<b>I)</b> Partes Esenciales	<b>31</b>
<b>II)</b> Partes Opcionales	<b>34</b>
<b>1.9.</b> Gestación Subrogada y Bioética	<b>35</b>
<b>I)</b> <i>¿Qué es Bioética?</i>	<b>35</b>
<b>II)</b> Bioética y Derecho: Su inclusión en la Gestación Subrogada	<b>38</b>

### **CAPÍTULO II.**

#### **La Gestación Subrogada en el panorama del Derecho Extranjero.**

<b>2.1.</b> Legislaciones y Controversias Jurídicas en el Plano Internacional	<b>41</b>
<b>A)</b> España	<b>42</b>
<b>B)</b> Gran Bretaña	<b>44</b>
<b>C)</b> Estados Unidos de Norteamérica	<b>47</b>
<b>D)</b> Francia	<b>50</b>
<b>E)</b> Suecia	<b>51</b>
	<b>52</b>

F) Alemania	
G) Italia	52
H) India	54
I) Argentina	57
2.2. Posibles soluciones técnicas en caso de conflictos internacionales de leyes	59
I) Propuesta de solución <i>Jurídica Positivista (Legalista)</i>	59
II) Propuestas de solución <i>Doctrinal</i>	61
2.3. La importancia de una legislación reguladora de la Gestación Subrogada	64

### **CAPÍTULO III.**

#### **La Legislación Mexicana frente a la Gestación Subrogada.**

3.1. Panorama legislativo mexicano frente a la Gestación Subrogada	68
3.2. Legislación en las diversas Entidades Federativas mexicanas	70
I) Legislaciones <i>permisivas</i> por mención	70
A) Colima	70
B) Querétaro	71
C) Tabasco	72
II) Legislaciones <i>permisivas</i> por interpretación	78
A) Michoacán	78
B) Morelos	80
C) Puebla	82
D) Sonora	83
E) Zacatecas	88
III) Legislaciones prohibitivas	90
A) Coahuila	90
B) San Luis Potosí	92
IV) Legislaciones <i>permisivas</i> por omisión	93
3.2.1. La iniciativa de <i>Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal</i>	94
I. Generalidades del acto de gestación subrogada	94
II. Obligaciones de los médicos tratantes	99
III. Requisitos para el procedimiento judicial de gestación subrogada	102
IV. Formalidades para la gestación subrogada	108
V. Del certificado de nacimiento del nacido por gestación subrogada	117
VI. La nulidad en el instrumento de gestación subrogada	117
VII. Sanciones en relación con el instrumento de gestación subrogada	118

<b>3.3. Reflexiones sobre las legislaciones mexicanas frente a la subrogación</b>	<b>119</b>
---	------------

**CAPÍTULO IV.  
Fundamentación Jurídica de la Gestación Subrogada en México.  
Límites y alcances del Acto Jurídico.**

<b>4.1. La estructura jurídica a considerarse para la Gestación Subrogada</b>	<b>121</b>
<b>4.2. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Las Garantías Individuales en la Reproducción Humana Asistida</b>	<b>122</b>
<b>4.2.1. Artículo Primero</b>	<b>122</b>
<b>A) Derechos Humanos y la libre disposición del cuerpo propio</b>	<b>122</b>
<b>B) Homosexualidad y Gestación Subrogada</b>	<b>125</b>
<b>4.2.2. Artículo Cuarto</b>	<b>130</b>
<b>A) La equidad y la familia en la Reproducción Humana Asistida</b>	<b>130</b>
<b>B) La Libertad Reproductiva ajustada a la Gestación Subrogada</b>	<b>131</b>
<b>C) El Derecho a la Salud y sus alcances</b>	<b>134</b>
<b>4.2.3. La facultad legislativa en materia de reproducción humana</b>	<b>141</b>
<b>4.3. Ley General de Salud</b>	<b>142</b>
<b>4.3.1. Diagnósticos previos a la Subrogación</b>	<b>143</b>
<b>4.3.2. Importancia de los diagnósticos psicológicos</b>	<b>146</b>
<b>4.3.3. Del tratamiento de células reproductivas humanas y su no lucratividad</b>	<b>149</b>
<b>4.3.4. Derecho Subjetivo del acto: El perfil médico y psicológico de los aspirantes a la Gestación Subrogada</b>	<b>151</b>
<b>4.4. Derecho Civil y Familia</b>	<b>154</b>
<b>4.4.1. Construcción Jurídica de la Persona</b>	<b>158</b>
<b>4.4.2. Los atributos de la Persona regulables en la Gestación Subrogada</b>	<b>161</b>
<b>4.4.3. La Gestación Subrogada como Acto Jurídico en sentido amplio</b>	<b>164</b>
<b>4.4.3.1. <i>¿Por qué la Gestación Subrogada no puede ser un hecho jurídico estricto si implica un nacimiento?</i></b>	<b>170</b>
<b>4.4.3.2. <i>Gestación Subrogada: ¿Negocio Jurídico ó Acto Jurídico en sentido estricto?</i></b>	<b>171</b>

## **CAPÍTULO V**

### **Síntesis de propuestas regulatorias:**

#### **El Acto Jurídico de Gestación Subrogada en la Jurisdicción Voluntaria.**

<b>5.1.</b>	Propuesta para una Legislación Permisiva en lo General	<b>174</b>
	<b>I)</b> Principales retos de una legislación permisiva	<b>174</b>
	<b>II)</b> Principios rectores de la Gestación Subrogada	<b>188</b>
	<b>III)</b> Forma y formalidades para el acto jurídico de Gestación Subrogada	<b>189</b>
<b>5.2.</b>	Propuestas Permisivas en lo particular	<b>191</b>
	<b>I)</b> Sobre la Gestación Subrogada sin aportación genética de la gestante	<b>191</b>
	<b>II)</b> Sobre la Gestación Subrogada con aportación genética de la gestante	<b>192</b>
<b>5.3.</b>	Consideraciones para una Legislación Prohibitiva	<b>194</b>
<b>II.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>198</b>
<b>III.</b>	<b>FUENTES DE CONSULTA</b>	

## INTRODUCCIÓN.

La historia de la humanidad está repleta de anécdotas centradas en la filiación, la descendencia se ha considerado por los antiguos como un asunto de poder e incluso como un acontecimiento de trascendencia divina. Así a lo largo del tiempo y con el avance de la ciencia y la tecnología, el ser humano ha tratado de encontrar no sólo una solución a los problemas reproductivos sino a la interesante frustración humana por no poder tener una descendencia que comparta una misma composición genética; sin embargo, tal parece que los avances científicos han rebasado considerablemente a la ética, pues muchos actos científicos encaminados a procrear, han llegado a situarse en una discusión entre la ética y el deseo.

Una de las soluciones que la ciencia ha propuesto para lograr la reproducción se encuentra en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, mismas que no entran como una opción terapéutica para las personas con imposibilidades reproductivas, sino como métodos mecánicos empleados por los médicos para ayudar a las células reproductivas a fecundar entre sí y lograr así un embarazo. De la mano de dichas técnicas, la ciencia encontró un método que podría ayudar a las parejas estériles e infértiles a tener descendencia: La *Gestación Subrogada*.

A grandes rasgos, esa subrogación trata de que una pareja o un solo individuo varón que pretendan tener hijos, pidan a una mujer fértil y saludable para llevar a buen término el embarazo, que geste al producto hasta el último momento; así el día del nacimiento del menor éste será entregado a quien o quienes lo solicitaron para que sean padres, de manera que al final, la mujer que gestó deberá olvidarse plenamente de todo derecho que podría tener sobre aquél a quien gestó.

Sin embargo no es tan simple la nomenclatura de la gestación subrogada, ya que los sujetos que le protagonizan no siempre habrán de tener una misma condición pero sí un mismo interés (que en este caso es el de procrear). La subrogación puede suceder de facto, por un solicitante o más, independientemente de sus

preferencias sexuales, y en cuanto a la gestante, ésta tampoco deberá cumplir con alguna condición en específico más que el hecho de poder embarazarse saludablemente y que, por supuesto, lo consienta.

Por el simple y llano acuerdo de voluntades totalmente observable en el pacto de gestación subrogada, ha llegado a pensarse que el acto es un contrato sencillamente, y que por prestar el útero para el embarazo, el contrato es un arrendamiento; sin embargo ¿son los derechos filiales objeto de transacción entre particulares?

Otra variable en la nomenclatura de la gestación subrogada se encuentra en los gametos, pues hay dos posibilidades: Una cuando los solicitantes, mujer y varón, aportan sus respectivos espermatozoides y óvulos para que a través de una técnica de reproducción asistida fecunden **fuera del cuerpo femenino** para ser posteriormente insertarlo en el cuerpo de una tercera mujer, es decir, la gestante subrogada. La segunda posibilidad se encuentra en que el solicitante varón, independientemente a que cuente o no con una pareja, otorgue su espermatozoide para ser insertado en el óvulo de la gestante subrogada y que al nacimiento, el menor sea entregado, olvidándose así la gestante de todo derecho que pueda tener sobre su hijo.

La ética no tardó en encontrar interrogantes a los embarazos producidos en subrogación, pues en principio es un hecho que es abruptamente distinto a lo que naturalmente habíamos conocido. El derecho también encontró múltiples debates al respecto, comenzando porque pierden validez varios principios generales del derecho, como el "*mater semper certa est*" (la madre siempre es cierta), y otros como los de la dignidad de la persona, en donde las controversias jurídicas argumentan que, al momento de que se pide que las gestantes subrogadas se olviden de todo derecho sobre los gestados, que a veces pueden ser sus propios hijos, se utiliza a las mujeres como objetos para lograr fines.

Desde los primeros casos de gestación subrogada, esa subrogación ha gestado más controversias judiciales que seres humanos, pues no han existido

legislaciones permisivas que sean diligentes al respecto, por lo que tantas lagunas legislativas han dado lugar a juicios prácticamente improvisados.

En la gran mayoría de las Entidades Federativas mexicanas, al igual que sucede en muchos otros países, la subrogación en la gestante no es un asunto que esté del todo prohibido, pero tampoco se dice nada sobre su permisión por lo que se recurre al principio legal de que *“lo que no está prohibido se entiende como permitido”*. Sin embargo la controversia no termina ahí, sino que más bien la intensifica.

El problema más allá de la ética, surge cuando se desatan los litigios en los juzgados; cuando hay una legislación que es omisa y por tanto se entiende que se permite la subrogación, resulta que no hay fundamentos legales para lograr una resolución judicial mínimamente satisfactoria, es decir, que tanto el juez, como los abogados y las partes carecen de las herramientas mínimas en derecho para argumentar una demanda.

A nivel mundial, muchas legislaciones que permiten la gestación subrogada carecen también de detallar la norma jurídica, pues se limitan escuetamente a hacer una permisión sustantiva, mas no adjetiva. Como se verá en esta investigación, en México ha sucedido algo parecido; hay Entidades Federativas que permiten la gestación subrogada, pero que son omisas o escuetas en las formas en que debe realizarse o deba resolverse en caso de un litigio, por lo que se convierten en normas imperfectas, incompletas e ineficaces.

La gestación subrogada es un debate que se ha evitado por varios años mientras sucede de facto en diversas partes del mundo. El tema es sumamente complicado pero necesario de analizar debido a su existencia y su trascendencia.

La bibliografía es también un tema a considerarse, hay muy poco que leer al respecto pero hay muchas ideas en las que pensar. Es un tema tan antiguo como novedoso, es antiguo porque se dice que ha sucedido incluso desde épocas antes de Cristo, pero es también novedoso en razón de que, con el avance de la

tecnología, esas subrogaciones proliferaron, se ajustaron más a los deseos reproductivos de las personas, y se hicieron aún más atractivas.

Esta investigación pretende poner sobre la mesa una problemática latente que se incrementa con el paso del tiempo, pero también trata de ser diligentemente analítica en la gran mayoría de sus elementos de derecho, por lo que se observará y se analizará el tema desde cuatro perspectivas jurídicas: La teórica, la doctrinal, la legislativa y la propositiva.

En el plano teórico se hará un análisis minucioso en cuestión terminológica, pues si el tema es complejo, lo es en buena parte porque los términos empleados son poco pensados y que pueden llegar a confundir al lector o al interlocutor. Ahora bien, en el plano doctrinal, se expondrán algunas de las ideas mostradas por varios autores que han escrito al respecto. En el plano legislativo se analizará y se interpretará puntualmente cada norma jurídica válida en nuestro país y que se relacione considerablemente con el tema central de esta investigación. Y finalmente el plano propositivo serán las ideas conclusivas para la gestación subrogada; es decir que, puede decidirse permitir o prohibir a la subrogación, pero habrá que detallarse en qué forma y en qué sentido deberá plantearse la norma jurídica.

La presente es una tesis seria y que pretende ser diligente en su análisis, por lo que intenta utilizarse un lenguaje simple para facilitar la complejidad del tema y sobre todo porque evita ser un discurso tendencioso, sino que más bien base su argumentación en una objetividad que produzca un resultado satisfactorio, no como una respuesta sino como una propuesta y como un estudio etológico; un buen **punto de partida** para la discusión. Se parte así de una hipótesis para terminar en otra hipótesis, una nueva y fortalecida que sirva como punto de partida a discusiones futuras que sean serias y dedicadas, por lo mismo se toma la libertad de crear clasificaciones y conceptos propios respecto al tema.

El propósito de esta investigación no es el de dar respuestas absolutas, sino el de sembrar un debate necesario...

## CAPÍTULO I

### La Gestación Subrogada: Una propuesta ante la imposibilidad reproductiva.

*“Muchos descubrimientos están reservados a las edades futuras, cuando nuestro recuerdo se haya extinguido de la memoria de los hombres”.*

**Séneca.**

#### **1.1. La ideología de la reproducción humana.**

Existe una tendencia natural e insoslayable en los seres humanos por reproducirnos; la biología de muestra un instinto por hacer que la información genética contenida en nuestras células jamás llegue a su desaparición, por lo que en respuesta, el cuerpo humano busca con ímpetu la manera de reproducir su ADN para que éste subsista más allá de su muerte. Es tal la importancia por la reproducción humana en nuestra ideología, que a lo largo de los años se ha pensado en que el hecho de tener hijos es asunto de realización personal, trascendiendo al anhelo de los padres a que sus descendientes sean quienes logren todo aquello que ellos no lograron a lo largo de sus vidas.

A lo largo de la historia se ha considerado un privilegio de la naturaleza la capacidad de reproducirse; en varias de las religiones –principalmente

ancestrales- han existido dioses de la fertilidad, incluso dentro de la tradición judeocristiana se encuentran antecedentes respecto a la importancia de la reproducción en el ser humano.

La Biblia, compilación sagrada para la cultura judeocristiana, narra en el Génesis la historia de Sarah, esposa de Abraham, quien al no poder tener hijos, le pide a Abraham que éste concibiera hijos con su esclava Agar y de esa manera, tratar a los hijos así concebidos como propios del *matrimonio*<sup>1</sup>; ese acontecimiento además de su importancia antropológica y religiosa, tiene un importante sustento jurídico, pues el acto realizado encontraba fundamento en el Código de Hammurabi.

Ha sido tal la importancia ideológica de la procreación, que la imposibilidad de engendrar hijos puede llegar a representar importantes frustraciones en las expectativas de vida de las personas, inclusive para algunas comunidades religiosas, es visto como una *maldición divina* que lleva muchas veces a las personas con problemas de esterilidad e infertilidad, a mantenerse recluidos del resto de los integrantes de sus comunidades. Podría lo anterior parecer un extremismo fundamentalista, sin embargo ello no es exclusivo de las comunidades religiosas sino que en nuestra sociedad en lo general –independientemente de la religión-, los estereotipos y costumbres sociales siempre han marcado un aproximado de edades para lo que se cree que se *debe hacer*, por lo que de manera arbitraria e irracional, se generaliza que a determinada edad se cree que *debe* contraerse matrimonio o se *debe* tener hijos, lo cual es únicamente un dogma que tiende a hacer pensar erróneamente a las personas que no pueden engendrar hijos, que una parte esencial de sus vidas ha fracasado. Esa idea de fracaso conlleva a las personas a la depresión e incluso, de alguna manera, a la relegación, pues los intereses y actividades de convivencia cambian rotundamente al tener hijos.

Para el especialista en ginecología Efraín Pérez Peña, los problemas reproductivos pueden llegar a crear tal frustración en los seres humanos a nivel

---

<sup>1</sup>BIBLIA. GÉNESIS. 16.1 a 4.

psicológico, que en la mayoría de los casos es preciso recurrir a una consulta profesional para sobrellevarle.<sup>2</sup> Al respecto, la Doctora Helena López Dabat sostiene que el psicólogo en su praxis debe

*“(...) estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados; en definitiva indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías inconscientes que subyacen (...)”<sup>3</sup>*

La imposibilidad de procreación se divide en dos clases: Imposibilidad reproductiva por **esterilidad**, o por **infertilidad**. La primera es originada por alguna deficiencia en el aparato reproductor -masculino o femenino- que impide el logro de la fecundación,<sup>4</sup> mientras que la *infertilidad* es la inviabilidad en el desarrollo del producto que ya se encuentra fecundado<sup>5</sup>; es decir, que la diferencia esencial se encuentra en que la esterilidad es cualquier imposibilidad, tanto en el varón como en la mujer, para que sus gametos (espermatozoides u óvulos) logren unirse con el de su sexo contrario<sup>6</sup>, mientras que la infertilidad sí produce la unión entre ambos gametos (fecundación) pero el producto no logra sobrevivir dentro del útero hasta su nacimiento.<sup>7</sup> No obstante a la diferenciación, para efectos del presente trabajo, se entenderá indistintamente como *imposibilidad de procreación*, o

---

<sup>2</sup> PÉREZ PEÑA, Efraín. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995, pp. 628-630.

<sup>3</sup> LÓPEZ DABAT, Helena. “Aspectos psicológicos de la esterilidad” en TOZZI, Roberto Ítalo; Esterilidad e infertilidad humanas, 2ª ed., Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 1992, p.381.

<sup>4</sup> ARRIGHI, Arturo y Miguel Cogorno; “Infertilidad” en TOZZINI, Roberto Ítalo; et al p. 352.

<sup>5</sup> PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* pp. 1-11.

<sup>6</sup> Verbigracia, en el caso de las mujeres se pueden presentar deficiencias en la **función ovárica**, en las **trompas de Falopio**, o en el **útero** o bien, en el caso de los varones, puede presentarse por **disfunción eréctil**, **aneyaculación** (no eyaculación), **azoospermia** (no creación o liberación de espermatozoides), **oligoastenozoospermia** (disminución en el número y movilidad de los espermatozoides) o **astenozoospermia** (disminución en la movilidad de los espermatozoides).

<sup>7</sup> Por citar algunos problemas de salud que causan infertilidad mencionamos: Antecedentes de numerosos **abortos** practicados a un útero, el intento de embarazo a **edades avanzadas**, empleo excesivo de algunos productos químicos **anticonceptivos**, algunas **enfermedades** –sean o no de transmisión sexual-, e incluso el **estrés** o la **drogadicción**.

*imposibilidad reproductiva*, tanto a la esterilidad como a la infertilidad, en virtud de que ambos conceptos impiden la reproducción por causas de problemas en la salud.

## **1.2 Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.**

Si bien es cierto que a lo largo de la historia de la humanidad se le ha atribuido gran importancia a la reproducción humana, también los es que desde antaño las imposibilidades reproductivas han representado una problemática tan importante para la sociedad, que las ciencias se han encargado a lo largo del tiempo, de proponer diversas técnicas que logren la reproducción humana de manera alternativa, es decir, de manera no coital, empleando así métodos para corregir las deficiencias en la reproducción; dichos métodos son mejor conocidos como **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son métodos de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa al coito para que la fecundación viable pueda ocurrir<sup>8</sup>. Estas técnicas, pese a lo ostentoso que puedan parecer, no tienen un origen novedoso, pues aproximadamente datan del siglo XVII cuando el médico del rey Enrique IV de Castilla intentó el embarazo de la reina (quien no podía tener hijos) a través de un primitivo intento de inseminación artificial (que anteriormente se había experimentado sólo con animales) insertando así el semen del rey. No obstante a que el intento resultó fallido, ello fue la primicia que abrió campo a la investigación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>9</sup>.

Entre las técnicas más sobresalientes de reproducción humana asistida, se encuentran la **Inseminación artificial** y la **Fertilización *In Vitro***, mismas que dan pie al desarrollo del tema de estudio principal.: La gestación subrogada.

---

<sup>8</sup> PÉREZ PEÑA, Efraín; *op cit* p. 644.

<sup>9</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ed. Trotta, España, 1999 p. 30.

### **1.3. La gestación subrogada.**

Dentro de las soluciones desarrolladas por la medicina para subsanar los problemas de reproducción humana, se ha propuesto a la **gestación subrogada** como una llamativa oferta, siendo que actualmente es una de las formas más populares en los métodos alternativos de reproducción humana; más allá de su posible eficacia y sus controversias prácticas, la gestación subrogada ha cobrado gran auge entre las personas imposibilitadas a reproducirse e incluso entre personas que simplemente desean tener un hijo evitándose todas las consecuencias legales y prácticas de contar con una pareja –en concubinato o en matrimonio- para procrear. Incluso en algunos países, han existido casos en que algunas mujeres desean tener un hijo a través de gestación subrogada para evitar las consecuencias fisiológicas del embarazo; lo cual, como era de esperarse, ha desatado un sinnúmero de controversias en el ámbito jurídico.

A grandes rasgos, hablar de gestación subrogada es el acto mediante el cual una persona o una pareja, solicitan a una mujer que geste un embrión para que al momento del nacimiento, el neonato sea entregado a quienes lo solicitaron teniendo éstos todos los derechos de paternidad y maternidad sobre el menor.

A la gestación subrogada erróneamente se le ha denominado *alquiler de vientre*, *vientres de renta*, *maternidad subrogada*, *madres por sustitución*, entre otros muchos nombres; sin embargo, como se detallará más adelante, en esta investigación se ha decidido llamarle **gestación subrogada**, ya que es un término más preciso y que al mismo tiempo es tan amplio que puede abarcar a las modalidades en que puede darse.

Es importante hacer hincapié en que la gestación subrogada **no es una Técnica de Reproducción Humana Asistida** sino un método alternativo de filiación que suele surgir **a través** de una de esas técnicas; es decir que las técnicas son el **medio** para engendrar a un ser humano, y la gestación subrogada es el **acto** mediante el cual se *pretende* ceder los derechos de filiación del nacido.

En esta investigación se estudiará la figura de gestación subrogada con la finalidad de proponer bases para una adecuada legislación en México, ya sea de manera permisiva o prohibitiva. Así mismo primero debe examinarse el objeto de estudio medular y posteriormente cuáles son los aspectos que deberán tomarse en cuenta para su regulación, para ello debe observarse al fenómeno desde las prácticas médicas que le dan origen -como técnica de reproducción humana- y analizando minuciosamente en su plano de aplicación legal –como un posible acto jurídico-, mas no sin antes observar algunas legislaciones al respecto de otros países y sus respectivas controversias judiciales.

#### ***1.4. Antecedentes de la Gestación subrogada.***

Sorprendentemente el origen de lo que hoy llamamos gestación subrogada (o al menos el antecedente más remoto que se ha encontrado) se encuentra varios años antes de Cristo, estando regulada y autorizada en el Código de Hammurabi.

El Código de Hammurabi al legislar sobre la forma de vida que debía llevarse entre los cónyuges, establecía que la cónyuge que no pudiera tener hijos, podía darle a su marido una esclava para que procreara con ésta y posteriormente, tener al nacido como hijo del matrimonio, y no obstante, en caso de que la esclava se encontrara también imposibilitada para tener hijos, la cónyuge tenía el derecho de venderla.

Ahora bien, si la cónyuge no ofrecía dicha prerrogativa a su marido, éste último tenía el derecho a repudiar a su esposa, o bien, a conseguir una nueva cónyuge que sustituyera a la mujer que no pudo ofrecerle descendencia.<sup>10</sup>

Evidentemente la vigencia del Código de Hammurabi se perdió con el transcurso del tiempo, sin embargo, no se descarta que dichos actos se hayan seguido practicando posteriormente; más bien podríamos decir que el tema en el debate jurídico comenzó a hacerse cada vez más sonado durante el siglo XX con la proliferación de las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>10</sup> “Código de Hammurabi”, edición preparada por Federico Lara Peinado. Editora Nacional. Madrid, 1982, pág. 107.

A finales de los años setenta, las revoluciones feministas cobraban auge en diversas partes del mundo, principalmente en Estados Unidos de Norteamérica y en varios países europeos; las mujeres se manifestaban exigiendo el reconocimiento y la protección de sus derechos, y entre ellos, se encontraba la exigencia a la protección de los derechos sobre sus propios cuerpos, tanto en la sexualidad como en la reproducción, abarcando así dos principios básicos: el derecho a la autodeterminación y la salud sexual y reproductiva.<sup>11</sup>

Las manifestaciones feministas se encontraban basadas principalmente en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y en la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, así como de otros tratados internacionales que aunque no estaban especializados en los derechos de las mujeres, eran derechos que no les eran adecuadamente reconocidos,<sup>12</sup> tales como el derecho a la salud y a la no discriminación, el derecho a la educación, al trabajo, etcétera.<sup>13</sup>

En el año de 1975 en Estados Unidos de Norteamérica, aparece en un periódico de California un anuncio publicado por una pareja infértil que solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente a cambio de una remuneración económica, y que al momento del nacimiento, el infante fuera entregado a los publicadores del anuncio<sup>14</sup>, convirtiéndose así en el primer caso documentado de gestación subrogada mediante reproducción asistida.

### **1.5. Análisis nominativo.**

Existen diversas denominaciones que se han empleado para referirse a la gestación subrogada de las cuales ninguna ha resultado totalmente satisfactoria debido a una gran diversidad de factores que resultan ser incongruentes con la jerga jurídica. Se le ha denominado *locación de útero, maternidad subrogada,*

---

<sup>11</sup> MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. "El arrendamiento de vientre en Colombia". Ed. Universidad de Medellín. Colombia, 2005. P. 119.

<sup>12</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos.*

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. "Las nuevas formas de Reproducción Humana". Ed. Civitas. Madrid, 1988. p. 180.

*maternidad de alquiler, maternidad de encargo, o madre suplente*<sup>15</sup>, por sólo citar algunos ejemplos.

Es incorrecto utilizar nominativos tales como *arrendamiento de útero* ó *alquiler de vientre*, puesto que el arrendamiento o el alquiler, son términos comerciales que por ende tienen propósitos puramente lucrativos, por lo tanto solamente pueden hacer alusión a cosas y nunca a órganos del cuerpo humano, pues la única forma de tener en contrato un órgano, es mediante donación y con un procedimiento específico en la Ley General de Salud (de la que posteriormente se tratará). Para ilustrarnos al respecto, el jurista español José Manuel Martínez-Pereda sostiene lo siguiente:

*“...el vocablo ‘préstamo’ debido al carácter de contrato real que presenta en nuestro Derecho, derivado del Derecho Romano, cuyo contenido consiste precisamente en la entrega de una cosa mueble o dinero, con la correspondiente obligación de devolución por parte del prestatario, se aviene mal y resulta de difícil aplicación al supuesto de recibir un embrión, o ser inseminada una mujer con el exclusivo fin de gestar y parir la criatura así engendrada para entregarla a los solicitantes, sea con remuneración o sin ella. **Otro tanto ocurre con lo referente a alquiler o arrendamiento, que contiene entre sus elementos esenciales la idea de un precio cierto y determinado o determinable, que aquí puede faltar***<sup>16</sup>.

El término *arrendamiento* es incompatible con la gestación subrogada desde la simple observancia en su definición legal, misma que se encuentra contenida en el Código Civil Federal en los siguientes términos:

**Artículo 2398.** *Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o*

---

<sup>15</sup> Op cit. p.137.

<sup>16</sup> J.M. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ y J.M. MASSIGOGUE BEREGUI. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Ed. Dykinson. Madrid, 1994. pp. 23.

*goce temporal de una **cosa**, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.*

En ese tenor, los órganos del cuerpo humano **vivo** no tienen una mera consideración como **bienes**, pero tampoco hay un **precio cierto** por el pago de la gestación; es decir, no hay un parámetro certero o determinable en que se pueda valorar el *préstamo* de un útero. Del mismo modo, en caso de que los órganos humanos sean bienes o cosas, éstos no se encontrarán desprendidos de un ser humano vivo, sino que se encontrarán unidos a una mujer viva en la que el embarazo, a través de sus órganos, provocará varias consecuencias fisiológicas que afectan en ella incluso al grado de poner en potencial peligro su vida, por lo que los órganos de la gestante no podrán determinarse independientemente a la persona, siendo que de alguna manera son “*accesorios*” de ésta; por lo anterior, en la lógica de llamarle *arrendamiento* o *alquiler*, en realidad a lo que se denominaría como cosa sería a la mujer gestante, para lo cual no se necesita mayor argumentación; las mujeres indudablemente son personas, no cosas.

Aunado a lo anterior, hay un elemento extra en la gestación subrogada y que tampoco se encuentra contemplado en el contrato de arrendamiento, y es el hecho de que al término de la gestación se hará entrega de **un ser humano**, no de un bien.<sup>17</sup>

Por otra parte, el denominar al acto como *maternidad gestante* o *maternidad portadora*, son de los términos más vagos que existen para el tema e incluso faltos de lógica y semántica respectivamente, pues la maternidad, como originalmente es en la naturaleza, siempre ha sido *gestante*: La madre biológica siempre gesta a su hijo, por lo que *maternidad gestante* no nos dice nada nuevo, ya que desde el los orígenes de la existencia de los seres humanos, todos somos gestados por nuestras madres, por lo que no habla de un acto nuevo (de nuestro tema de estudio), sino de lo que **comúnmente** ha sucedido en la reproducción humana, no

---

<sup>17</sup> Existen otros argumentos que demuestran la incompatibilidad en la equiparación de la gestación subrogada con el contrato de arrendamiento, sin embargo, por su especialización se analizará más adelante (ver *Capítulo IV*).

de un nuevo tipo de procreación. En cuanto al término *maternidad portadora*, el término *portar* es sumamente impreciso, pues se pueden portar objetos en un recipiente y únicamente se guardarán para llevarse a otros sitios, sin embargo lo que se hará en el útero de la mujer gestante no es únicamente portar embriones (como si una mujer fuera un instrumento para llevar objetos a todas partes o como si tuviesen una misión reduccionista y retrógrada que las mujeres son *cargadoras de hijos*), sino que su finalidad es primordialmente **gestar** a un embrión procurándole a lo largo de ese lapso para dar lugar a su **nacimiento**. Es decir, los úteros no portan, sino que, entre otras funciones biológicas, gestan.

Debe tenerse mucho cuidado con utilizar términos como **maternidad** o **madre**, pues debemos tener en cuenta que en la legislación mexicana no es correcto nombrar a la gestación subrogada con dichas palabras, pues la maternidad es un concepto que en lo jurídico y biológico solamente concierne a quien ha **engendrado** a los hijos, o bien, en lo puramente jurídico, también así se les considera a las mujeres que **adoptan** a una persona y que la ley les otorga todos los efectos legales que tendría una madre biológica, mas aún así la ley inicialmente le denomina como *adoptante*, de modo que siempre da lugar a que la maternidad sea un término empleado únicamente para la mujer que ha engendrado; sin embargo, los anteriores son los dos únicos casos reconocidos en el ordenamiento jurídico mexicano para dar la calidad jurídica de madre a una mujer, por lo que de ninguna manera podría llamársele “*madre*” a la mujer que gesta un embrión que no comparta su ADN y que además tampoco adoptará al momento de su nacimiento, y mucho menos tiene los respectivos derechos de patria potestad sobre el menor.

El Diccionario Jurídico Mexicano, en cuanto al concepto de maternidad, señala que la filiación *madre-hijo* regulada en el artículo 360 del Código Civil Federal, especifica que la relación resulta respecto a la madre por el sólo hecho del nacimiento y que puede probarse por cualquier medio ordinario incluyendo cualquiera que la ciencia aporte para su esclarecimiento.<sup>18</sup> De ese modo la

---

<sup>18</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Director Héctor Fix-Fierro. Ed. Porrúa. México, 2009 p. 2471.

permisión en la ley para investigar a la maternidad de manera **científica**, deja entrever que la filiación de la madre hacia sus hijos es la que se acredita con el ADN que se tenga en común entre ambos, por lo que en el caso de una mujer que geste un cigoto de otras dos personas, no puede denominársele madre sino únicamente gestante.

Como se desarrollará más adelante, hay dos supuestos en que se puede llevar a cabo el procedimiento de gestación subrogada; en el primer caso, una pareja otorga su cigoto (unión de espermatozoide y óvulo) a una mujer para que ésta le geste. En ese supuesto no se le podrá llamar *madre* a la mujer que se encargará de la gestación del embrión, sino que ella únicamente será una persona **gestante**, por lo que se rompe de manera tajante nuestro acostumbrado pensamiento a suponer que la madre es la única persona que gesta a los hijos, ya que en este caso no es la madre quien gesta sino una tercera persona. Por decirlo de manera más coloquial, los padres aportan los gametos fecundados **dándole vida** al producto, mientras que la gestante, al tener al embrión en su útero, se encargará de **conservar y preservar la vida del embrión hasta su nacimiento**. Son *tareas divididas*.

En el segundo caso, la persona a quien se le solicita la gestación del embrión **sí aporta su óvulo para la creación del producto**, por lo que en tal caso la gestante también tiene el carácter legal de madre puesto que aporta al producto su ADN; sin embargo, como es propio de la figura, ésta deberá entregar a la persona solicitante al hijo cuando llegue el momento de su nacimiento, haciendo además una especie de “*cesión*” de los derechos inherentes a la maternidad: Los derechos de filiación. En este caso, quien tomará el papel de madre finalmente no será quien le gestó, sino quien encargó el desarrollo embrionario.

Tal vez el término *maternidad subrogada* podría aplicarse pero únicamente en uno solo de los supuestos mencionados (el segundo), es por ello que se ha decidido no emplearlo, ya que reduce su referencia únicamente a ese supuesto y sobre todo, por el importante hecho de que los derechos de filiación no son cedibles entre particulares sin la intervención de una autoridad –como sucede en el caso de

la adopción- por la importancia de los intereses superiores de los menores de edad y los derechos familiares (en este caso de filiación) que son de interés público; es decir, que por su importancia, no hay posibilidad a ser negociados sin la intervención del Estado.

En síntesis, existen dos supuestos en los actos de la equivocadamente llamada “*maternidad subrogada*”: El primero es cuando la gestante **no aporta** su óvulo, y el segundo es cuando la gestante **sí lo aporta**, por lo que en esa lógica la subrogación de maternidad, vista como *enajenación* de los derechos de filiación, al parecer únicamente sucede en el caso en que sí se aporta el óvulo (pues se aporta material genético de la gestante convirtiéndola legalmente en madre), sin embargo no aplica al caso en que la gestante no aporta su material genético; sin embargo aún así la palabra *maternidad* para la jerga jurídica es un concepto aún más complejo, es un derecho de interés público, que por ende no se puede negociar entre particulares, pues como ha sostenido el Doctor Gabino Fraga, el interés público es un *conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado*<sup>19</sup>, por lo que, en esa lógica, y siendo la familia –y específicamente los derechos de los hijos- un asunto de interés público, tales asuntos no podrán negociarse entre particulares sin la intervención del Estado mediante la autoridad competente.

Así pues, el término *madre* o *maternidad* carece de precisión para referirse a este acto en sus dos variantes, mas no obstante, la constante que se encuentra en ambas modalidades es **la gestación**.

En cuanto a la palabra “*subrogada*”, debe tenerse presente que de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, el término *subrogar* significa **sustituir o poner a alguien o algo en el lugar de otra** persona o cosa<sup>20</sup>, y es de tal manera que quien se está poniendo en el **lugar** de la otra persona es la gestante, pues ella es quien ocupa el papel que naturalmente hubiere correspondido a la madre.

---

<sup>19</sup> FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México, 1980.

<sup>20</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

Hasta antes del surgimiento de la gestación subrogada mediante técnicas de reproducción asistida, los derechos de filiación materna solían ser para la madre, quien normalmente era la persona que gestaba a los hijos; derivado de esa *constante* surgió un principio general del derecho, el “*mater semper certa est*” (la madre siempre es cierta), situación que por los avances científicos de la actualidad, se encuentra en una inicial decadencia como principio, pues con la gestación subrogada empleada a través de técnicas de reproducción asistida, la gestación y la maternidad son dos tareas que se descomponen en dos personas diferentes: Quien desea tener los derechos de filiación y quien se encarga de gestar.

Los conceptos para al tema central de esta investigación suelen ser a veces vagos, contradictorios, o simplemente insuficientes; sin embargo, encontramos que en el acto hay dos constantes irrefutables:

1. La mujer a quien se le encarga la portación y preservación del embrión siempre funge el papel de **gestante**, sea o no sea la madre biológica del producto.
2. A la mujer que gesta siempre se le solicita que **entregue** al nacido junto con todos los derechos inherentes a la maternidad del mismo.

Por lo tanto, el nombre que proponemos para hacer referencia a nuestro tema, es el de **gestación subrogada** o **sustituta**. Es **Gestación** porque ello es el objetivo primordial y constante de lo que se solicita: Que se geste a un embrión, que se preserve su vida hasta el momento del nacimiento; es decir, la creación de un ser humano mediante el desarrollo de un cigoto. Y decimos que es **Subrogada** o **Sustituta** puesto que la gestación es desempeñada por una persona distinta a quien naturalmente lo hace, pues no gesta la mujer que se pretende sea la madre del producto sino que se gesta con la finalidad de que otra mujer lo sea. De tal manera, el término **Gestación Subrogada** o **Sustituta** engloba así a los dos supuestos que hemos de tratar y hace referencia a la esencia primordial del acto y

es por ello que se concluye que es una denominación precisa para el tema que se analiza.

### **1.6. Análisis conceptual.**

Existen variados conceptos que tratan de explicar a la gestación subrogada, uno de los más utilizados al respecto y que es de los más certeros, pertenece a Carlos Lema Añón, quien sostiene que:

*“Se le llama Maternidad Subrogada, Gestación Sustituta o Alquiler de Útero al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos y obligaciones sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”<sup>21</sup>.*

Del mismo modo, la legislación de Victoria, Australia ha definido a la gestación subrogada como el *acuerdo mediante el cual una mujer da a luz a un niño para otra, con la intención de entregárselo tan pronto nazca o poco después de su nacimiento*<sup>22</sup>.

En 1984, el Informe del **Comité de Investigación en Fertilización Humana y Embriología** (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology*) mejor conocido como **Informe Warnock**, define a la gestación subrogada señalando que es:

*“(...) la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño (sic) para otra mujer, con la intención de entregárselo después de su nacimiento pudiendo llevarse a efecto **por diferentes combinaciones**. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética, si pone el óvulo; pero puede no contribuir con*

---

<sup>21</sup> *Ibidem* p. 136.

<sup>22</sup> SILVA RUIZ, Pedro F. “El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler”, en Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en *Tapia, octubre de 1987, año VII, número 36, pp. 78 a 81.*

*elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente<sup>23</sup>”.*

No obstante, el jurista José Manuel Martínez-Pereda agrega que desde el punto de vista del padre genético, también pueden distinguirse diferentes casos: **1)** Puede ser el cónyuge de la mujer que encarga a la portadora la gestación, **2)** puede ser el esposo de la gestante, o **3)** podría ser un donador anónimo<sup>24</sup>, (puede suceder ya que no hay impedimento a ello). No obstante, el objeto de la gestación subrogada sigue siendo el mismo: Gestar un embrión y entregarlo al momento del nacimiento; sin embargo en lo personal no considero que el cónyuge de la gestante sea quien aporte sus espermatozoides para que exista un caso de gestación subrogada, pues en ese caso la figura se asemeja más a una adopción, pues una o dos personas que desean tener un hijo estarían encargando a otra pareja que el hijo que tengan les sea entregado para que estos primeros sean quienes funjan como sus padres; de esa forma la figura pertinente es la adopción, sólo que existe una **supuesta promesa de contrato o precontrato** para conseguirlo. Se dice que es supuesta pues la figura de la promesa de contrato o precontrato, únicamente existe para aplicarse a los contratos (por redundante que parezca), cosa que no es la adopción, ya que sus principios no se pactan libremente sino que el Estado se encuentra de por medio y por tanto, los adoptantes no tienen libertad de negociación, sino que tiene que ceñirse a los principios preestablecidos en la ley.

No basta con analizar y criticar el concepto de gestación subrogada de los autores mencionados sin antes aportar alguno propio, que de momento será amplio para tratar de explicar las dos modalidades en que se pueda llevar a cabo; a lo cual se sostiene lo siguiente: La **gestación subrogada** es el acto mediante el cual una persona (mujer o varón) **solicita** a una mujer -con quien no tenga vínculo conyugal o concubinario-, que con uno de los gametos del solicitante, o con el cigoto formado por la pareja solicitante, se **geste** un embrión para que al momento de su

---

<sup>23</sup> *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology* (Informe Warnock). Cmmd. 9314, Julio de 1984, pág. 42.

<sup>24</sup> J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J.M. MASSIGOGUE BENEGUI. *Op. cit.* pp. 19-20.

nacimiento, la gestante lo entregue a el o los solicitantes, para que éste o éstos tengan los derechos de guarda, custodia y patria potestad del menor.

Como es visto, hay dos maneras para realizar el acto de gestación subrogada: **I.** Cuando quienes aportan los gametos son el **solicitante** y la **gestante**; y **II.** Cuando la **pareja solicitante** aporta sus gametos fecundados (**cigoto**) para que la gestante únicamente se encargue del **desarrollo y entrega** del producto. Visto así, el concepto personal de **gestación subrogada**, es dividido en dos variantes: gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante, y gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante.<sup>25</sup>

Carlos Lema Añón, hace una división muy interesante al respecto:

*“Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada: parcial y completa. En la primera la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella. En la segunda gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo<sup>26</sup>”.*

Respecto a estas dos modalidades de subrogación, se explica de manera más amplia de la siguiente manera:

### **I. Gestación Subrogada con aportación genética de la gestante:**

La *gestación subrogada con aportación genética de la gestante* sucede cuando un hombre busca el óvulo de una mujer para que uno de sus espermatozoides fecunden en él, y de tal modo, ella geste al producto hasta su nacimiento, de manera que en dicho momento se entregue al nacido al padre “*renunciando*” la gestante a todos los derechos y obligaciones propios de la maternidad que natural y legalmente tiene sobre el infante. Esta modalidad de gestación subrogada suele en la actualidad realizarse a través de una *Inseminación Artificial*.

---

<sup>25</sup> Cabe especificarse que no hay ningún impedimento para que los métodos para lograr el embarazo objeto de Gestación Sustituta sean por propia cópula mas que, los propios para las legislaciones de algunos estados donde podría incluso denunciarse adulterio o causal de divorcio. Lo cual es sólo una especulación que a final de cuentas resultaría hilarante o incongruente; sin embargo en el mundo de lo jurídico (o en los juzgados), pueden suceder infinidad de asuntos.

<sup>26</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. cit.* pp. 138.

Este supuesto suele suceder por iniciativa de un varón cuya pareja está imposibilitada para tener hijos, o bien, que simplemente no cuente con una pareja con quien desee procrear.

Este es el supuesto por el que han optado varias parejas de varones homosexuales que pretenden tener hijos, pues en su imposibilidad natural para procrear hijos en común, y con el deseo de tener un hijo que comparta ADN con al menos uno de los integrantes de esa pareja, se busca que **uno** de los varones de la pareja fecunde su esperma en el óvulo de una mujer que servirá como gestante del embrión.

Si se piensa a profundidad en las nomenclaturas de este tipo de subrogación, podría llegar a existir también el caso de que dos mujeres homosexuales tengan un hijo mediante una gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante (si es que se quiere pensar en un panorama amplio de supuestos). Suponiendo que una pareja de mujeres homosexuales desea tener hijos pero ambas son estériles (es decir que sus óvulos no sirven para la procreación), ambas podrán acudir a un banco de semen y además solicitar a una tercera mujer para que aporte su óvulo como gestante subrogada y sea inseminada con el esperma obtenido de ese banco.

Esta modalidad de gestación subrogada es la más antigua de las dos aquí expuestas, pues como lo hemos visto en el caso bíblico de Abraham, la forma en que la esclava gestó al hijo genético de éste no tuvo aportación de ADN de la *cónyuge*, por lo que, claramente el método de inseminación primigenio en este tipo de gestación es el natural o coital; es decir, mediante la cópula entre el solicitante y la gestante (inseminación natural).

Debe aclararse una cosa muy importante: En el sistema legal mexicano, la inseminación natural a la gestante (inseminación mediante cópula) podría estar de alguna manera *prohibida* sin importar que exista o no legislación alguna respecto a la gestación subrogada. Se explica bajo la siguiente lógica: En la legislación de algunas entidades federativas, si existiere matrimonio entre los solicitantes, la

cópula entre el cónyuge y la gestante podría configurar faltas a las obligaciones jurídicas del matrimonio, cuyo incumplimiento configuraría una causal de divorcio, o bien, dicha cópula podría incluso configurar el delito de adulterio.

Podrán parecer exagerados los supuestos en que la cónyuge denuncie el delito de adulterio o demandara el divorcio por la configuración de la causal; sin embargo, son procedentes en la lógica jurídica y puede suceder en la ironía de los asuntos ventilados en los juzgados, pero principalmente es importante por cuestiones puramente de salubridad, pues más allá de configurar causales de divorcio o delitos, representa en todo caso un riesgo a la salud dadas las altas probabilidades de contagio de enfermedades de transmisión sexual al no usar preservativo en un coito con una pareja distinta a la habitual. Es por ello que en el caso de que se legisle permisivamente a la gestación subrogada, sería más eficaz que su práctica en este caso se realice mediante métodos de reproducción asistida, como una política de salud pública.

Con el avance tecnológico, el procedimiento más practicado para recurrir a una subrogación **con** aportación genética de la gestante, es el de la **inseminación artificial**, mediante el cual el semen del solicitante es introducido, con la utilización de artefactos médicos, en el aparato reproductor femenino con la finalidad de que los espermatozoides se trasladen hasta óvulo de la gestante, y de tener éxito, le fecunden. Éste método es explicado por Carlos Lema Añón como:

*“(...) el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.”<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. Cit.* P. 35.

Además la jurista Ingrid Brena precisa que la *inseminación artificial* puede diferenciarse según el donante del semen, pudiendo así ser **homóloga** o **heteróloga**.

*“(...) Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina **homóloga**, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio será **heteróloga** la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte”<sup>28</sup>*

Una explicación médica aportada por el **Diccionario Médico Legal** de Ángel Antonio Tullio detalla a la inseminación artificial de la siguiente forma:

*“(...) la introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer, mediante una jeringa especial, en el aparato genital femenino, intravaginal, intracervical, intrauterino o intratuvárico, debido a los impedimentos o malformaciones que hubieren indicado en el procedimiento de fertilización, en la cual se pretende conseguir la fecundación sin tener una relación sexual.”<sup>29</sup>*

En conclusión y explicado de manera más esquemática, el proceso de gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante (mediante *inseminación artificial*), sucede de la siguiente manera:

- 1) La parte solicitante decide aportar **únicamente el espermatozoide** a la mujer gestante.
- 2) La mujer gestante decide aportar su **óvulo y su útero** para la fecundación y gestación del embrión respectivamente.

---

<sup>28</sup> BRENA SESMA, Ingrid. “El derecho y la salud. Temas a reflexionar”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 57. México, 2004, p. 4.

<sup>29</sup> TULLIO, Ángel Antonio. Diccionario Médico Legal. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

- 3) Un **médico especialista** en métodos de reproducción humana asistida, se encarga de realizar una **inseminación artificial** a la gestante con el semen del solicitante.
- 4) Mediante la inseminación artificial sucede la fecundación produciendo así el embarazo.
- 5) La mujer encargada del cigoto deberá gestar al producto hasta su nacimiento.
- 6) Al momento del nacimiento la gestante deberá entregar al recién nacido al o los solicitantes **“renunciando”** totalmente a sus derechos y obligaciones que como madre genética tuviese sobre el menor.

Es polémica la atención la *“renuncia”* a los derechos y obligaciones de filiación que tiene que hacer la madre sobre el menor, lo cual abre puertas a varias interrogantes, tales como: *¿Sería realmente posible en nuestra legislación hacer de una manera tan simple una renuncia a los derechos y obligaciones sobre los hijos de una persona? Y de ser así, ¿bastaría la permisión de tal renuncia en una ley para que ello sea procedente?*

## **II. Gestación Subrogada *sin* aportación genética de la gestante:**

La *gestación subrogada sin aportación genética de la gestante* consiste en el procedimiento mediante el cual, el óvulo de la mujer solicitante es fecundado, generalmente por un espermatozoide de su pareja<sup>30</sup> para que acto seguido, el cigoto formado sea implantado en otra mujer a fin de que al momento del nacimiento, el infante sea entregado a los padres genéticos para que éstos ejerzan sobre el recién nacido todos los derechos y obligaciones derivados de la filiación.

En este supuesto la gestante se encuentra totalmente desligada de la aportación de su ADN al embrión, pues no donó sus óvulos para el logro del embarazo,

---

<sup>30</sup> No se descarta la posibilidad de que el óvulo de la solicitante sea fecundado por el espermatozoide de alguien que no sea su pareja, o bien, que se realice de alguna manera diferente a la cópula.

siendo que dicho gameto es el que contiene la información genética. En este caso la gestante únicamente *limita* su labor a nutrir y cuidar al embrión hasta el momento de su nacimiento, fungiendo así como una especie de *incubadora* del embrión.

Para la elaboración de esta modalidad de gestación subrogada, la técnica de reproducción asistida que suele emplearse es la **fecundación in vitro**, misma que Ángel Antonio Tullio explica que consiste en lo siguiente:

*“Significa reproducir con técnicas de laboratorio altamente sofisticadas y equipo biomédico de gran especialización, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraído quirúrgicamente dentro de un cristal, pues en forma ordinaria dicho proceso ocurriría en la parte superior de las Trompas de Falopio”.*<sup>31</sup>

Pero, ¿cómo es que ambos gametos logran fecundar fuera de un útero como naturalmente estamos acostumbrados (*fecundación in vivo*)? El mismo autor explica que la palabra *in vitro* significa literalmente “*en vidrio*”, es decir que ambos gametos fecundan fuera de un útero para hacerlo mediante intervención médica en dispositivos especializados **hechos de vidrio** y con la utilización de diversas sustancias para que la fecundación se logre. Posteriormente los gametos fecundados (cigoto) deberán de insertarse en el útero de una mujer para que sobreviva y se desarrolle. En pocas palabras, la fecundación *in vitro* logra la unión de los gametos **fuera del cuerpo de una mujer** y posteriormente se implanta ya en el cuerpo de una mujer para que su cuerpo haga su labor natural de gestación.<sup>32</sup>

Esquemáticamente el procedimiento de **gestación subrogada sin aportación genética de la gestante** consiste en lo siguiente:

---

<sup>31</sup> TULLIO, ÁNGEL ANTONIO. OP. CIT. PP. 205-206.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

- 1) Una pareja decide tener un hijo, sin embargo, por alguna razón, el embarazo **no se puede realizar** o **no se desea** realizar en la mujer originaria, por diversos supuestos:
  - a) **Esterilidad:** Cuando los respectivos gametos no pueden fecundar entre sí.
  - b) **Infertilidad:** Los gametos pueden fecundar mas no logran un producto viable.
  - c) **Simple Voluntad:** Sucede en algunos países como los Estados Unidos de Norteamérica, donde simplemente se realiza así por evitar las consecuencias naturales del embarazo; es decir, que hay ocasiones en que la mujer que decide tener un hijo no se atreve a experimentar en su propio cuerpo las consecuencias de un embarazo o simplemente por la idea de cuidar la estética de su cuerpo que generalmente suele cambiar después de tal fenómeno (lo que socialmente es visto como un cuerpo poco estético), por lo que decide que los efectos del embarazo los viva otra mujer en su lugar, pues simplemente se deseaba tener un hijo mas no el proceso de embarazo.
- 2) La pareja que desea procrear pacta con una mujer fértil que gestará el cigoto de la pareja.
- 3) La pareja se somete a un proceso de **fecundación in vitro** que solucionará los impedimentos mencionados en los incisos anteriores.
- 4) Derivado de la *fecundación in vitro*, se logra la unión de los gametos de la pareja **fuera de la matriz de la mujer solicitante**.
- 5) El cigoto obtenido de la *fecundación in vitro* es implantado en el útero de la mujer que acordó gestar en lugar de la mujer inicial.
- 6) La mujer a quien se le ha implantado el cigoto, lo gesta, nutre y cuida a lo largo del tiempo que dure el embarazo.
- 7) Al momento del nacimiento la mujer gestante debe entregar el neonato a los padres.

Como podemos ver, en este supuesto no existe ninguna “*renuncia*” a los derechos y obligaciones propios de la filiación, pues las personas que desearon tener al hijo aportaron sus propios gametos para la procreación y la mujer encargada, *únicamente* se ocupó de la gestación y cuidado del embrión; y siendo que el ADN transmitido a los hijos se encuentra inmerso en los gametos de los progenitores (espermatozoides y óvulos) y no se transmite ADN de la gestante al producto, es que no hay impedimento jurídico (positivista) que le dé derechos y obligaciones filiales a la gestante sobre el menor.

En México, el Código Civil Federal establece en su artículo 324 que se presumen hijos de los cónyuges los que nacen dentro del matrimonio a partir de ciento ochenta días posteriores, y por supuesto, cualquier método científico que dé certeza de que existe relación filial, como lo menciona el artículo 341 del mismo ordenamiento. De tal manera que en el caso de la *gestación subrogada sin aportación genética de la gestante*, no se puede desatar consecuencias **jurídicas** en la titularidad de la maternidad, pues no habría prueba que demuestre que la gestante en este caso tenga relación filial con el gestado.<sup>33</sup>

Consideramos que las mencionadas dos variantes son las únicas que pueden existir para que se configure el supuesto que nos ocupa, pues para que exista el acto de gestación subrogada, siempre debe existir la constante de que el hijo comparta ADN con una o con ambas personas solicitantes.

En caso de que se solicite a la gestante (encargada) que tenga un hijo con la pareja de ésta para ser entregado a los solicitantes, sería improcedente como

---

<sup>33</sup> No es preciso ahondar más en los **métodos de reproducción asistida** que hacen posible a la Gestación Sustituta en sus modalidades, sino que únicamente debemos entender cuál es el procedimiento que en la realidad se emplea. Ahondar más en los métodos sería no sólo distraernos de nuestro objeto de estudio principal, sino tratar de explicar erróneamente una ciencia pues ésta ya no sería la nuestra. El legislador en su labor jurídica, debe conocer de manera clara dichos métodos, mas siempre asesorado por verdaderos especialistas, pues no podría legislarse sobre algo que se ignora.

subrogación, pues se configura más como un asunto de adopción con una especie de promesa previa, misma que no tendría validez jurídica, pues, como se decía anteriormente, no hay en nuestra legislación alguna especie de “contrato de promesa” para la adopción de un menor, ya que debido a que la figura de la adopción es de interés público, las formas para realizarla no son a la libre decisión de los padres y los adoptantes del menor, sino que es asunto que compete únicamente al Estado para la protección del infante.

### **1.7. Naturaleza Jurídica de la Gestación Subrogada.**

Cuando se habla de gestación subrogada no se está refiriendo de una técnica de reproducción asistida, sino de un **acto con pretensiones jurídicas que generalmente es derivado de una técnica de reproducción asistida.**

Igualmente cuando se debate respecto a la gestación subrogada, es común que quienes hablen de ella suelen referirse a ésta como un contrato; ello es una clasificación *a priori* y con poco análisis previo, que no toma en consideración la naturaleza de los derechos que se juegan al respecto.

Los derechos en juego dentro de la subrogación son derechos de la persona y son derechos de familia; por tanto valdrá la pena analizar si esos derechos pueden ser materia de disposición de un contrato.

En diversos países la gestación subrogada es un asunto que suele tratarse livianamente tramitándose como un simple contrato entre particulares, de una manera tan sencilla como la realización de una compraventa de cualquier bien mueble; sin embargo el objetivo de la subrogación en comento no se caracteriza precisamente por el tratamiento de derechos reales, sino sobre derechos de las personas y la familia; es decir, que no se transferirá la **propiedad** de ningún **bien** sino que se plantea *transferir* o *modificar* una esfera jurídica en el ámbito de la filiación.

Para efectos de nuestra legislación no es preciso preguntarse si tal subrogación **es o no** un contrato, pues en ninguna entidad federativa mexicana se ha

especificado la forma en que ésta deba realizarse (en los lugares en que ésta se permite de manera *explícita* como se verá más adelante). Realmente la pregunta que debe hacerse al respecto, es si la gestación subrogada **debería o no** realizarse a través de un contrato, y de no ser así, saber cuál es la forma jurídicamente correcta para realizarla.

En esta etapa de la investigación es prematuro preguntarse si debe o no realizarse la subrogación a través de un contrato, por lo que primeramente, y como ya se hizo líneas atrás, se debe desmenuzar al suceso en sí, observando al acto como un hecho que sucede en la realidad y que tiene consecuencias de derecho.

Una vez realizada la observación del suceso, y conocido en qué consiste el acto, se vislumbra que aunque no se encuentre claramente regulado en nuestro sistema jurídico, éste se encuentra repleto de conceptos jurídicos tales como *filiación, parentesco, obligaciones, matrimonio, concubinato, familia*, etc. De tal modo que, por el simple hecho de ser un suceso creador de derechos y obligaciones, nos encontramos ante un **hecho jurídico en sentido amplio**.

Explica el jurista mexicano Rafael Rojina Villegas, que los **hechos jurídicos en sentido amplio** son todos aquellos sucesos que con o sin intención del ser humano, crean consecuencias de derecho. Éstos se clasifican en dos apartados: **a) hechos jurídicos en sentido estricto**; y **b) actos jurídicos**. Los *Hechos Jurídicos en sentido estricto*, son todos aquellos actos originados por la naturaleza o sin la necesaria voluntad de las personas y que crean consecuencias de derecho; a contraposición, un **acto jurídico**, definido en un sentido amplio, es un acontecimiento voluntario de las personas que tiene por finalidad crear consecuencias de derecho.<sup>34</sup>

En ese sentido, el hecho de la procreación mediante el empleo de métodos de reproducción asistida, así como la transmisión de los derechos de filiación **acordados** entre las partes, traen consigo una consecuencia de derecho

---

<sup>34</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civi. Introducción, personas y familia". Tomo I. Ed. Porrúa. México, 1993. p. 115.

totalmente prevista y deseada por éstos; por tanto, el suceso mismo de gestación subrogada se convierte en una fuente de derechos y obligaciones, por lo que la voluntad de las partes y sus consecuencias de derecho, convierten a la gestación subrogada en un **acto jurídico en un sentido amplio**. Se dice que es en sentido amplio ya que más adelante se detallará a mejor precisión el tipo de acto jurídico del que se está tratando en este caso (*Véase Capítulo IV*).

### **1.8. Las partes integrantes del Acto.**

En el estudio del derecho y más aún en su práctica, suele olvidarse que la materia fundamental emisora, receptora y justificante de la existencia del derecho, es la personas y sus relaciones fácticas.

Como se decía al inicio de este punto, es esencial que coloquemos nuestra perspectiva en que los integrantes del tan mencionado acto son **personas**, no es este un acto que involucre la propiedad sobre cosas o cualquier otro derecho real, por lo que debe verse más a profundidad de lo que implicaría el estudio de una figura cuyo objeto directo sea un bien.

En el análisis de gestación subrogada se han vislumbrado diversas partes integrantes que a su vez forman parte de dos grupos: Las **partes esenciales** y, las **partes opcionales**.

Son partes esenciales las personas integrantes del acto y que sin alguna ellas, éste no podría existir, por ejemplo, la gestante. Claramente sabemos que no podría existir un acto de gestación sustituta sin una mujer gestante que cumpliera los respectivos supuestos.

Las partes opcionales son aquellas que podrían o no involucrarse en el acto y que a pesar de eso el acto podría suceder sin gran importancia; sin embargo, cuando las hay pueden aparejar consecuencias jurídicas en el acto.

## I. Partes Esenciales.

### a) *La Gestante en sustitución:*

Es la mujer a quien se le solicita la gestación, nutrición y cuidado de un cigoto para que al momento del nacimiento éste sea entregado a la parte *Solicitante*.

A esta mujer le corresponden los siguientes derechos respecto al acto jurídico:

1. El Derecho a la Salud para que le sean propiciados los cuidados necesarios mediante el embarazo.
2. La libre disposición de su cuerpo para decidir sobre la utilización de su útero y las consecuencias fisiológicas propias del embarazo.
3. Derechos y Obligaciones de Filiación que inicialmente podrían surgir al momento del nacimiento en los casos que la gestante aportó su óvulo. Mismo derecho que pretende ser *enajenado* posteriormente en la subrogación y que por las mismas razones, puede crear controversias al momento de que la gestante *deba* entregar al neonato, pues éste es también su propio hijo.

### b) *Solicitante:*

Es la persona o pareja que encarga a la *Parte Gestante* el desarrollo, nutrición y cuidado de un embrión para que al momento del nacimiento el nacido le sea entregado.

En el caso de *gestación subrogada con aportación genética de la gestante*, la parte solicitante en la mayoría de los casos suele ser un varón, pues éste se encarga de donar sus espermatozoides a una institución médica para que a través de un procedimiento de *inseminación artificial*, sea fecundado el óvulo de la gestante.<sup>35</sup>

En el caso de la *gestación subrogada sin aportación genética de la gestante*, la parte solicitante femenina suele ser quien aporta su óvulo a una institución médica

---

<sup>35</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. cit.* p. 30-35.

para que éste sea fecundado y posteriormente implantado en el útero de la gestante por medio de la *fecundación in vitro*.<sup>36</sup>

A la parte solicitante le corresponden los siguientes derechos:

1. La libertad constitucional para procrear con fundamento en el artículo 4 constitucional.
2. El derecho a la salud visto como la posibilidad de acceder a los servicios médicos proporcionados por el Estado, así como los derechos de trato médico ahí otorgados así como en los servicios de salud proporcionados por particulares.
3. El derecho a la intimidad que proteja las causas específicas por las cuales esta persona haya recurrido a una técnica de reproducción asistida que no sea la de la imposibilidad reproductiva a grandes rasgos.
4. La libre disposición del cuerpo para aportar los gametos conducentes para producir el embarazo.
5. Los derechos y obligaciones de filiación que haya o pretenda haber respecto al nacido.

**c) Nato:**

Fuera de la difícil polémica sobre lo que dicen que debe considerarse como inicio de la vida humana, debe pensarse en que es persona a partir de que se le considera viable según nuestra legislación y, por supuesto, más claramente a partir del momento en que se desprende del cuerpo que le gesta.

Es en esta parte donde se centra la médula de los debates en el tema de la gestación subrogada, pues quienes consideran a tal acto como un contrato entran en la paradoja de determinar si la *cesión de derechos* filiales de un ser humano puede o no ser materia de un contrato. Nuestra legislación es omisa al hablar de la negociación de los derechos de filiación en un símil a los derechos reales; es decir, tratar a los derechos de los padres hacia los hijos de la misma manera en

---

<sup>36</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. cit.* p. 30-35.

que se negocian los derechos sobre las cosas. Y por otra parte, una vez nacida esta persona, ésta ya es sujeto de derechos. Entonces, ¿realmente será permitido contratar sobre los derechos fundamentales de una persona?

Los derechos de los niños existen en razón de las necesidades naturales de éstos y su desarrollo biológico, psicológico y social, siendo que de dichos derechos de establecidos en la Declaración de los Derechos del Niño del veinte de noviembre de 1959, se han desprendido diversas disposiciones establecidas en nuestras legislaciones que rigen sobre la familia.

Respecto al acto de gestación subrogada, al infante le corresponden los siguientes derechos:

1. El derecho a la salud en todos sus ámbitos (biológico y psicológico), incluso pudiendo decirse que desde el momento de su concepción mientras no cumpla en alguna de las causales de permisión de aborto en la legislación de alguna Entidad Federativa<sup>37</sup>. Ahora bien, al momento de su nacimiento, es más claro su derecho a la salud y sus necesidades protegidas en nuestras legislaciones y tratados internacionales respecto a los derechos de los niños.
2. El derecho a la intimidad: Una persona que se sepa es producto de una Subrogación de tal naturaleza, tiene todo el derecho a que no sea difundida su procedencia de concepción por ninguna vía y mientras no sea justificable -por asuntos de carácter médico o legal-, por lo que toda persona que tenga conocimiento de haber sido concebida mediante la técnica que nos ocupa, tiene todo el derecho a reservarse su procedencia.
3. El derecho a la personalidad que como todo ser humano debe pertenecerle, tal como un nombre, una procedencia, una familia.

---

<sup>37</sup> En uso de la lógica es claro que si existe una causal para permitir un aborto, entonces el embrión no tendrá ya derecho a la salud, pues se está en la legítima disposición de su vida.

4. Los derechos propios de la filiación y el parentesco; es decir, que sea un sujeto con una plena capacidad de goce de los derechos que concierne obtener de sus padres.

## **II. Partes Opcionales.**

Es cierto que estas partes no son fundamentales para la existencia del acto jurídico, sin embargo, cuando se presentan crean implicaciones que, para una posible legislación permisiva, deben debatirse.

### **a) Pareja de la Parte Solicitante:**

Fácticamente en este punto no hay mayor problema en su intervención, pues generalmente la decisión sobre tener hijos se toma de manera bilateral; no obstante, debe pensarse en los derechos que la pareja de la solicitante debe tener.

En realidad no es un elemento muy trascendente quién sea la parte solicitante si se parte del supuesto de que la decisión de tener hijos se toma de manera conjunta. Así mismo ambos habrán decidido la forma de procrear, por lo que sólo cabe precisar que esta pareja deberá tener la calidad de solicitante con sus mismos derechos y obligaciones, y de modo que las decisiones deberán tomarse conjuntamente.

### **b) Pareja de la Gestante:**

En la pareja de la gestante se encuentran interesantes puntos a discusión, pues se han planteado interrogantes, por ejemplo, si es necesaria la aprobación del cónyuge para que su pareja realice la gestación de un ser que no será su hijo. Es entonces cuando entra la ponderación de los derechos: El derecho a la libre determinación sobre el propio cuerpo de la mujer, y por otro lado, el derecho a la toma de decisiones realizada de manera conjunta en el matrimonio (artículo 168 y 169 del Código Civil Federal).

Expuestos así los derechos con que cuentan las partes integrantes del acto de gestación subrogada, tenemos la base fundamental para las controversias que pueden suceder y que han sucedido en diversos países del mundo; es entonces cuando los derechos de cada una de las partes entran en conflicto y comienza el ejercicio de la ponderación de derechos. Será entonces de tal manera, que podamos preguntarnos si es o no una idea viable la permisión legal de la gestación subrogada.

## **1.9. La Gestación Subrogada frente a la perspectiva de la Bioética.**

### **I. ¿Qué es la Bioética?**

No basta el conocimiento del derecho para iniciar siquiera el debate de la gestación subrogada, pues dada su naturaleza, este tópico se compone esencialmente de tres elementos además del derecho: ciencia y moral. Es ciencia porque ésta da pie a la existencia fáctica de tales actos a través de la práctica de métodos de reproducción humana asistida, y es moral puesto que es en realidad el origen del derecho (sobre todo en materia familiar) y un elemento estrechamente vinculado a la filosofía.

Para el estudio de la misma ciencia en su repercusión con la moral, la bioética surge como una herramienta esencial para su estudio, como un instrumento filosófico e inductivo que es de suma utilidad para el estudio del derecho cuando éste legisla directamente sobre derechos fundamentales.

La ciencia se ha desarrollado a una velocidad impresionante, tal vez más rápidamente que el mismo entendimiento humano. Es entendible que los fenómenos naturales nos sigan pareciendo inentendibles en muchos de sus aspectos, sin embargo parece irónico que una invención o un descubrimiento humano sean de resultados inentendibles para sus mismos descubridores. Los avances de la ciencia han sido tan asombrosos que han producido tantas consecuencias tanto dañinas como benéficas.

Tal parece que la ciencia siempre ha ido varios pasos más avanzada que la sociedad de la época en donde surge. No nos es tan fácil entender sus consecuencias. Al respecto, la jurista Ingrid Brena Sesma manifiesta que:

*“El progreso científico es ambivalente, no porque no se pueda atribuir al desarrollo de la ciencia un carácter bueno o malo, sino porque la aplicación práctica de la ciencia puede devenir en fines positivos o fines perversos. Todos podríamos estar interesados en la realización de diagnósticos genéticos y la utilización de ingeniería genética para resolver problemas graves de salud, pero estaríamos en contra de su utilización sólo para conseguir un determinado color de ojos en nuestra descendencia o si sirviera para discriminar a aquellos que padecerán de una enfermedad”.*<sup>38</sup>

La ciencia conlleva muy aparejado a ella un deber de responsabilidad, de prudencia y reflexión sobre nuestra naturaleza. A la invención de las técnicas de reproducción humana asistida, los seres humanos nos hemos dado a la tarea de explicarnos sobre sus consecuencias desde la perspectiva –primigenia- de nuestra plural moralidad. Múltiples opiniones existen al respecto; sin embargo, la formalización del análisis de las consecuencias de la ciencia, se le ha denominado **bioética**: La disciplina que analiza las consecuencias mismas de las ciencias frente a la vida.

El término **bioética** así como su desempeño aparejado a las ciencias, surgió en el año 1970 cuando Van Rensselaer Potter publicó un libro con ese nombre: ***Bioethics: The Science of Survival***. En su obra, Potter trató de elaborar una nueva comprensión del modelo epistemológico de la ética aplicada en la medicina, en la intervención del ser humano con su ecosistema, con la deontológica y, por supuesto, con la medicina relacionada con el derecho y su filosofía.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1586/4.pdf>

<sup>39</sup> VILLALALÁIN BLANCO, José Delfín. “El origen de la bioética y su desarrollo”. En “Manual de Bioética” Coord. Gloria María Tomás Garrido. Ed. Ariel. Barcelona, 2001. P. 39.

La humanidad, afirmaba Potter, necesita con urgencia de un nuevo conocimiento, uno que le proporcionase el **conocimiento de cómo usar el conocimiento** para así lograr la supervivencia del hombre y la mejora de la calidad de vida.<sup>40</sup>

Etimológicamente el término *Bioética* se deriva de dos palabras griegas: *bios* (vida) y *ethos* (moral o principio). En la actualidad la Bioética, más allá de ser una ética sobre la vida, desde su tratamiento médico o científico, comprende el estudio de las cuestiones que surgen con el advenimiento de la civilización tecnológica en el mundo del hombre derivado de los nuevos conocimientos científicos aplicados a la vida.<sup>41</sup>

Descomponiendo la palabra **Bioética**, nos estamos refiriendo a la *ética de la vida* que como hemos dicho, se observa desde la perspectiva de la incursión del ser humano en ésta a través de las ciencias. Se ha definido a la Bioética como la ciencia que regula la conducta humana, en el campo de la vida, y la salud, a la luz de principios morales racionales.<sup>42</sup>

La ciencia tiene una enorme relación con el hedonismo, con la satisfacción no sólo de necesidades humanas sino también de deseos y placeres. En lo que hace a la reproducción humana, si se analiza, es más un deseo por complacer que una necesidad, pero ¿hasta qué punto es correcto utilizar a la ciencia como satisfactor de deseos humanos? El profesor Madrileño José María Barrio Maestre expresaría más bien a tal placer como *felicidad*, sosteniendo así que la ética se ocupa principalmente de la felicidad humana:

*“El asunto del que la Ética se ocupa es la felicidad humana, mas no una felicidad ideal y utópica, sino aquella que es asequible, practicable para el hombre. Al menos, así parece en lo que podríamos llamar la tradición clásica de pensamiento moral desde Aristóteles hasta Kant, excluyendo a este último.*

---

<sup>40</sup> LACADENA CALERO, Juan Ramón. “Manipulación Genética en la especie humana”. En “Ingeniería genética y reproducción asistida”. Coord. Marino Barbero Santos. Ed. Marino Barbero Santos. Madrid, 1989. P. 19.

<sup>41</sup> FROSINI, Vittorio. “Derechos Humanos y Bioética”. Ed. Temis. Bogotá, 1997. P. 76.

<sup>42</sup> LUCAS LUCAS, Ramón. “Bioética para todos”. Ed. Trillas. México, 2003 p. 7.

*Como todo ser vivo, el hombre no se conforma con vivir simplemente. Pretende vivir bien. Una vez garantizado el objetivo de la supervivencia, se plantea otros fines<sup>43</sup>.*

## **II. Bioética y Derecho: Su inclusión en la Gestación Subrogada.**

La relación entre la bioética y el derecho es muy estrecha. Si analizamos a fondo, el derecho es un constante calificador de lo que a su consideración es bueno o malo y deba en tanto sancionarse y evitarse; es un método coactivo con influencias éticas y morales. Desde el inicio de esta investigación se ha estudiado el acto de la gestación subrogada, y como hemos dicho, la bioética califica y hace filosofía sobre el actuar en las ciencias; pues bien, si la medicina es una ciencia y el derecho regula actos derivados de ésta, entonces la bioética es competente para analizarle.

La Bioética no basa su análisis en opiniones emotivas y faltas de objetividad, sino que posee en sí un contenido de estudio social<sup>44</sup> El profesor de filosofía del derecho en la Universidad Complutense de Madrid, José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, sostiene que junto a la bioética debe existir un derecho que se ocupe de situaciones similares formando una nueva rama del derecho, formando además un principio básico: *Reconocer a los otros como sujetos y no como objetos.*<sup>45</sup>

Al respecto surge entonces el conflicto en la gestación subrogada, y es que, al momento en que se está haciendo un *encargo* de gestar un embrión para que una vez nacido, sea entregado **a cambio de una suma monetaria**, ¿no se estaría haciendo entonces el uso de una persona como un objeto? La figura se asimila más a la de una compraventa, que es aplicada a bienes mas no a personas; así que encontrándonos en un Estado de derecho, termina pareciendo ilógica una *enajenación* de esa naturaleza.

El Catedrático del Centro de Ginecología de la Universidad de Hannover, Peter Petersen, quien ha trabajado durante varias décadas como psicoterapeuta y

---

<sup>43</sup> *Ídem*. "Analogías y diferencias entre deontología y bioética". En "Manual de Bioética" Coord. Gloria María Tomás Garrido. Ed. Ariel. Barcelona, 2001. P. 21.

<sup>44</sup> *Ídem*. "Bioética y Derecho". *Ibidem*. P. 52.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 65.

médico en cuestiones de medicina de la planificación familiar, opina que en los casos que ha atendido respecto a mujeres imposibilitadas a tener hijos, suele existir una constante:

*“La mujer (sometida a esas técnicas) se desnaturaliza a sí misma, convirtiéndose en máquina de fertilidad. Por razones técnico-médicas queda encuadrada en un programa que, en el caso de la fertilización **In vitro**, dura semanas y aún meses, abarcando controles hormonales con tomas de muestras de sangre, exploraciones ultrasónicas del abdomen, exploraciones abdominales quirúrgicas con el espéculo, extracción quirúrgica del óvulo, todo el proceso de fertilización **In vitro**, la transferencia del embrión al útero –la temerosa expectación de si se producirá la anidación del embrión en el útero-; además de todo esto, una atmósfera de laboratorio necesariamente estéril mantiene a la mujer durante meses en un estado de extremada tensión en un ambiente de frialdad. Como quiera que, en un 80 a 90 por 100 de las mujeres, este procedimiento no conduce al resultado tan fervientemente anhelado, en más de la mitad de las sometidas a este tratamiento se producen graves crisis psíquicas con reacciones depresivas (6 a 40 por 100) y molestias psicósomáticas (4 a 12 por 100)”<sup>46</sup>.*

En cuanto al dilema de la filiación en los casos de gestación subrogada, gran parte de la doctrina de la bioética sostiene que toda controversia relacionada con la maternidad, ésta deberá corresponder a la mujer que da a luz, dando así como consecuencia que se le exima de la obligación de entregar al recién nacido a la pareja solicitante (y así dejando totalmente obsoleto el principio de que la madre siempre es cierta), por lo que generalmente la doctrina ha propuesto optar posteriormente por la figura de la adopción para dar cierta legalidad al acto. Por su parte, la Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense, Carmen

---

<sup>46</sup> PETERSEN, Peter. “Medicina de la reproducción: Un desafío a la actitud científico-médica ante la hominización”. En “Ingeniería genética y reproducción asistida”. Coord. Marino Barbero Santos. Ed. Marino Barbero Santos. Madrid, 1989. P. 42.

Hernández Ibáñez, argumenta que ello puede presentar muy serias dificultades, pues en varias entidades federativas, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la autoridad competente, por lo que puede resultar que tras dicha dictaminación, no sean seleccionadas o autorizadas las personas solicitantes, creando así una nueva complicación en la controversia.<sup>47</sup>

Como se ha de desarrollar con posterioridad, se enfatiza que la figura de la adopción **no es un negocio jurídico**, ergo no es un contrato, por lo que sus disposiciones no son pactables; es decir, que no se pueden modificar u omitir como en el caso de las cláusulas de un contrato, sino que, por ser un asunto de *interés público* relacionado con la familia y principalmente con el *interés superior de un menor de edad* (de una persona y sus bienes jurídicos más importantes tales como el necesario cuidado en sus primeros años de vida), deberá atenerse a las disposiciones legales preestablecidas en las legislaciones conducentes.

Del mismo modo, no existe figura que asegure la futura adopción a la pareja solicitante, pues lo anterior únicamente se presupone a promesas de *contrato* que, como hemos enfatizado, no lo son en este caso, pues además de todo no se trata de la enajenación de bienes sino del cuidado de un ser humano.

---

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. “La filiación en la fecundación asistida: Consecuencias jurídicas en torno a la misma”. En Op. cit. P. 258.

## CAPÍTULO II

### La Gestación Subrogada en las legislaciones extranjeras.

#### **2.1 La Gestación Subrogada en el Derecho Comparado.**

En el afán por procrear hijos *propios*, las personas con tales deseos se han visto sumamente atraídas por la opción de la gestación subrogada; no obstante, no en todos los países se encuentra permitida o regulada su práctica pues hay ordenamientos legales de algunos países, que la prohíben o que simplemente son omisos en su regulación pese a tenerlo contemplado como un suceso de suma actualidad e importancia.

Así el derecho internacional cobra un auge imprescindible en la práctica de la gestación en subrogación, pues en lo atractivo de esta figura *médico-jurídica*, las personas deseosas de tener hijos mediante ese procedimiento y con nacionalidad en países que le prohíben u omiten, optan por recurrir a jurisdicciones extranjeras para cumplir con sus deseos, y obteniendo así no sólo la procreación del descendiente deseado, sino también originando una gran gama de derechos y obligaciones de carácter familiar que, al regresar a la patria de los solicitantes desencadenan una serie de dilemas jurídicos a ser resueltos por los juzgadores de aquellos Estados omisos en su legislación respecto a dichas prácticas.

A continuación, una somera muestra de las posturas que tienen diversos países respecto a la praxis de la gestación subrogada.

## **A) España.**

En el año de 1988 España crea la **Ley sobre técnicas de reproducción asistida** (Ley 35 del 22 de noviembre de 1988)<sup>48</sup>, y la **Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de las células, tejidos u órganos** (Ley 42 del 22 de diciembre de 1988) colocándose así como uno de los primeros países en el mundo en regular la gestación subrogada.

La legislación española se ha manifestado en contra de la gestación subrogada considerando completamente nulo todo convenio de esa naturaleza y puntualizando que en caso de controversia, el juzgador considerará la filiación siempre a cargo de la gestante subrogada.<sup>49</sup>

Adicionalmente la legislación española no únicamente da por desconocido el *contrato* de gestación subrogada, sino que liga tales actos con diversos delitos de conformidad con el Código Penal Español.

### ***a) Delito de Suposición de Parto y Falsedad en documento público.***

Se encuentra regulado en el artículo 220 del Código Penal Español que a la letra establece que *la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años*. Por lo que en el caso de la gestación subrogada, al momento de que los solicitantes acudan a registrar al recién nacido, declararían que el menor fue gestado y parido por la solicitante (pues el derecho español considera como madre únicamente a quien gesta y da a luz) cosa que sería falsa. En tanto que de conocerse ese hecho por las autoridades españolas, los solicitantes habrán incurrido en el delito de suposición de parto y además el de falsedad en documento público al momento de declarar hechos falsos.

---

<sup>48</sup> <http://www.bioeticaweb.com/content/view/250/918/> Consultado el día 19 de julio de 2012 a las 13:14 horas.

<sup>49</sup> **MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo.** *Op. Cit.* p. 199.

### **b) Delito de Enajenación de Menores.**

El artículo 221 del Código Penal Español a la letra establece que:

*“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*

*Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.”<sup>50</sup>*

Recordemos que uno de los principales atractivos de la gestación subrogada no está sólo para los solicitantes deseosos de tener hijos, sino también para la gestante. Muchas mujeres e incluso sus parejas, son fuertemente atraídos para realizar la gestación a cambio de una sugestiva suma de dinero. En la legislación española, el penalizar la onerosidad del contrato, es una forma más de *blindar* la prohibición de la gestación subrogada.

### **c) Delito de Sustracción de Menores.**

Como se atenderá más adelante, en el ámbito de la casuística procesal, puede darse la situación en que un hombre dona sus espermatozoides para ser fecundados en el óvulo de una gestante en subrogación y que al final, ésta mujer, por cualquier razón, no desee entregar al recién nacido dando así por incumplido lo previamente pactado. En tal caso supongamos que el solicitante y padre genético del recién nacido, decide llevarse por fuerza propia al menor apartándolo

---

<sup>50</sup> Código Penal Español consultado en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf)

de quien le parió. En ese supuesto, ¿Tendrá o no el padre el derecho de llevarse a su legítimo hijo?

El artículo 225 BIS del Código Penal Español, establece que:

*“El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*

*A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*

*1° El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda y custodia.*

*2° La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”.*

En realidad, en el ordenamiento punitivo español, no existe como tal la figura de la gestación en subrogación como un nominativo, sin embargo en sus supuestos existe de manera nítida la configuración de cada uno de sus componentes, como claramente es la **simulación del parto** y la **onerosidad** sobre la filiación en un contrato.

## **B) Gran Bretaña.**

El 16 de julio de 1985 se expidió en éste país la *Surrogacy Arrangements Act* penalizando la **publicidad** y gestión **comercial** por la realización de acuerdos o contratos de gestación subrogada, así como todo tipo de colaboración al respecto, incluyendo aspectos como la recopilación de cualquier tipo de información con tales propósitos.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> **MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo.** *Op. Cit.* p. 193.

Como es sabido, el sistema jurídico vigente en la Gran Bretaña es el denominado *Common Law*, mismo que consiste no en un apego estrictamente positivista a las legislaciones como lo es en nuestro país, sino que se basa en la casuística, en algo medianamente parecido a lo que en nuestro sistema es la jurisprudencia. De esa forma podemos decir, que la orientación utilizada en ese país respecto a la gestación en sustitución, se encuentra contenida en el *Informe Warnok*, mismo que fue elaborado por una comisión del Parlamento Inglés en el año de 1984, y que diera origen a la *Ley 141 sobre fertilización humana y embriología* de 1990.<sup>52</sup>

Los principales puntos de esa ley se centran en lo siguiente:

- I. Recomienda la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida únicamente a las parejas estables o en matrimonio.
- II. Rechaza expresamente la utilización de dichas técnicas a personas solteras -o sin pareja- u homosexuales.
- III. En lo que hace a la donación de gametos, ésta podrá realizarse únicamente previa **autorización de autoridad competente** y con un estricto protocolo de anonimato de los donantes con un número limitado de gametos a ser donados por persona.

Por su parte, el *Informe Warnok* **rechaza totalmente** todo convenio de gestación subrogada y sostiene que en caso de que un convenio de esa naturaleza suceda, considerará como madre a la mujer que pare. El informe también puntualiza en las múltiples formas en que puede llevarse a cabo la subrogación y varios sujetos implicados.

Es interesante mencionar que con motivo del *Informe Warnok*, **Lady Helen Mary Warnok**<sup>53</sup> –la mujer que presidió la comisión del Parlamento Inglés y creó ese informe- publica el artículo de su autoría titulado “*The surrogacy scandal*” (“*El escándalo de la subrogación*”) en donde manifiesta que los actos de gestación

---

<sup>52</sup> SILVA RUIZ, Pedro. Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta, en Anuario, volumen 21, 1998, Valencia; Venezuela, pp. 141-150.

<sup>53</sup> Helen Mary Warnok, fue miembro de la Academia Británica de Filosofía, especialista en Filosofía Moral, Filosofía de la Educación y Filosofía de la Mente, estudiosa de la corriente filosófica del Existencialismo.

subrogada le parecen moralmente repugnantes pues éstos se realizaban con un móvil económico principalmente, siendo que así la relación que debiera existir entre una madre y su hijo quedase totalmente pervertida.<sup>54</sup> En virtud de ello, el informe recomienda la creación de una legislación que prohíba y sancione penalmente a quienes incurran en dichos actos así como a los establecimientos que se presten a ello.

Como una de las controversias más significativas de este país respecto a la subrogación, es el de una mujer británica que acordó con una pareja de nacionalidad y residencia estadounidense, llevar a cabo una gestación a favor de la pareja norteamericana mediante el pago de 19 mil dólares estadounidenses. A la mujer británica le fue implantado el óvulo y el esperma obtenidos de la pareja solicitante, por lo que la pareja en cuestión era progenitora del *nasciturus* y la británica únicamente la gestante.

Una vez implantados los gametos en la matriz de la mujer británica, se produjo el embarazo; sin embargo, contrario al deseo de los solicitantes de tener un solo hijo, el embarazo se produjo por dos embriones: Se había producido la gestación de gemelos en el cuerpo de la británica.

Entre las cláusulas que integraban el cuerpo del *contrato* de subrogación, existía una disposición que obligaba a la gestante a practicarse una *reducción selectiva* en caso de producirse un embarazo múltiple como era el caso, por lo que al tener noticia de ello, la pareja solicitante pide a la gestante que se deshaga de uno de los fetos; sin embargo el embarazo ya se encontraba en su **decimotercera** semana de desarrollo, por lo que en razón de la peligrosidad que ello representaba por el tiempo transcurrido, la gestante se niega a hacerlo, pues su propia vida y la de los embriones, corrían un alto peligro.

En reacción a la negativa de la británica, la pareja solicitante amenazó con dejar de cumplir sus obligaciones financieras previamente pactadas, mas ello no fue óbice para que la gestante se retractara de su postura, pues el embarazo siguió

---

<sup>54</sup> SILVA RUIZ, Pedro. *Op. cit.* pp. 141-150.

su curso y al momento del nacimiento en el país de la gestante, ésta decide no entregarlos a la pareja solicitante.

La litis se ventiló ante dos instancias jurisdiccionales, ante los Tribunales de California y ante el Tribunal Supremo Inglés. El Tribunal californiano dictó su fallo otorgando la custodia de los menores a favor de la pareja solicitante, mientras que el Tribunal en Gran Bretaña dictó que la gestante debía tener la patria potestad de los gemelos argumentando que la legislación británica desconoce la gestación subrogada. Dada la disyuntiva subsistente, los solicitantes denunciaron el supuesto secuestro de los menores; sin embargo, la pareja americana perdió la apelación, pues la legislación estadounidense establecía que no había secuestro, pues los mellizos habían nacido en Gran Bretaña y ese país siempre había sido su lugar de residencia, sitio del cual los menores nunca fueron sustraídos.<sup>55</sup>

### **C) Estados Unidos de Norteamérica.**

En el sistema jurídico propio de ese país, cada entidad federativa se encuentra facultada y obligada a legislar en materia familiar, por lo que cada una de ellas tiene una postura propia para la gestación subrogada; sin embargo, la convergencia en las legislaciones de la mayoría de sus Entidades se enfocan en un mismo sentido: La mayoría de éstas dan luz a su permisión.<sup>56</sup>

Una de las Entidades Federativas con una legislación más completa al respecto es California, en donde se permite la realización de dichos contratos y por ende, se les dota de plena validez jurídica. Dichos acuerdos pueden realizarse de manera pública (Notariada) o de manera privada y con libertad de coerción, por lo que los contratantes se encontrarán facultados plenamente a insertar las cláusulas penales que crean convenientes en sus acuerdos.

---

<sup>55</sup> SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución" en "Mujeres y Derecho. Feminismos" Tomo 8. Coords. Nieves Montesinos Sánchez, et al. Ed. Nieves Montesinos Sánchez. Alicante, 2006. Pp. 189-190.

<sup>56</sup> BARRAGÁN C. Velia Patricia. La reproducción humana asistida: marco jurídico. En Revista IUS, número 3. Diciembre. Durango, México, 1991, p. 2.

En cuestión de filiación, la legislación californiana establece que en caso de controversia, los padres legales de los nacidos por actos de gestación subrogada, deberán de ser los padres genéticos.

Melinda Guy, Directora de la Agencia de gestación subrogada “*Surrogative Alternatives*” en el Estado de California, en entrevista para el diario argentino *La Nación*, declaró que las Entidades con mayor control para los llamados *alquileres de vientre* en los Estados Unidos son, Miami, Chicago, y California, siendo que en ésta última no hay restricciones tan rigurosas para contratar dichos *alquileres*, ya que pueden realizarse entre parejas heterosexuales u homosexuales, e incluso pueden incluir sus nombres en el acta de nacimiento aún antes del nacimiento; sin embargo, los costos por consultas y tratamientos inherentes al proceso de gestación subrogada son sumamente altos en aquél país, oscilando entre los 90,000 y 150,000 dólares norteamericanos, por lo que muchas personas que desean someterse a tales procedimientos, optan por realizarlos en países con menores costos, como en la India o en Tailandia, donde tales costos no exceden los 30,000 dólares norteamericanos.<sup>57</sup>

Actualmente hay diversas discusiones sobre leyes e iniciativas de ley -tanto permisivas como prohibitivas- en las entidades de Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania, y South Carolina donde se permite la elaboración y exigencia judicial de los contratos de gestación subrogada incluso en los casos en que medie la compensación económica.<sup>58</sup>

No obstante a la discusión respecto a la permisión o prohibición de la gestación subrogada, se han suscitado diversas controversias judiciales importantes, tales como el caso ***Baby M*** en el año de 1985.

El tres de febrero de 1988 el **Tribunal Supremo de New Jersey** dictó sentencia en la controversia suscita en un contrato donde por un monto de 10 mil dólares,

---

<sup>57</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1488504-ya-hay-alquileres-de-vientres-en-el-pais> 22/11/2012 10:33 a.m.

<sup>58</sup> MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *Op. Cit.* pp. 183-184.

una mujer pactó ser inseminada artificialmente con el semen del cónyuge de otra mujer para los fines de la subrogación a favor de los solicitantes.

En tal contrato se acordó que la madre inseminada (**gestante en subrogación con aportación genética**) debía separarse definitivamente de su hijo para ser adoptado por la esposa del donante del semen. Tras el nacimiento, la gestante se negó a hacer la entrega pactada, por lo que el matrimonio solicitante recurrió al órgano jurisdiccional de New Jersey.

En primera instancia, en fecha 31 de marzo de 1987, las partes en conflicto recurren al **Tribunal Superior de New Jersey**, mismo que dictó sentencia basando sus considerandos en los siguientes puntos medulares:

- I. Que debía considerarse el *interés superior del menor* para la emisión de la sentencia y cualquier criterio jurídico al respecto.
- II. Se declaró **válido** el contrato en cuestión bajo el argumento que las partes expresaron por escrito e incontrovertiblemente su voluntad de contratar.
- III. La gestante había incumplido el contrato al que se obligó expresamente sin ningún derecho o causa válida.
- IV. La gestante debió haber renunciado a sus derechos maternales en relación con el recién nacido.
- V. En atención al *interés superior del menor*, se obliga a que la custodia del infante quedara a cargo del padre del menor.

Tras haber dictado sentencia, ésta fue impugnada por la gestante –quien a su vez era la madre biológica- recurriendo al **Tribunal Supremo del Estado**. El 3 de febrero de 1988, el tribunal revoca la primera resolución judicial en virtud de los siguientes argumentos:

- I. Que debía declararse la **nulidad del contrato** en virtud de haber infringido la legislación y la política pública estatal, por lo que dicho acuerdo era legalmente **inexigible**.

- II. Uno de los fines principales del contrato es conseguir la adopción de un menor a través de una institución privada; sin embargo, la **onerosidad** del contrato en dicho estado es **ilegal**.
- III. Dada la nulidad del contrato, toda renuncia a los derechos, deberes y obligaciones sobre el menor, han de declararse nulos en virtud de que dichas renunciaciones son ilegales, pues aquellos derechos, deberes y obligaciones son de **interés público** y únicamente son revocables en caso de que, previo al acto, así lo resuelva la autoridad judicial competente.
- IV. En fundamento con la **Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica**, el derecho de procreación se encuentra contemplado únicamente a través de los medios propios; es decir, de los **órganos corporales propios** de quien ha de reproducirse. El resto de los derechos filiales, se otorgan únicamente a través de la adopción.

De ese modo, en virtud del *interés superior del menor* y no de las cláusulas pactadas, la custodia de la menor se ordena nuevamente a favor del padre biológico, sin embargo, en virtud de las condiciones de la pareja solicitante y la gestante, se le otorgó a ésta última el derecho de visita.<sup>59</sup>

#### **D) Francia.**

Este es uno de los primeros países preocupados por la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y sus efectos jurídicos prácticos. Desde 1994 Francia previó varias cuestiones relativas a la aprobación de leyes que protegieran los datos personales de quienes se practicaban técnicas de reproducción asistida, así como a la reforma del Código Civil francés para establecer normas que regularan el uso del cuerpo humano en cuestiones de reproducción asistida y filiación.

En lo que respecta a la gestación subrogada producida por técnicas de reproducción asistida, el Código Penal francés prohíbe expresamente tales

---

<sup>59</sup> LLEDÓ YAGÛE, F. "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo". II Congreso Mundial Vasco. En "La filiación a finales del S. XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Ed. Trivium. Madrid, 1988. Pp. 319 a 353.

prácticas en sus artículos 345 y 353 por lo que considera a dichos contratos como carentes de validez jurídica y por ende, imposibles de exigencia ante la autoridad judicial.<sup>60</sup>

### **E) Suecia.**

Ese país tampoco permite los *contratos* de gestación subrogada haciendo especial énfasis en que tales acuerdos, en ningún caso deberán ser onerosos según la Ley del 1° de marzo de 1985 de aquél país. La comisión encargada de la promulgación de esa ley, consideró que era inapropiado hacer de los menores un objeto de un simple intercambio monetario.

Por otra parte, la Ley 711/1984 sobre fertilización *in vitro* en Suecia, establece en su artículo segundo que la implantación de un óvulo previamente fecundado en la matriz de una mujer, únicamente será permitida en los siguientes casos:

- a) Si la mujer otorga su consentimiento.
- b) Si la mujer tiene un matrimonio subsistente.
- c) Si su cónyuge otorga su consentimiento por escrito.
- d) Si el óvulo implantado es de la misma mujer que lo gestarán y además ha sido fecundado por el espermatozoide de su cónyuge.

De tal modo se restringe la intromisión de una persona ajena al matrimonio de la gestante, por lo que de alguna manera tácita –o lógica- no permite la realización de gestación subrogada. Así, la Ley de Fertilización *In Vitro* en Suecia, impone en su artículo 4 desde una sanción pecuniaria o incluso corporal hasta por seis meses, a quienes incurran en contraposición de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 2°.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *Op. Cit.* p. 187.

<sup>61</sup> *Ibidem.* p.197.

## F) Alemania.

No queda clara la permisión de la gestación subrogada en aquél país, pues no hay una disposición jurídica que deje en claro su regulación, pues la legislación alemana es omisa en el tema; sin embargo, mientras el debate sigue en proceso, las prácticas de subrogación suceden con cierta frecuencia, e incluso existen oficinas de información de las llamadas “*madres de alquiler*”.

El Ministro de Justicia, Hans A. Engelhard declaró que la prácticas de gestación subrogada constituyen una forma de comercio humano ilegal que, generalmente suele realizarse como una especie de adopción que no cumple con sus formalidades y con autorización del Tribunal Tutelar correspondiente. Tras esas declaraciones, la primera agencia de “*madres de alquiler*” en Alemania, la *United Families International*, recibió una orden judicial a fin de suspender de inmediato sus actividades.<sup>62</sup>

## G) Italia.

Mucho se ha discutido en Italia sobre la reproducción humana asistida, sin embargo el debate sobre la gestación subrogada no es aún lo suficientemente maduro en aquél país como para pronunciar una ley al respecto.

No obstante, dentro de la omisión de la legislación italiana, los actos de subrogación acontecen en ese país. En Monza, Italia, una mujer solicitaba el cumplimiento forzoso del contrato a la mujer que por encargo gestó a su hijo. La gestante, al momento del nacimiento del menor, se negó a dar entrega de éste a la madre en razón de que la gestante pedía que se le entregara una **cantidad de dinero superior** a la previamente pactada.

El Tribunal de lo Familiar en turno declaró en sentencia que el contrato en pleito debía considerarse nulo fundándose en los siguientes argumentos:

- I. Que la Constitución italiana protege el derecho del menor a desarrollarse en la familia formada por sus padres biológicos y que únicamente podría

---

<sup>62</sup> *Ibidem.* p.197.

cohabitar con una *familia sustitutiva* en el supuesto de que el menor no cuente con una familia biológica o que por orden judicial se haya revocado tal derecho.

- II. La legislación italiana en materia familiar determina que la calidad de madre corresponderá únicamente a quien ha parido al menor.<sup>63</sup>

En Roma, en el año de 1995, una mujer con un padecimiento que afectaba su matriz y le imposibilitaba a desarrollar algún embarazo, se sometió a un procedimiento de fecundación *in vitro* obteniendo el esperma a través de una donación anónima. Una vez practicado el procedimiento, se fecundaron varios gametos mediante el uso de probetas; sin embargo, debido al padecimiento en su matriz, tales fecundaciones no fueron insertadas en el cuerpo de la paciente ya que el embarazo no llegaría a ser viable, por lo que los embriones obtenidos quedaron congelados para posteriormente ser gestados por alguna voluntaria.

Fue hasta el año de 1999 en que una amiga de la paciente se dispuso a gestar en sustitución de ésta última uno de los embriones congelados desde hacía cuatro años; no obstante, el médico a quien se recurrió para la implantación, se negó a realizar dicho planteamiento, pues el Código *Deontológico Italiano* prohibía todo tipo de práctica de gestación subrogada; por lo que el asunto terminó por ventilarse judicialmente.

Se solicitaba la autorización judicial para que a la amiga de la interesada le fuese practicada la implantación del embrión para la gestación sustituta. La sentencia fue aprobatoria.

El juez en turno argumentó el *vacío legal* en los ordenamientos jurídicos italianos que argumentasen que los actos de gestación subrogada a través de una fecundación *in vitro*, fueran ilegales en aquél país; siendo que el *Código Deontológico* italiano es únicamente una disposición moral, mas no jurídica.

---

<sup>63</sup> MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *Op. Cit.* pp.195.

Se argumentó, por otra parte, ponderando los derechos de reproducción frente a la imposibilidad de tener hijos. El juez consideró como necesario el hecho de **redefinir el concepto de maternidad** en la actualidad, en la lógica de que la imposibilidad de reproducción que suele suceder a menudo e incluso por el amplio peligro para la vida que ello puede representar. El juzgador entonces, consideró el derecho a la reproducción como un bien jurídico defendible no a costa del derecho a la vida o del menoscabo de la salud.

Más tarde, el 19 de febrero de 2004, se crea la *Ley Italiana sobre Procreación Asistida*, prohibiendo en su contenido, todo acto de gestación subrogada. Por lo anterior, el Ministerio de Sanidad en aquél país, planea firmar una ordenanza que prohíba, o al menos logre someter a una previa autorización ministerial, la exportación de embriones.<sup>64</sup>

## **H) India.**

La legislación hindú resulta ser un caso sumamente interesante al respecto, ya que es un sistema jurídico que como tantos, no contienen prohibición o permisión expresa en sus preceptos, por lo que la gestación en sustitución suele ser un caso no sólo permitido sino que además es sumamente prolífico y frecuente debido a las precarias condiciones económicas de su población.

En datos de la **Confederación de la Industria India**, se reporta que la contratación de gestación subrogada logra generar más de 350 millones de Euros al año, destacando que tales tratamientos son aplicados mayormente a parejas europeas. Considerando que la India es un país con una población que en su mayoría cuentan con bajos recursos económicos, el fenómeno de que mujeres hindús se presten a tales actos a cambio de una ambiciosa suma de dinero, es una oferta totalmente atractiva, siendo que en promedio, se les paga entre los 5,700 y 6,700 dólares norteamericanos.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> SOUTO GALVÁN, Beatriz. *Op. Cit.* P. 189.

<sup>65</sup> <http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/features/womb-rent-surrogate-mothers-india>  
[18/03/2013](#) 12:58 hrs.

En una entrevista para el diario argentino *La Nación*, la abogada Fabiana Quaini, dedicada a la asesoría legal de personas que buscan una gestación en sustitución, declara que en la India varias mujeres suelen ser presionadas para *dar su vientre en arrendamiento*, ya que la remuneración obtenida a cambio, representa un fuerte ingreso económico para las familias de aquel país, en un equivalente, dice Quaini, a sostenerse económicamente por un período estimado de siete años sin necesidad de trabajar.<sup>66</sup>

En el año dos mil once, una de las controversias jurídicas más importantes en aquel país asiático, consistió en el de un matrimonio extranjero que contrató a una mujer hindú para que sirviera como gestante subrogada. El matrimonio solicitante se encontraba conformado por una mujer de nacionalidad argentina y un varón de nacionalidad española; ambos viajan a la India para acordar la subrogación; el matrimonio había intentado tener hijos en común desde hacía ya nueve años atrás, mas no habían tenido éxito pese a los diversos tratamientos médicos a los que se sometió la cónyuge en diversos países, tales como Argentina, España y los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>67</sup>

El dieciséis de mayo de dos mil once en la Clínica *Fortis La Femme* en Nueva Dheli, nace Cayetana: La hija **biológica** del matrimonio solicitante. El matrimonio declaró que el sólo tratamiento médico implicó el pago de 20,000 Euros más el pago a la gestante con sus respectivos servicios de atención prenatal y a la cesárea practicada que, ascendió a un monto aproximado de 40,000 Euros en total.

Concretamente el problema surgió al momento de querer trasladar a la recién nacida a España, lugar donde residía el matrimonio solicitante, pues en la *partida de nacimiento* se registró a la menor como hija del matrimonio solicitante, derivando de ello que España le denegara la nacionalidad y además el pasaporte para ser trasladada al lugar de residencia de sus padres biológicos.

---

<sup>66</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1488504-ya-hay-alquileres-de-vientres-en-el-pais>  
22/11/2012. 12:51 p.m.

<sup>67</sup> <http://www.sitioandino.com/nota/42590-india-es-el-lugar-para-alquilar-vientres-baratos/>  
25/07/2012. 09.20 pm.

La Cónsul de España en la India, Paloma Serrano, argumentó que al ser la gestación subrogada un acto ilegal en aquél país europeo (como se ha visto anteriormente), el *contrato* en cuestión debía considerarse jurídicamente nulo. Del mismo modo, se incursionaba en el delito de simulación de parto, pues a pesar de que la mujer argentina era la madre biológica de la menor, no fue quien había parido.<sup>68</sup>

La recién nacida había quedado apátrida, pues España no quería reconocerla como española por la nulidad del contrato de subrogación y la India únicamente le habría reconocido nacionalidad hindú si alguno de sus padres tuviese esa nacionalidad (por *Ius Sanguini*). Así, los padres de la recién nacida instaron a su última opción: Recurrir a la jurisdicción Argentina.<sup>69</sup>

Los padres de la menor instaron ante la Cónsul de Argentina en la India, Eugenia Vijande, quien denegó nuevamente la nacionalidad a la menor argumentando que ni los padres ni la recién nacida residían en ese país, por lo que el matrimonio decidió viajar a la Argentina para recurrir a la vía jurisdiccional.

El juez de lo familiar de la Entidad de San Lorenzo, Marcelo Scola, fue el encargado del estudio y resolución de dicho asunto. En la sentencia emitida por Scola, se consideró el ***Interés superior de la menor*** así como la ***Declaración Universal de Derechos Humanos*** la ***Convención Internacional de los Derechos del Niño***, mismo que fue debidamente signado en el año de 1994 por Argentina y que por tanto se encuentra revestido de obligatoriedad a nivel constitucional.

Argumentaba Marcelo Scola que en virtud de la ***Declaración Universal de Derechos Humanos***, la menor tenía derecho a una **nacionalidad** y a la inscripción oficial de una **identidad**; lo anterior reforzado por los intereses superiores (y por supuesto vitales) de un menor de edad recién nacido. Por otra

---

<sup>68</sup> Se recomienda relacionarlo con la legislación española que se hace mención anteriormente.

<sup>69</sup> Periódico español “El País”. Versión electrónica en línea.

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968\\_419291.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968_419291.html)

25/07/2012. 11:02 pm.

parte, Scola argumentó que con base en la **Ley de Nacionalidad** de la Argentina, la menor tenía derecho a ser registrada con esa nacionalidad, pues con base en tal ordenamiento, la nacionalidad es transferible de los padres hacia los hijos por vía **consanguínea**; es decir, que si alguno de los padres tiene la nacionalidad argentina, ello da derecho a que sus hijos la posean también al momento de su nacimiento **sin importar el lugar en dónde éste haya acontecido (Ius Sanguini)**.

De ese modo, el juez sostuvo que la argumentación de la Cónsul argentina que le negó esa nacionalidad a la menor por no haber nacido en territorio argentino, había sido completamente incorrecta con base **expresa** en la **Ley de Nacionalidad Argentina** y que no obstante, se había incumplido con la **Convención Internacional de los Derechos del Niño** al dejar a la menor desprotegida y en condición apátrida. Por lo que finalmente, el juez de lo familiar concluyó en sentencia con un ordenamiento judicial de obligaba a la Cónsul de Argentina en la India la inmediata inscripción de la menor como hija del matrimonio solicitante y, por supuesto, con la nacionalidad argentina.<sup>70</sup>

## I) Argentina.

En el año 2011 la presidenta de Argentina, Cristina Fernández, mediante decreto **N°191/2011**, inició el anteproyecto para la creación de un nuevo Código Civil, en el que, entre su amplia gama de modificaciones, se pretende incorporar la figura de la *Gestación por Sustitución* en **un único artículo**, mas con la restricción de que la gestante no deberá recibir retribución alguna por el servicio prestado. Del mismo modo, en lo que atañe a esta figura, el anteproyecto de Código Civil propone la futura creación una **ley especial** para legislar los detalles específicos que se sucinten en su práctica.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> <http://www.lacapital.com.ar/la-region/Considere-el-interes-de-la-menor-y-el-derecho-a-la-nacionalidad-20120704-0029.html>

27/07/2012, 13:53 hrs.

<sup>71</sup> <http://www.codigocivil.argentina.ar/notas/C1-anteproyecto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-unificado.php>

22/11/2012 13:29 hrs.

El artículo 562 de esta propuesta de Código Civil, en su redacción deja entrever que el *contrato* debe contar con la **formalidad** de realizarse ante una **autoridad judicial** que homologue la voluntad manifiesta de las partes, siempre y cuando se tenga por acreditado que:

- a) Se ha considerado el **interés superior del *nasciturus***;
- b) La gestante tiene **plena capacidad jurídica, salud física y psíquica**;
- c) Si al menos uno de los **comitentes** ha aportado sus **gametos**;
- d) Que los comitentes posean **imposibilidad de procreación**.
- e) La **gestante no ha aportado sus gametos**;
- f) El contrato se ha acordado **gratuito**;
- g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de **dos veces**;
- h) La gestante ha parido al menos a **un hijo propio**.

Resulta muy importante la intervención de la figura de una autoridad judicial en el proceso de la gestación subrogada ya que en ese acto se concreta el deber del Estado por velar los intereses superiores de los menores en conjunto al deber de los progenitores; del mismo modo resulta importante la intervención de la autoridad judicial en el sentido de que se toma en consideración la seguridad jurídica del acuerdo y no dejándolo –como en otros varios países- como un simple acto entre particulares que daría pie a un gran número de irregularidades e incertidumbres al momento de su práctica. De ese modo, se establece en el anteproyecto que los centros de salud no podrán proceder a la práctica de alguna técnica de reproducción humana asistida, para tales fines, sin la autorización previa de la autoridad judicial, siendo que de lo contrario, la filiación no se tendrá a favor de los solicitantes.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> El documento se encuentra publicado en <http://www.codigocivil.argentina.ar/advf/documentos/4f997912226b8.pdf>

## **2.2. Posibles soluciones técnicas en caso de conflictos internacionales de leyes.**

En un supuesto de que en nuestro país existiera una legislación que regulara de manera permisiva a la gestación subrogada, ¿qué sucedería si surge un litigio por el cumplimiento del acto realizado en México, y el menor nace y habita en un territorio extranjero que cuente con una legislación en materia de gestación subrogada?

El jurista Julio Diego González Campos manifiesta que en los conflictos entre leyes nacionales y leyes extranjeras se han establecido dos métodos de solución, uno *jurídico positivista* y otro *doctrinal*.<sup>73</sup>

### **I. Propuesta de solución *jurídica positivista* (legalista).**

La base de la solución *jurídica positivista* (o legalista) se basará en lo conducente al artículo 12 del Código Civil Federal y al contenido de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En ese caso el artículo 13 contempla cinco reglas que pretenden determinar el derecho aplicable en conflictos frente a leyes extranjeras.

**Artículo 12.** *Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.*

**Artículo 13.** *La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:*

---

<sup>73</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego *et al.* "Curso de derecho internacional público". Ed. Civitas. Madrid, 1998 p. 261.

*I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;*

*II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;*

*III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;*

*IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y*

*V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.*

El problema de los conflictos de leyes a nivel internacional se basa principalmente en dos Estados que creen tener competencia en la resolución de un asunto o incluso en dados casos que ambos se creen incompetentes para ello. El principal problema al respecto se encuentra en que no hay ley superior a la de otro Estado, pues la soberanía de los mismos no permite superioridad jerárquica entre normas jurídicas; es prácticamente un conflicto en determinar una ley aplicable o competente (no superior) entre dos entes iguales.

No existe por tanto una norma jurídica que deba ser aplicable en todo conflicto de leyes a nivel internacional, aunque incluso en ocasiones se celebren tratados internacionales destinados a solucionar algunos de esos conflictos.

## II. Propuesta de solución doctrinal.

Como es visto, la ley nacional toca sólo algunos puntos muy generales respecto a los conflictos internacionales de leyes ya que todo depende de elementos muy característicos de cada caso; es decir que la casuística es el elemento principal a atender en tales conflictos. Para ello la doctrina expone dos teorías para la solución de los conflictos de leyes extranjeras: La teoría **dualista** propuesta por H. Triepel y D. Anzilotti, y la teoría **monista** (en un plano nacionalista o internacionalista) propuesta por Hans Kelsen.<sup>74</sup>

La doctrina *dualista* estima que el derecho extranjero y el nacional son distintos entre sí, mientras que la *monista* considera que ambas legislaciones son parte de un mismo derecho, de un tronco común.

Mientras el derecho interno es la voluntad de un solo Estado, en el caso de los conflictos de normas jurídicas en el ámbito internacional, cabe la posibilidad del choque de dos voluntades de dos Estados con diferentes normas jurídicas. En el derecho interno se tiene como destinatario del derecho a los sujetos que se encuentran dentro de algún Estado, mientras que en el caso de los conflictos de normas a nivel internacional, los sujetos pasan a ser, en principio, los Estados, situación en la cual no existe ya subordinación *individuo-norma jurídica*, sino que se encuentran a contraposición dos individuos independientes entre sí, individuos soberanos: Los Estados.<sup>75</sup>

La teoría *dualista* es respetuosa de la soberanía de cada Estado y reconoce en sus principios ideológicos la autonomía legislativa de cada país, por lo que propone que se cree una norma jurídica internacional para la solución de los conflictos sucintos; sin embargo por esas mismas razones la teoría *dualista* ha sido criticada por autores como Monroy Cabra, pues se dice que pese a reconocer la existencia de dos normas jurídicas **igualmente válidas**, ello no justifica la aplicación de esa norma sobre particulares.

---

<sup>74</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. "Derecho Internacional Público". Ed. Temis. Bogotá, 2002 p. 134.

<sup>75</sup> *Ibidem*. p. 135 y 136.

*“Hay ciertos órganos (legislativos y ejecutivos) que pueden ser alcanzados por el derecho internacional, y otros (no gobernantes) que no los pueden cobijar las normas internacionales. Observa Jiménez de Aréchega, que ‘esta contradicción no puede justificarse, máxime en la época actual, cuando todos los órganos del Estado, cualquiera que sea su jerarquía, tienen, desde este punto de vista, una situación idéntica’”.*<sup>76</sup>

Por otra parte, la teoría *monista nacionalista* propuesta por Hans Kelsen, tiene una visión nacionalista preferente a la norma jurídica interna frente a cualquier otra. El jurista internacionalista César Sepúlveda lo explica de la siguiente forma:

*“Es el conjunto de normas que el Estado emplea para conducir sus relaciones con los demás pueblos, y para diferenciarlo, podría ser llamado ‘Derecho Estatal Externo’. Aún éste debe subordinarse, en caso de conflicto, al derecho interno. Debe privar siempre el último”.*<sup>77</sup>

Es simple explicarse esta teoría bajo un umbral nacionalista, simplemente es la relevancia de la norma jurídica interna sobre a la externa.

Respecto a la teoría *monista* el jurista Carlos Arellano sostenía que:

“En esta tesis se niega la supremacía del derecho internacional y se fortalece la fragmentación de la comunidad internacional en Estados poderosos que pueden atribuirse la prerrogativa de desacatar, velada o abiertamente, sus compromisos internacionales. El Estado que sostiene la tesis monista nacionalista, argumenta a su favor que la legislación interna le impide acatar lo dispuesto en un tratado

---

<sup>76</sup> *Ídem*, p. 136.

<sup>77</sup> SEPÚLVEDA, César. “Derecho internacional Público” Ed. Porrúa. México, 2002 p. 68.

internacional ya que le asigna mayor rango al derecho interno que al derecho internacional”.<sup>78</sup>

En un sentido totalmente inverso, la teoría *monista internacionalista*, sostiene que la norma jurídica prevaleciente en un conflicto de leyes a nivel internacional, es la norma jurídica extranjera. En realidad en el esquema ideológico de la teoría *monista internacionalista*, no existiría conflicto internacional de leyes después de un primer choque de normas jurídicas, pues si el Estado que se atenga a seguir esta teoría estaría sucumbiendo al conflicto y dando toda la razón al Estado extranjero, se solucionaría con el sometimiento voluntario a los intereses de este último.

En México se propone personalmente que se cree una legislación permisiva detallada sobre gestación subrogada, o al menos, un conjunto de normas jurídicas que le prohíban; sin embargo, permisiva o prohibitivamente, que todas esas normas sean totalmente claras y que no dejen entrevista su regulación y los derechos de las personas que se involucran en el acto de esa subrogación. A consideración propia, una legislación detallada de gestación subrogada, evitaría teóricamente, conflictos internacionales de leyes, en consideración de la claridad de la norma jurídica mexicana, pues ante las lagunas legislativas que se ha visto existen en muchos otros países, la transparencia de nuestra posible legislación, daría en teoría, una respuesta jurídica a un conflicto internacional de leyes por su meticulosidad legislativa y previsiva.

En conclusión, ante los conflictos de leyes a nivel internacional, una respuesta personal totalmente teórica, se encuentra en la diplomacia, más tendiente a la teoría *dualista*, y únicamente en caso de que el Estado extranjero no tenga en lo absoluto la disposición por la norma jurídica mexicana; es decir, que el Estado mexicano prevalezca en principio la defensa de su norma jurídica nacional sobre la extranjera, empero, si el Estado extranjero no dispone someterse a la norma mexicana (por la cual se habrá de presuponer se pensó a fondo para su

---

<sup>78</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. “La jerarquía de los tratados internacionales en el artículo 133 constitucional”, en *Varia lura Gentium. Temas selectos de derecho internacional público en homenaje a Víctor Carlos García*. Ed. Porrúa. México, 2001 p. 4.

realización como es objetivo de la presente investigación), entonces deberá procederse a la diplomacia y a la creación de una norma jurídica propuesta y acordada por ambos Estados como sucede en la teoría *dualista*, mas sin violentar en ningún momento los derechos fundamentales de ninguno de los particulares implícitos en la litis que llegase a sucintarse.

### **2.3. La importancia de una legislación reguladora de la Gestación Subrogada:**

Dentro del análisis de todos los casos que hemos vislumbrado, podemos concluir una cosa, y es que, la sustitución de gestación es un hecho que con el paso del tiempo –y el claro avance de las ciencias- se va convirtiendo aceleradamente en un fenómeno sociológico que encuentra más complicaciones que en su mismo desempeño médico o biológico, pues al grado de desatar miles de controversias y supuestos, llegamos a un campo de lo jurídico que se encuentra claramente rebasado por la actualidad de la sociedad a la cual pretende regular.

No hablemos ya de una legislación que restrinja o permita dichos actos, sino que simplemente **exista** una legislación reguladora, que si ha de permitir la establezca sus formas y sus limitantes, y que si ha de prohibirla –en su caso- delimite claramente sus medios de control para evitarla, y por supuesto, la forma en que ha de resolver al configurarse la causal de lo prohibido, pues como es evidente, en caso de que la gestación subrogada se configurase como un acto prohibido –un delito- no bastaría con tan sólo establecer sanciones (del tipo que sean) sino que es necesaria una ley clara que vele por los intereses esenciales de un recién nacido con una amplia gama de derechos: Un ser humano que insoslayablemente necesita de cuidados constantes de algún adulto.

Las controversias derivadas de tales subrogaciones son sumamente complicadas en el ámbito de lo moral, y no obstante, si los legisladores siguen evitando el debate de ese tema –o la posponen durante años-, dichas controversias al llegar a los juzgados seguirán resolviéndose por juzgadores ineficientes, pues por mejor preparación jurídica que éstos puedan tener, no podrán disponer de un cuerpo de

leyes concreto y delimitado para resolver en tales asuntos, dejándolo todo al amplio y ambiguo campo de la interpretación y opiniones personales de cada juzgador y de cada abogado, lo que puede traducirse a fin de cuentas como **inseguridad jurídica**.

La importancia de legislar y entrar de lleno al debate del tema es alarmante por dos argumentos principales: Primeramente porque es una realidad que al paso del tiempo y los avances científicos, tecnológicos e inclusive ideológicos, se va convirtiendo en un asunto que sucede cada vez con mayor frecuencia, y que al suceder, corre un inmenso riesgo de convertirse en una controversia que al momento de intentar resolverse por un juzgador, se encuentre falta de legislación para emitir una sentencia bien argumentada y pensada a fondo<sup>79</sup>; es decir: Un derecho que se encuentra siendo rebasado por la realidad de su sociedad. Y por último, arguyo que el tema es de legislarse con especial importancia y sensibilidad puesto que al momento de una posible controversia, las principales partes afectadas son menores de edad, quienes requieren cuidados más delicados.

Los legisladores entonces se encontrarán en una complicadísima tarea al debate del tema y su legislación, pues no basta con hacer consideraciones de legalismo puro –razonamientos puramente positivistas- sino que deberán pensar (así como quienes nos adentremos a este debate) en el campo realista del asunto. Deberán ponderarse derechos y además tener la sensibilidad para mirar con *sindéresis* la postura de cada una de las partes interesadas, y sobre todo, comprender que **el objetivo principal del acto no es un objeto sino un ser humano**.

Podremos pensar o presuponer que carece de importancia tomar con tanta consideración al recién nacido poniendo en duda su estado de consciencia sobre lo que acontece a su alrededor, sin embargo, más allá de esa complicadísima discusión -más de competencia de la psicología que del derecho- debemos ver más allá de lo que juzgamos en principio; es decir: Es verdad que es un recién nacido que puede no tener consciencia de lo que suceda a su alrededor, pero éste

---

<sup>79</sup> Presuponiendo quizá románticamente que la creación de una legislación al respecto sea producto de un profundo debate en lo jurídico y en sus ciencias relacionadas.

necesita del constante cuidado de su madre o de alguien que le procure constantemente, y por otra parte, hay algo de lo cual casi no se habla al respecto: La *psique* del gestado una vez que ya cuente con una consciencia de su entorno ¿Qué pasaría por ejemplo, si alguno de nosotros nos enterásemos de que nuestra madre no quiso gestarnos en su vientre sólo porque no quería perder su figura? (como es posible hacer en países como los Estados Unidos de Norteamérica) ¿A caso el derecho a la maternidad se encuentra por encima del bienestar psicológico de los hijos? Si tan sólo el hecho de que un niño sepa que es adoptado representa un acontecimiento fuerte –e incluso puede llegar a ser deprimente- para algunos niños, ¿no podría ser aún más traumático para un niño saber que fue abandonado por ser producto de un *acto mercantil* fallido en el supuesto de que ninguno de los contratantes deseara quedarse con éste?

En este tema mucho se ha hablado ya de los derechos reproductivos, del derecho a la maternidad y a la paternidad, mas no a los derechos de los niños: El principal objetivo del acto.

Muchas personas al hablar de tener hijos lo expresan de formas tales como “*tener un bebé*” por ejemplo, como ignorando que ese *bebé* se convertirá con el paso del tiempo en un niño más inteligente y curioso de lo que podría pensarse; y claro, después ser un adulto “consciente”.

La importancia de legislar respecto a la subrogación de gestación se puede resumir en un argumento muy simple: Es una realidad social que acontece cada vez con más frecuencia y que no cuenta con parámetros legales para ser efectuada, limitada y juzgada en caso de controversia.

El derecho, y por ende el legislador que le da nacimiento en su validez, tienen la obligación de ser preventivos; es decir, que al momento de regular sobre cualquier asunto, debe indefectiblemente pensar en los supuestos que podrían acontecer y ser ventilados en los juzgados sin esperar a que una controversia sea resuelta de manera casi improvisada (ahí una clara diferencia de nuestro sistema con el *Common Law*). En palabras más teóricas, la creación del derecho, al positivizarse,

debe siempre componerse de un derecho sustantivo (lo que se regula) ligado a un derecho adjetivo (cómo se resuelve).

El jurista mexicano Manuel Ovilla Mandujano sostenía que el derecho debe siempre ser actualizado –y actualizable- conforme a la realidad en que éste se desarrollaba, pero además es producto de realidades sociales; es decir, que las normas jurídicas nacen *de realidades sociales para ser aplicables a las mismas realidades.*

*“El derecho es forma de conciencia social que se manifiesta en categorías históricas abstractas y es expresión de relaciones materiales que se dan entre los seres humanos.*

*Al variar las condiciones de vida, el derecho tiende a transformarse, es un producto típico social que progresa, desarrolla o cambia en función del elemento vivo de la sociedad: el hombre<sup>80</sup>”.*

Únicamente preciso con una cosa: No es que el derecho tienda a transformarse como si fuese éste un ente autónomo en sí, sino que es tarea del Estado la actualización de su derecho, para que éste sea acorde a su realidad social histórica.

---

<sup>80</sup> OVILLA MANDUJANO, Manuel. “Teoría del Derecho”. Ed. Duero. 1990. México, Distrito Federal. P. 8.

## CAPÍTULO III

### La gestación subrogada en la legislación mexicana.

#### 3.1. La legislación mexicana frente a la Gestación Subrogada.

La legislación mexicana de alguna manera *permite* la subrogación de gestación en la gran mayoría de sus entidades federativas, mas no por alguna ley especializada que exprese completamente su *permisión* ni el desarrollo en fondo y forma del acto, sino que a lo largo de su legislación civil, únicamente hace mención del acto sin profundizar a más, pues únicamente se dedican a regular alguno de los tantos aspectos que podrían desarrollarse en un acontecimiento de esa naturaleza, dejando así muchas preguntas a ser resueltas por los órganos legislativos de cada entidad; sin embargo, del mismo modo existen entidades federativas que prohíben o desconocen los actos de gestación subrogada de manera expresa.

La *permisión* de tales actos en México nace por tres razones fundamentales: por **omisión** en la ley local, por **interpretación** de la ley local, y por **mención** en la ley local. Lo son por omisión las leyes que no mencionan prohibición alguna de actos de gestación subrogada (recordando el principio general del derecho que *lo que no está prohibido está permitido*), mas no por ello significa que el acto se pueda hacer con una libertad absoluta en su forma, pues cuenta con algunas limitaciones en la forma desde los principios del derecho familiar y civil, por ejemplo en la enajenación de los derechos filiales a través de un simple contrato privado cuando éstos no pueden realizarse de esa manera, en sí debiera realizarse por medio de una adopción plena ante autoridad competente tal y como profundizaremos más adelante. Ahora bien, son legislaciones *permissivas* por *interpretación*, aquellas cuya no prohibición del acto se entiende mediante la exégesis de ésta; y finalmente, son

legislaciones *permissivas* por *mención*, aquellas que en el texto de las legislaciones civiles locales únicamente mencionan al acto, o bien, que le reconocen tácitamente al mencionar algunos de los efectos jurídicos que el acto dará lugar; sin embargo es importante decir que ninguna ley o código regula a la gestación subrogada a profundidad.

Las entidades federativas que reconocen y permiten a la gestación subrogada por *mención* son Colima y Querétaro; mientras que las entidades permissivas por *interpretación* son Michoacán, Morelos, Puebla, Sonora y Zacatecas. Las entidades que permiten tales actos por *omisión* son simplemente el resto de las entidades que no se encuentren en los supuestos anteriores, ni en los dos únicos casos de prohibición o desconocimiento expreso de gestación subrogada. Esas dos únicas entidades que le **prohíben** o **no reconocen** son Coahuila y San Luis Potosí, por lo que ha de entenderse que en la omisión del resto de las entidades se encuentra algún tipo de *permisión no regulada del acto*.<sup>81</sup>

En lo que respecta a las entidades con legislaciones permissivas por *interpretación*, (Michoacán, Morelos, Puebla, Sonora y Zacatecas), la *permisión* es todavía más una cuestión de exégesis, pues tácitamente reconoce la utilización de técnicas de reproducción humana asistida<sup>82</sup> (que si bien anteriormente se ha dicho que la gestación subrogada no es una de esas técnicas, sí se ha puntualizado en que mucho suele hacerse a través de ellas), ya que en algunos de los artículos de sus legislaciones civiles, hay un enfoque a la descripción de ciertos efectos jurídicos derivados del empleo de esas técnicas.

---

<sup>81</sup> Nos referimos a *permisión no regulada del acto* a que no hay prohibición alguna de éste, mas no hay precepto alguno que indique cómo ha de efectuarse (fondo, forma, formalidad, etcétera).

<sup>82</sup> Si bien es cierto que previamente hemos diferenciado que la gestación subrogada no es una técnica de reproducción humana asistida, cabe precisar que ésta se logra -en la gran mayoría de los casos- a través de una técnica de esa naturaleza, por lo que tendríamos que, las legislaciones en comento no prohíben -ni tácita ni expresamente- a la gestación subrogada y que además, al prever consecuencias de derecho para con las personas nacidas por medio de esas técnicas, se protegen de alguna manera sus bienes jurídicos.

En síntesis:

I.	II.	III.	IV.
<b>Legislaciones permisivas por mención.</b>	<b>Legislaciones permisivas por interpretación.</b>	<b>Legislaciones prohibitivas.</b>	<b>Legislaciones permisivas por omisión.</b>
A) Colima.  B) Querétaro.  C) Tabasco.	A) Michoacán.  B) Morelos.  C) Puebla.  D) Sonora.  E) Zacatecas.	A) Coahuila.  B) San Luis Potosí.	* El resto de las entidades federativas mexicanas.

### 3.2. Regulación en las diversas Entidades Federativas mexicanas.

#### I. Legislaciones *permisivas* por mención.

##### A) Colima.

El Código Civil del Estado de Colima, en la sección que trata a la Adopción Plena, establece en su artículo 410-B los sujetos que pueden ser adoptados en esa modalidad, y para ello menciona en su quinta fracción a las personas que hayan sido producto de un embarazo mediante la participación de una **madre sustituta** (sic) que a su vez hubiese convenido con los *presuntos padres* del menor la adopción en cuestión.

**Artículo 410-B.** *Sólo podrán ser adoptados en forma plena:*

(...)

- I. *El producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la*

***participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.***

De lo anterior tenemos que al hacer mención de una *madre sustituta*, aunque no la defina en ninguna otra parte del código o ley relacionada, da por reconocida a tal figura, sin embargo, por lo lacónico del artículo al referirse a un sujeto que denomina “*madre sustituta*”, no puede saberse con precisión a qué se está haciendo referencia.

Por lo que respecta a la interpretación de esa redacción, se deduce que se está refiriendo tal artículo a lo que conocemos como gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante, motivo por el cual se **podrá** dar en adopción al infante, puesto que de tratarse de una gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante, no habría motivo por el cual ésta habría que darlo en adopción puesto que biológicamente el nacido sería hijo de los solicitantes. El artículo en realidad reconoce una supuesta figura de gestación subrogada pero no la protege; es decir, que reconoce que en el caso que trata **puede** haber adopción, pero no es una norma vinculante que constriña a las partes a cumplir con el acto jurídico, por lo que la gestante al momento del parto bien podría negarse a entregar al neonato.

## **B) Querétaro.**

Resulta interesante el Código Civil de Querétaro en este tema, pues dentro del capítulo sexto de su octavo título tiene una figura que no denomina directamente *gestación subrogada*, sino que habla de una muy atractiva e innovadora figura que denomina *adopción de embriones*.

La *adopción de embriones* tiene similitudes con la gestación subrogada, sólo que en esa modalidad de *adopción* es la gestante quien, pese a no haber aportado su óvulo –y con él sus genes-, es quien finalmente se quedará con los derechos de filiación del *nasciturus*, con la posibilidad de hacerlos extensivos a su cónyuge o concubino; es decir, la posibilidad de adoptar a un *no nato* más la posibilidad de

gestarlo. Es en realidad una **diferencia en la forma convencional de gestación subrogada**.

El Código Civil de Querétaro define así a la *adopción de embriones*:

**Artículo 399.** *La adopción de embriones es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.*

En dicha figura se hace mención de lo que ese código denomina *maternidad asistida o subrogada* en el artículo 400 que establece la prohibición específicamente a las parejas adoptantes de embriones para que empleen una *madre subrogada* o la *contratación* de un tercer vientre para gestar al embrión adoptado.

**Artículo 400.** *Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.*

Nuevamente se hace mención de la gestación subrogada, sin embargo no se habla más de ella en ese Código Civil. Se hace una prohibición a sujetos determinados a utilizar esa subrogación, mas no hay disposición en el resto del código que prohíba a otro tipo de individuos el utilizarle.

¿Pero por qué la adopción de embriones podría considerarse como una gestación subrogada? Pues bien, el embrión es producto de una pareja, puede ser cualquiera; de esa pareja, la mujer que aportó el óvulo **nunca lo gestó**, sino que lo otorgó para ser inseminado *in vitro* y posteriormente sea **otra mujer** quien lo geste. Hay gestación subrogada porque no es la aportante del óvulo quien gesta, sino una **segunda** mujer. Lo que prohíbe el artículo 400 del código queretano es que sea una **tercera** mujer quien geste, haciendo así una nomenclatura aún más

complicada. No es que el artículo 400 del Código Civil de Querétaro prohíba **en general** la gestación subrogada, sino que lo prohíbe para el caso específico de la *adopción* de embriones.

### **C) Tabasco.**

El Código Civil del Estado de Tabasco en su artículo 92, legisla de manera intrínseca a lo que llamamos *gestación subrogada*; sin embargo no hace siquiera mención de un nombre para tal figura, en realidad únicamente hace una lacónica mención de algunas de las partes integrantes del acto, limitándose solamente a definir a éstas mas no a la gestación subrogada. En realidad no podemos decir que en Tabasco hay una legislación meramente sobre esa subrogación, sino sólo una simple evocación a dicho acto y que da pie a un sinnúmero de interpretaciones.

En primer lugar salta a la vista que el único lugar en el que se encuentra *regulado* el acto en ese Código, es en el artículo referente al deber del reconocimiento de los hijos, por lo que, naturalmente no podemos esperar la profundización que merece el tema en un simple artículo que además se encuentra enfocado a uno de los tantos efectos que produce el acto de gestación subrogada.

Así pues, la legislación civil de Tabasco ha manifestado únicamente el reconocimiento tácito de la gestación subrogada pero no una regulación meramente, tan sólo una disposición en un caso muy específico, que es el del reconocimiento de los hijos; por lo que al respecto manifiesta lo siguiente:

#### **Artículo 92. (...)**

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

*Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación,*

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

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

Del análisis puntual del artículo en cuestión tenemos que, en lo que establece el primer párrafo, el artículo acepta la *cesión de derechos* realizada entre las mujeres contratantes; sin embargo, manifiesta **literalmente** que el hecho propio de la existencia de un contrato trae consigo una aceptación de esa acción; sin embargo, ¿ello será **legalmente** cierto?

Pues bien, es cierto que la voluntad queda exteriorizada, por lo que existe un elemento de existencia contractual, así como una voluntad expresa; sin embargo, entra entonces el cuestionamiento que varias veces nos habíamos hecho anteriormente: ¿Será entonces lícita la *cesión de derechos filiales*? Para ello habríamos que analizar los conceptos de **madre gestante sustituta**, **madre subrogada** y **madre contratante** en el Código Civil de Tabasco.

Se explica en el mismo artículo de ese código, que para sus efectos se entiende por **madre gestante sustituta** a la mujer que gesta a un embrión que no ha sido producto de sus óvulos sino de la mujer solicitante, es decir, una gestante que no aporta su material genético. Por otra parte, el mismo código define como **madre contratante** a aquella que contrata los servicios de una mujer que geste al producto deseado (aporte o no ésta última su material genético en sus óvulos).

Ahora, en contestación a la pregunta previa, hemos de decir que, visto que la mujer encargada de la gestación no aporta sus genes al producto, no hay ningún impedimento para que la mujer que sí comparte genes con el menor funja como madre, pues ya es la madre biológicamente y por ende legalmente, siendo que la única manera en que a una mujer se le pueda privar de sus derechos como madre de un menor, es solamente a través de la adopción y, en algunos casos extremos **mediante sentencia ejecutoriada**. En resumen, en este caso no hay derechos filiales entre la gestante y el producto, por lo que lógicamente no habría ningún derecho a ser enajenado o cedido. La madre es quien aporta el óvulo –sus genes– por lo que el derecho a la maternidad es para ésta, independientemente del error lingüístico de nombrar *madre* a **todas** las integrantes del acto. Legalmente es así, dejando a un lado la moralidad que pueda despertar.

Si se analiza por otra parte, el artículo 92 de ese Código Civil define a la mujer que gesta y aporta su material genético en el contrato, como **madre subrogada**; sin embargo, en ese caso no se remite únicamente a la exteriorización de la voluntad de un simple contrato como se hace en el caso de la *madre gestante sustituta*, sino que se obliga a las partes a remitirse a la figura de la **adopción plena**.

**Artículo 92. (...)**

*En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.*

Los puntos positivos que podemos encontrar al respecto en el Código Civil del Estado de Tabasco, son que, se preocupa en hacer una diferenciación en las mujeres participantes en el acto de gestación subrogada, y hace así una diferenciación importante en la mujer que aporta y la que no aporta su material genético en la gestación del embrión, por lo que finalmente intenta distinguir los efectos jurídicos que el acto traería consigo para la *cesión de derechos filiales*, siendo que en el caso de la mujer que aportó su material genético (la verdadera madre) no necesitará de trámite posterior al cumplimiento del *contrato* para gozar de sus derechos y deberes como madre del producto; mientras que por otra parte,

la gestante que sí aporta su material genético –y por ende es madre biológica del menor- deberá someter al infante a una adopción plena obligando así a la *enajenación* de los derechos filiales.

Los puntos negativos del artículo que pretende regular a la gestación subrogada en Tabasco, más allá de su poca profundidad y claridad en el tema, son que confunde el término *madre* para toda mujer que interviene en el acto, haciendo parecer que al alumbramiento del menor, éste tendrá *dos madres* cuando la calidad de madre, en todas las legislaciones mexicanas corresponde a una sola persona, sin importar que haya alguna otra mujer cercana al desarrollo del menor. La calidad de madre únicamente se limita a una sola mujer. Para fines prácticos, la redacción del artículo, por su excesivo empleo del término *madre*, termina haciendo un tanto confusa la comprensión de los diversos sujetos femeninos que intervienen en la gestación subrogada.

Por otra parte, pese a la diferenciación entre la gestante que otorga su óvulo y la que no, los efectos jurídicos dejan abierta una controversia más y que resulta ser muy preocupante: El ámbito de las formalidades; pues siendo la filiación y la familia en sí, un acto de interés público, el Estado debería intervenir en el acto desde un inicio. No sería prudente dejar en manos de particulares los derechos primeros y fundamentales de un menor en caso de una controversia, pues en el contenido humano (antropológico) del acto, existen muchísimas pasiones involucradas entre las partes, siendo que la intervención de una autoridad en el acto ayudaría inclusive a evitar futuras controversias.

Existen otros artículos en el Código Civil de Tabasco relacionados con los métodos artificiales de reproducción humana y que pueden ser equiparables con la gestación subrogada,<sup>83</sup> y que son el artículo 31, el 165 y el 272 fracción VIII, mismos que se relacionan respectivamente con la capacidad de los *nasciturus*, sobre el consentimiento mutuo de las parejas para someterse a una Técnica de Reproducción Humana Asistida, y sobre la causal de divorcio en caso de que la

---

<sup>83</sup> Recordemos que antes de realizarse tal acto es muy probable que la pareja se hubiese sometido a una Fecundación In Vitro o a una Inseminación Artificial.

cónyuge hubiese empleado alguna Técnica de Reproducción Humana Asistida sin el consentimiento de su consorte. A saber:

**Artículo 31.** *La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los **concebidos por cualquier método de concepción humana artificial**, aun cuando no se encuentren en el útero materno.*

**Artículo 165.** *Los cónyuges deben guardarse fidelidad, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente. Cualquier convenio contrario a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto.*

*Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier **método de reproducción artificial** para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.*

**Artículo 272.** *Son causas de divorcio necesario:*

(...)

**XVIII.** *Emplear, la mujer, **método de concepción humana artificial**, sin el consentimiento del marido.*

Del análisis de los mencionados artículos podemos decir que tal vez podría resultar superfluo el reconocimiento como personas con capacidad de goce a quienes nacen por medio de un método artificial de reproducción, pues a fin de

cuentas son seres humanos que al igual que el resto se han gestado dentro del vientre de una mujer y que por su composición biológica siguen siendo humanos. No debe haber mayor controversia al respecto, sin embargo no está de más hacer la aclaración de su capacidad como personas jurídicas al igual que quienes se han fecundado mediante fecundación natural.

En lo que respecta al artículo 165 de ese Código Civil, nos encontramos frente a una controversia interesante dentro del matrimonio –y dentro de cualquier relación parecida- con el interés de procrear hijos mutuos. Sucede que con el fin de realizar la planificación familiar entre la pareja, ambos deben consentir el empleo de métodos artificiales de reproducción humana, no bastando con el simple deseo de la mujer en aplicar sobre su cuerpo tal método, por lo que surge un debate entre el derecho a la *libre disposición del cuerpo propio* contra los derechos provenientes del matrimonio, y sobre todo los derechos de paternidad (motivo por el cual termina por resultar lo mismo que exista o no matrimonio entre la pareja en cuestión, mientras que no tengan obligaciones de un matrimonio preexistente con otra persona), cosa que analizaremos más adelante, ya que es tan amplio su alcance e importancia, que el legislador de Tabasco en el artículo 272, fracción XVIII del mismo código, ha establecido como una causal de divorcio el que la mujer emplee sobre su cuerpo un método así sin el consentimiento de su pareja, lo cual, más allá del debate matrimonial, tiene un elemento de indudable importancia: El supuesto es únicamente aplicable a la mujer y exenta a los varones dándole la ley una prerrogativa absolutamente discriminatoria e infundada.

## **II. Legislaciones *permisivas* por interpretación.**

### **A) Michoacán.**

Al igual que otras seis entidades federativas en México, Michoacán tiene un Código Familiar que complementa a su respectivo Código Civil para dicha materia. En el Código Familiar para aquél Estado se hace mención de los

métodos de reproducción asistida y que puede hacerse extensible a la aplicación en la gestación subrogada.

En el artículo 150 de ese código se mencionan algunas de las obligaciones entre los cónyuges y del mismo modo establece el derecho de decisión sobre el número y espaciamiento de sus hijos -al igual que lo hace nuestra constitución federal-, sin embargo adiciona un elemento, que es el derecho a que los cónyuges empleen cualquier método de reproducción asistida, mientras se decida de manera conjunta entre los consortes.

***Artículo 150.*** *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia.*

*Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia.*

*Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.*

En primer lugar debe de aclararse que ciertamente no se habla sobre gestación subrogada en este artículo, sin embargo resulta que al no haber alguna disposición expresa en la legislación michoacana que la prohíba, puede entonces entenderse que el permitir las técnicas de reproducción asistida puede emplearse sin obstáculo alguno para una subrogación; es decir, someterse a una de esas técnicas para que adicionalmente se pacte una gestación subrogada.

Por otra parte, tenemos una ponderación de derechos que preocupan mayoritariamente a algunas ideologías feministas –más que individualistas-, y es que en el debate sobre esta disposición, resulta controversial el común acuerdo de los consortes para el empleo de una técnica de esa naturaleza.

La ponderación de derechos en ese caso, resulta de confrontar el derecho a la libre disposición del cuerpo propio, contra los derechos y obligaciones derivados

del matrimonio. El asunto está en saber qué tan jurídicamente válido es el someter la decisión de emplear una técnica de reproducción asistida al consenso del otro cónyuge. La respuesta se encuentra fundamentalmente en el mismo artículo.

Al encontrarse ambos cónyuges sometidos a las reglas de la figura del matrimonio, se encuentran de la misma manera sujetos a una serie de derechos y obligaciones que son en sí la esencia de esa institución. Las mismas obligaciones del matrimonio nacen de una serie de principios medulares claramente influenciados por valores de carácter moral, pero que no obstante se encuentran elevados a norma jurídica.<sup>84</sup> Por ello, resulta que el artículo 150 del Código Familiar para el Estado de Michoacán establece como obligaciones del matrimonio la ayuda, la solidaridad y la asistencia mutua. De alguna manera, por la misma autonomía de la persona es que se decide no a ceder derechos de decisión sino a compartirlos con otra persona, aunque a final de cuentas las relaciones personales en un matrimonio siempre se rigen por lo que las personas acuerden o acostumbren, siendo esas relaciones un área en la que el derecho muy difícilmente puede intervenir.

Finalmente, el Código Familiar michoacano reconoce a las personas nacidas a través de métodos de reproducción asistida como parientes consanguíneos en su artículo 301. Una aclaración que en caso de la gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante queda perfecto y quizá podría parecer sobrante siendo que quienes fungen el rol de padres son meramente sus parientes; sin embargo, para el caso en que sí hay aportación genética queda un espacio de duda para quien nace a través de ese acto.

**Artículo 301.** *El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre las personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.*

---

<sup>84</sup> En realidad la totalidad de las normas jurídicas se basan en una serie de principios morales vigentes en una sociedad en un tiempo y lugar determinados.

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

Probablemente ese pendiente en el parentesco del nacido por gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante hubiese quedado aclarado si, como en otras legislaciones, se esclareciera que el menor debiera someterse a adopción plena de los solicitantes.

## **B) Morelos.**

El Código Familiar para el Estado de Morelos en su artículo 175 fracción XVII, establece como una causal de divorcio el sometimiento a técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento de su cónyuge. Claramente ese artículo no habla del fin para el cual se someten los cónyuges a esas técnicas, sin embargo puede aplicarse al caso de la gestación subrogada (en tal caso el objetivo va más allá de la reproducción humana, el objeto es la *enajenación* de los derechos filiales que pudiera tener la gestante sobre el *nasciturus*); por lo tanto, en el supuesto de que la cónyuge se someta a inseminación artificial de algún varón (indeterminadamente) con el fin de embarazarse y finalmente entregar al nacido a la patria potestad de otras personas **sin** el consentimiento del cónyuge, resulta configurarse un supuesto para la disolución del matrimonio.

Para analizar más a fondo, el artículo 175 fracción XVII del Código Familiar de Morelos, a la letra establece lo siguiente:

**Artículo 175.** *Son causales de divorcio:*

(...)

**XVII.** *La inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en la mujer, sin el consentimiento de alguno de los cónyuges.*

Analizando detenidamente la redacción de la fracción de este artículo resultan dos asuntos importantes: La causal es únicamente aplicable a técnicas aplicadas a *la* mujer y, nuevamente, la libre disposición del cuerpo humano y sus gametos.

En primer lugar resulta que la causal de divorcio es que entre los cónyuges, la técnica de reproducción artificial sea aplicada en *la* mujer. Al usar el artículo *la* para referirse a una causal de divorcio, se sobreentiende que se habla de *la* cónyuge<sup>85</sup>, por tanto, si una mujer casada se somete a una técnica artificial de reproducción, resulta una causal de divorcio siempre y cuando el marido no otorgue su consentimiento; sin embargo, si es el cónyuge (varón) quien somete sus espermatozoides a una técnica como la *Inseminación Artificial*, no aplicaría dicha causal de divorcio si dicha inseminación se aplica en el organismo de **otra** mujer ajena al matrimonio.

Para ser más claro se tienen dos supuestos aplicados a la gestación subrogada:

- **Primer supuesto:** *La* cónyuge permite sobre su cuerpo una *Inseminación Artificial* con los espermatozoides de un varón **ajeno** al matrimonio, ello con el fin de ser la **gestante subrogada** del hijo de quien otorgó el semen. Para ello, **el** cónyuge no tuvo noticia o consentimiento del acto, por tanto la causal de divorcio es procedente a favor **del** cónyuge, pues además, la técnica se aplicó en **la** mujer, **la** cónyuge.

- **Segundo supuesto:** En un matrimonio donde **la** cónyuge es quien no puede tener hijos, **el** cónyuge permite sobre el cuerpo de mujer **ajena** a su matrimonio la donación de sus espermatozoides con el fin de que esa mujer sea la **gestante subrogada**. En este caso **la** cónyuge del donante nunca otorgó su consentimiento o ni siquiera tuvo noticia de ello. Pese a la no voluntad de **la** cónyuge, la causal de divorcio es improcedente, pues la técnica de reproducción asistida no se empleó en **la** mujer y además, dicha técnica se empleó de alguna manera en relación con

---

<sup>85</sup> Si se refiriera a mujer indeterminada se habría utilizado el artículo **una** ó **alguna**: “La inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en **alguna** mujer...”

el cuerpo del varón (con su semen), mientras el artículo únicamente refiere **en la mujer** (entendido como el cuerpo y gametos de **la** cónyuge).

Resulta por tanto inequitativa la fracción de ese artículo por su pura redacción, pues no se dice nada sobre el consentimiento de **la** cónyuge para que su marido pueda donar su semen a otra mujer, mas sí es causal de divorcio que la mujer disponga de su cuerpo para gestar un embrión ajeno a la genética de su marido. Resulta que la lógica jurídica del matrimonio supone una toma de decisiones conjunta en un plano de igualdad, por lo que el artículo debería comprender por completo a dichas técnicas en relación con los cónyuges (por lógica jurídica y por equidad en relación con el artículo 1° constitucional) estableciendo que es causal de divorcio el sometimiento a cualquier técnica de reproducción humana en la que cualquiera de los cónyuges participe sin el común acuerdo con su consorte.

En la opinión personal, hay una forma más práctica de evitar ese tipo de confusiones y obstáculos para la disolución de los matrimonios cuyos cónyuges creen no poder proseguir con su compromiso, y es, simplemente, la eliminación a nivel federal de las causales de divorcio, procediendo éste por la simple decisión de uno de los cónyuges a no seguir con el matrimonio.

### **C) Puebla.**

El Código Civil del Estado de Puebla únicamente hace referencia a las técnicas de reproducción asistida -aplicables a la gestación subrogada- en su artículo 477-Bis, mismo que reconoce el parentesco entre quienes nacen por medio de esas técnicas y los cónyuges o concubinos que hubiesen producido el embarazo, siendo que tal parentesco se tiene legalmente tal cual y como si fuese consanguíneo.

#### ***Artículo 477-Bis.***

*También existirá parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos*

*que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.*

En relación con la gestación subrogada, este artículo hace una presunción legal de parentesco consanguíneo en el caso de que uno de los gametos aportados no perteneciera a la pareja –conyugal o concubinaria-, por lo que *a priori*, el hijo nacido de esa gestación será en presunción de la pareja.

#### **D) Sonora.**

El Código de Familia para el Estado de Sonora es el ordenamiento que regula a más profundidad a la gestación subrogada pese a ni siquiera nombrar al acto. Ese código regula principalmente los efectos de filiación, de voluntad entre los cónyuges o concubinos, y sobre las causales de divorcio derivadas de esas técnicas.

En cuanto al matrimonio, el artículo 156 de ese código establece como causal de divorcio el hecho de que uno de los cónyuges se someta a métodos de reproducción asistida con material genético **de terceros**.

**Artículo 156.** *Son causas de divorcio por culpa:*

(...)

**XV.** *El someterse uno de los cónyuges a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros.*

Como puede observarse, el artículo es tajante en su disposición; a diferencia del Código Familiar para el Estado de Morelos que en su artículo 175 fracción XVII, no establece el elemento de la voluntad acordada entre los cónyuges, sino que se limita a establecer como causal el puro empleo de material genético de terceras personas para la reproducción de manera asistida. Tampoco se refiere de manera determinada hacia alguno de los cónyuges como en el caso del Código Familiar de Morelos que enfocaba a la causante principalmente a las mujeres, sino que hace extensiva la causal a ambos cónyuges, por lo que en caso de que el varón

utilice el óvulo de otra mujer para una gestación subrogada, o bien, la mujer utilice el espermatozoides de otro hombre para los mismos fines, el divorcio entre ellos es procedente, **incluso cuando hubiere existido voluntad previa de los cónyuges en utilizar el material genético ajeno a la pareja**, pues ello no se encuentra determinado en el código en cuestión; es una puerta entreabierta que deja esa posibilidad pendiente.

Ahora bien, siguiendo la misma línea del divorcio, en el caso de que se hubiera realizado una gestación subrogada **con** material genético de la gestante y una vez nacido el menor, el Código de Familia de Sonora establece que la patria potestad sobre éste, habrá de quedar a cargo de la madre.

**Artículo 179.** *En el divorcio culpable la situación de los hijos se fijará atendiendo a las siguientes reglas:*

(...)

**Segunda.** *Si la causa del divorcio estuviera comprendida en la fracción II del artículo 156 de este código<sup>86</sup>, el menor producto del embarazo quedará al lado de su madre como única titular de la patria potestad, como también en el caso de la fracción XV, por lo que toca al hijo nacido por reproducción asistida.*

Visto así resulta interesante saber a quién es que considera como *madre* el código sonorenses, pues la gestante aportó su material genético convirtiéndose en la madre biológica. Para eso ha de decirse que para efectos de ese ordenamiento, el artículo 206 del mismo código establece sobre el parentesco que será la mujer **solicitante** quien habrá de fungir como madre tal y como si hubiese adoptado al menor.

**Artículo 206.** *El parentesco voluntario es el que nace de la adopción, **del nacimiento obtenido mediante técnicas de***

---

<sup>86</sup> Esa fracción refiere expresamente lo siguiente: **Artículo 156.** *Son causas de divorcio por culpa: (...) II. El hecho de que la mujer resulte embarazada o dé a luz a un hijo concebido antes del matrimonio, siempre que no sea del marido y que éste no hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de su celebración.*

*reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial.*

Contra poniendo al artículo 156 fracción XV ante este artículo 206 del código en comento, resulta que en el primero se establece, a grandes rasgos, que la gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante es un acto que, por alguna u otra razón del legislador, puede dar procedencia al divorcio **incluso si previamente hubiese existido voluntad entre los cónyuges sobre la subrogación**; mientras por otra parte, del artículo 206 se deriva que **sí es permitida la subrogación con aportación de la gestante** e incluso prevé efectos de filiación, por lo que se concluye que el acto de subrogación **con** aportación genética de la gestante se encuentra permitido, pero en ningún caso es obligatorio que **la** cónyuge se vea obligada a fungir como la madre legal del menor *en encargo* (y mucho menos debería serlo si **el** cónyuge no lo hubiere consultado con ella).

Es entendible que **la** cónyuge pueda optar por el divorcio cuando su marido no le hubiere solicitado opinión y acuerdo para gestar de manera subrogada y con el óvulo de **otra** mujer, pues se coarta el derecho de la cónyuge a decidir de manera libre sobre su descendencia (artículo 4° constitucional) e incluso falta a la lógica de los deberes del matrimonio contenidos en la legislación civil competente. De la misma manera **la** cónyuge coartaría el derecho de decisión libre de reproducción en su marido (mismo artículo 4°) y faltando a las mismas reglas del matrimonio. Así mismo el derecho a la reproducción debe ejercerse de manera conjunta a quien habrá de fungir como padre o madre en su caso, más allá de las reglas del matrimonio que pueden estar de más ante la realidad, pues la reproducción humana no surge del matrimonio sino de uniones sexuales de facto, con o sin relaciones jurídicas entre una pareja.

Ahora bien, regresando al t3pico de la filiaci3n y la voluntad conyugal en el empleo de t3cnicas de reproducci3n asistida, el art3culo 207 del C3digo de Familia sonoreense establece, a grandes rasgos, que la filiaci3n hacia el nato frente a los c3nyuges –o concubinos en su caso- tendr3 los mismos efectos que si ambos fuesen los padres biol3gicos, siempre y cuando el acto se haya realizado con la mutua voluntad de los mismos. As3 mismo, reconoce el derecho del nato a obtener informaci3n sobre su ascendencia.

**Art3culo 207.** *Cuando el embarazo se obtenga por t3cnicas de reproducci3n asistida con material gen3tico de personas distintas de uno o ambos c3nyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros ser3n considerados como padres biol3gicos del ni1o que nazca por estos m3todos siempre que hayan otorgado expresamente su autorizaci3n. El hijo podr3 solicitar, al llegar su mayor3a de edad, informes sobre el padre biol3gico en los mismos casos que en la adopci3n plena, sin reclamar ning3n derecho filiatorio.*

Del mismo modo, el art3culo 213 del mismo ordenamiento, reconoce el parentesco consanguineo entre el nacido y los c3nyuges cuando 3ste hubiese nacido a trav3s de m3todos de reproducci3n asistida pero el material gen3tico hubiese sido aportado por la pareja solicitante. Por ende se reconoce la filiaci3n consangu3nea en una gestaci3n subrogada **sin** aportaci3n gen3tica de la gestante; sin embargo, se deja pendiente lo que suceder3a en una subrogaci3n en que la gestante s3 aporte su material gen3tico al producto.

**Art3culo 213.** *La filiaci3n consangu3nea es el v3nculo de parentesco que surge de la relaci3n gen3tica entre dos personas, por el s3lo hecho de la procreaci3n, incluyendo la reproducci3n asistida con material gen3tico de ambos padres.*

Seg3n el C3digo Familiar del Estado de Sonora en su art3culo 208, la formalidad para manifestar el parentesco con el nacido por m3todos artificiales, no se ha de

tramitar de la misma manera en que se haría con los nacidos con los mismos genes que los cónyuges, sino que se realizará ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante Notario Público o bien, mediante acuerdo privado ante testigos.

***Artículo 208.** El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.*

*La autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.*

Este artículo, complementario al 207, manifiesta que el consentimiento mutuo de los cónyuges de reconocer el parentesco del nacido, crea automáticamente un impedimento para que aquellos quienes hayan aportado su material genético en el caso de una gestación subrogada puedan valer cualquier derecho u obligación derivada de la filiación, por lo que a la gestante subrogada se le *obligaría* a través de ese artículo a la renuncia de tales derechos por la donación de su óvulo, lo cual aun estando positivizado es bastante discutible como veremos más adelante.

El artículo 208 del Código Familiar sonoreense, en su segundo párrafo, establece que la **autorización** para someterse a alguna técnica de reproducción asistida debe hacerse, indistintamente, ante el Director de la Clínica u Hospital, ante Notario Público, o ante cualquier otro particular en un documento privado. La cuestión es ¿A qué se referirá este artículo al hablar de una “*autorización para la reproducción asistida*”? pues si se refiere a la compatibilidad física y mental de las partes –en cuestiones de salud- para someterse a la técnica de reproducción asistida, la persona competente para autorizarle es un médico; sin embargo, para determinar la capacidad jurídica y la autorización de una gestación subrogada,

sería una autoridad competente tal como el juez de lo familiar, y ni siquiera un notario público quien es únicamente un fedatario y no una autoridad.

Ahora bien, puede hacerse una segunda interpretación del segundo párrafo de ese artículo, y es que esa *autorización* se refiera más bien a una manifestación de la voluntad entre quienes se sometan a las técnicas de reproducción asistida; es decir, que sean las partes quienes *den autorización* de someterse a tal procedimiento, por ejemplo, que el varón autorice la donación de su semen, o que la mujer autorice la Fecundación *In Vitro* o Inseminación Artificial aplicadas en su cuerpo.

#### **E) Zacatecas.**

El artículo 245 del Código Familiar para el Estado de Zacatecas únicamente reconoce legalmente el parentesco entre los nacidos a través de métodos de reproducción asistida con la pareja que hubiere **procurado** el nacimiento.

***Artículo 246.** El parentesco de consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común.*

*También se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.*

Destaca que el reconocimiento del que habla dicho artículo únicamente se refiere a cónyuges y concubinos, sin embargo no es necesario que el artículo se hubiese enfocado únicamente a ese tipo de parejas, pues si el hijo resulta producto de la fecundación de los gametos propios de cada uno de los cónyuges o concubinos, biológicamente el hijo será suyo y ello podrá probarse ostensible a través de cualquier método científico. Del mismo modo sigue la línea lógica sobre la filiación materna y paterna que el mismo código establece en sus artículos 322 y 323.

***Artículo 322.** La filiación materna resulta del sólo hecho del nacimiento, si hubiere suposición de parto, suplantación de niño o cualquier conflicto o duda sobre la filiación, podrán realizarse las*

*pruebas científicas correspondientes, además serán admisibles todos los medios de prueba; en los juicios de intestado o de alimentos, se justificará la filiación respecto de la madre dentro del mismo procedimiento.*

**Artículo 323.** *La filiación paterna se establece por el reconocimiento que se haga de los hijos o por una sentencia que declare la paternidad. Si hubiere negativa del presunto padre o cualquier conflicto de duda sobre la filiación, podrán realizarse las pruebas respectivas; y en el caso de concubinato, se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los extremos legales señalados por la ley para demostrar el concubinato. Esta acción es transmisible por herencia e imprescriptible.*

Volviendo al análisis del artículo 246 del Código Familiar de Zacatecas, debe esclarecerse a qué se refiere su segundo párrafo al mencionar que “*se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren **procurado** el nacimiento*”. Al mencionar a los cónyuges o concubinos que hubiesen **procurado** el nacimiento puede interpretarse a quienes hubiesen **cuidado**, pues el significado de esa palabra de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa *hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa*<sup>87</sup>; sin embargo no en toda técnica de reproducción asistida el matrimonio o concubinato que solicita el embarazo es quien cuida (procura) de éste, tal y como es el caso de la gestación subrogada, por lo que es probable que el legislador hubiese omitido ese importante detalle; sin embargo al permitir técnicas de reproducción asistida y al no mencionar prohibición en la gestación subrogada, el Código Familiar de Zacatecas permite interpretativamente tales actos con los límites preestablecidos en toda legislación.

---

<sup>87</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

### III. Legislaciones prohibitivas.

#### A) Coahuila.

La sección tercera del Código Civil de Coahuila establece las reglas de la filiación resultante de la fecundación humana asistida, a lo que denomina *asistencia médica para la procreación*. De esa manera, el Código Civil para ese Estado, muestra un catálogo de técnicas de reproducción asistida, tales como la concepción *In Vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica destinada a los mismos efectos reproductivos.

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

El acceso a tales técnicas en el Estado de Coahuila, se limita únicamente a parejas unidas en matrimonio o por concubinato y que cumplan con el requisito de que después de cinco años no hayan podido engendrar o concebir por cualquier razón biológica y sin que la esterilidad o la infertilidad hubiese sido el impedimento, pues en ese caso la técnica procedente sería la inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen de algún varón que no fuese el cónyuge o concubino.

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

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

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

La legislación Coahuilense es cuidadosa para el empleo de las técnicas de reproducción asistida, de manera que establece que quienes a ellas se sometan, deberán gozar de cierta asesoría e información por parte de la Secretaría de Salud de ese Estado, tales como el procedimiento de cada técnica e incluso las disposiciones legales que le atañen, además de informarles sobre la opción de la adopción.

Sucesivamente la sección tercera del Código Civil de Coahuila señala algunas especificaciones y formalidades para la realización y consentimiento en el empleo de técnicas de reproducción asistida; es de ese modo que al especificar el empleo de cualquiera de esas técnicas con el objeto de contratar una gestación subrogada, el artículo 491 declara contundentemente a dicho acto como inexistente en esa entidad federativa.

**Artículo 491.** *El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

*Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.*

Es claro el artículo al no reconocer al llamado contrato de maternidad subrogada, sin embargo al manifestar que éste *no producirá efecto legal alguno*, debe más bien referirse a que, de los derechos que se **pretenden** crear y transferir en el convenio, no derivará acción legal alguna para exigirse en juicio, pues las consecuencias de facto que crea el contrato sí produce efectos legales; lo cual se explica de la manera siguiente: El embarazo y el nacimiento tienen efectos legales inherentes, se haya o no producido por el cumplimiento de un contrato, pues son

**hechos jurídicos** que por su naturaleza derivan el nacimiento de derechos y obligaciones tales como la filiación.

Del mismo modo hay una consecuencia que de facto sí puede suceder derivada del contrato, y es la sustitución de la mujer gestante, pues incluso así, el embarazo y el nacimiento sucederán y no se podrán limitar o desconocer los derechos del *nasciturus*, por lo que el mismo artículo 491 del código en comento impone una especie de coacción para evitar dichos contratos sosteniendo que pese al desconocimiento del contrato de maternidad subrogada, *“si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético (gestante subrogada sin aportación genética), la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”*, es decir, que no obstante con desconocer al contrato de *maternidad subrogada*, el artículo 491 del código establece como *medida preventiva* que evite esas acciones, el **no reconocer los efectos del objeto directo del contrato**. Lo anterior se explica de la siguiente manera:

En razón de que el objeto **jurídico** principal del contrato de gestación subrogada (en cualquiera de sus dos modalidades) es que los solicitantes tengan los derechos filiales para con el nacido, la legislación Coahuilense desconoce tal efecto, de manera que otorga a la gestante los derechos y deberes derivados de la maternidad, haya o no haya sido ella quien aportara el óvulo; es decir, que la gestante siempre se considerará madre sin importar de qué mujer haya provenido el óvulo.

## **B) San Luis Potosí.**

El capítulo quinto del Código Familiar de San Luis Potosí tiene mucha similitud con la sección tercera del Código Civil de Coahuila, ambos tratan la filiación resultante de la fecundación humana asistida. En lo que hace a la gestación subrogada, el Código Familiar de San Luis Potosí en su artículo 243 es también muy parecido al artículo que desconoce a dicho acto estableciendo lo siguiente:

**Artículo 243.** *Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

*Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.*

A diferencia con el Código Civil Coahuilense, el Código Familiar de San Luis Potosí no ahonda en los derechos y obligaciones derivados de las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo deja en claro el desconocimiento de la que llama *maternidad substituta* así como la eliminación del objeto jurídico del mismo acto.

#### **IV. Legislaciones *permissivas* por omisión.**

El resto de las legislaciones civiles o familiares vigentes en las Entidades Federativas mexicanas omiten los actos de gestación subrogada; sin embargo, como se ha mencionado, ello no implica en sí una prohibición o un desconocimiento por inexistencia para tales actos, puesto que en referencia a los principios generales del derecho es sabido que *lo que no está prohibido se entiende por permitido*; no obstante, pese a tal principio, existen diversas limitantes tales como en la forma para realizar el acto.

Es cierto que se puede permitir la subrogación de la gestación de un embrión en razón de que no hay artículo legal alguno que lo prohíba, es cierto también que la titularidad de los derechos y deberes filiales (guarda, custodia y patria potestad) pueden ser transferibles pero únicamente a través de la adopción, mas no por otro medio como un contrato entre particulares por ejemplo; es decir, que la permisión implícita del acto tiene límites legales de lo que sí se encuentra determinado en la ley, por lo que el acto se encuentra *permitido* mas la forma se encuentra limitada.

##### **3.2.1. La Iniciativa de *Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.***

El 26 de noviembre de 2009, el Partido de la Revolución Democrática presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, una iniciativa para la promulgación de una la ley especializada en regular la gestación subrogada, bajo el

argumento de atender los problemas de salud reproductiva otorgando seguridad jurídica a dichos los actos.

A la fecha, la iniciativa en cuestión sigue sin ser aprobada y por tanto carece de validez, sin embargo cuenta con elementos muy interesantes tales como las formas y formalidades del acto. El proyecto de ley se compone de 34 artículos que tratan los siguientes temas:

## **I. Generalidades del acto de Gestación Subrogada.**

### **a) Denominación y definición del acto.**

En las disposiciones generales del proyecto de ley, primeramente destaca que define a lo que denomina como *Maternidad Subrogada* de la siguiente manera:

#### ***Artículo 1°. (...)***

*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 vive en concubinato y que aportan su carga o material genético.*

La definición propuesta en tal artículo resulta equivocada por tres motivos fundamentales: *i)* La denominación es contradictoria a su definición; *ii)* El acto de gestación subrogada **no** es una práctica médica, y; *iii)* La definición olvida el objetivo principal del acto. Lo anterior se explica de la siguiente manera:

La definición que propone el proyecto de ley resulta contradictoria con su denominación; es decir, denomina al acto como *Maternidad Subrogada* cuando en ningún momento se subrogan –o se transfieren- los derechos de maternidad sino únicamente el hecho de la **gestación** (motivo por el cual es más preciso denominarle *gestación subrogada*); de esa forma resulta que los solicitantes – cónyuges o concubinos- son los padres **biológicos** y por ende son los padres **legales** del nacido, pues la mujer ajena a la pareja *sólo* fungió como gestante para

que finalmente el nacido sea entregado a los solicitantes. En síntesis, resulta que la propuesta de ley hace referencia únicamente a la gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante.

En segundo término nuevamente es importante decir que la gestación subrogada **no es una práctica médica** sino que es un acto que suele surgir de una práctica médica<sup>88</sup>. El artículo en cuestión al referirse a que *es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer*, está más bien hablando de una **transferencia de embriones** lo cual sí es una práctica médica<sup>89</sup>. La gestación subrogada es en realidad un acto mediante el cual una mujer, por solicitud de una persona o pareja, se obliga a gestar a un embrión para que al momento del nacimiento, el nacido sea entregado a los solicitantes a fin de que éstos funjan jurídicamente como los padres.

Finalmente debe decirse que la definición en comento carece del objeto principal del que consiste la gestación subrogada y por tanto resulta incompleta, pues no hace mención de que la transferencia de embriones a que hace referencia lleva por fin el que al momento del nacimiento, el nacido sea entregado a los solicitantes para que éstos funjan jurídicamente como los padres. No obstante, en el artículo 3° fracción XI de la propuesta de ley en comento, se puede deducir tal propósito en una de las definiciones que propone tal como se verá más adelante, sin embargo aún así ésta resulta un tanto dispersa y confusa.

Por otra parte el mismo artículo primero hace extensivo el derecho a acceder a la gestación subrogada a las mujeres que no se encuentren unidas por matrimonio o concubinato mientras cumplan con los requisitos establecidos en ese proyecto de ley.

---

<sup>88</sup> Se afirma que **suele surgir** de una práctica médica puesto que no se descarta el embarazo mediante una **fecundación natural (copular)** en razón de no existir prohibición alguna.

<sup>89</sup> La **transferencia de embriones**, como su nombre lo dice, consiste en la implantación artificial de un embrión en el útero de una mujer para su gestación. En este caso el embrión –o cigoto- es producto de una **fecundación in vitro**, la cual, como hemos visto, es una técnica de reproducción humana asistida como se ha visto anteriormente.

### **Artículo 1º. (...)**

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

Cabe destacar que el proyecto en cuestión limita el acceso a la gestación subrogada a las personas homosexuales unidas por matrimonio o concubinato, siendo que el mismo artículo primero únicamente hace referencia a parejas heterosexuales, pues el proyecto de ley sólo permite la gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante. Sin embargo, la forma de gestación subrogada a la que es más viable que acuda una pareja homosexual, por su naturaleza, es la subrogación **con** aportación genética de la gestante, mas por obvias razones únicamente aplicaría a parejas homosexuales **masculinas**, ya que para parejas homosexuales **femeninas**, también por cuestiones naturales, más convendría una inseminación artificial implementada a una o a ambas.

#### **b) La gratuidad en el acto.**

Uno de los rasgos que han resultado más atractivos en la gestación subrogada, ha sido el hecho de ver a la gestación como un servicio remunerable más allá de que sea o no un acto altruista. Como se ha visto anteriormente, el aspecto económico del acto es lo que le ha dado gran éxito, pues junta dos intereses de gran importancia para los seres humanos; por una parte se encuentra el interés de las personas para tener hijos, y por otra parte el interés económico de las gestantes (y muy probablemente el de sus familias), ya sea por una simple ambición o por una fuerte necesidad, tal y como es el caso de las mujeres en la India.

El proyecto legislativo para el Distrito Federal es congruente con la clara influencia moral de su Código Civil al establecer que, lo que denomina *Maternidad Subrogada*, deberá realizarse **sin fines de lucro** entre cualquiera de las partes.

**Artículo 2°. (...)**

*La maternidad subrogada se realizará sin fines de lucro para la madre subrogada y el padre, y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.*

En un artículo publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se critica al aspecto no lucrativo del proyecto de ley argumentando que

*“El artículo 2° de la iniciativa establece que este procedimiento se realizará sin fines de lucro para los padres y la mujer gestante, con ello se plantea que no se trate de una renta de úteros, sino de un procedimiento que busca que una pareja pueda tener descendencia; (...) además es muy difícil pensar que la mujer gestante pueda mantenerse sola durante el embarazo; por otra parte, se está legislando bajo una presunción de buena fe, pues si el embarazo implica un riesgo, cabrían varias circunstancias por las cuales se podría pedir en la realidad una contraprestación, ya que se deben tener todos los cuidados necesarios para resguardar al feto y al futuro bebé”.*

No es verdad que por el hecho de que un acto jurídico sea **no lucrativo** éste deba carecer de alguna prestación económica, ya que el lucro es uno de los elementos que diferencian a los actos jurídicos civiles de los mercantiles, ya que para que un acto se considere mercantil, éste deberá tener fines **lucrativos o especulativos** en los términos que precisan las múltiples fracciones del artículo 75 del Código de Comercio vigente, por lo tanto, al ser la gestación subrogada un asunto de carácter familiar, nos referimos entonces a actos jurídicos de naturaleza **civil**, no mercantil, lo cual es una razón por la que el lucro no puede ser elemento del acto.

Para ser precisos, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el *lucro* es la ganancia o provecho que se saca de algo,<sup>90</sup> por lo que en el caso de la gestación subrogada no se otorgará provecho monetario derivado del acto, lo cual no limita a que los solicitantes eroguen los gastos necesarios a la gestante para que ésta desempeñe su obligación.

Finalmente hay una razón contundente que aclara lo anterior y que protege la integridad tanto de la gestante como del producto. Resulta que el mismo proyecto de ley, posteriormente, en su artículo 20, es claro al mencionar que los solicitantes tienen la obligación de realizar todas las erogaciones necesarias para el cuidado del embarazo.

**Artículo 20. (...)**

*En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:*

*I. Que se otorga por todas las partes **sin fines de lucro** respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;*

*II. La obligación de la madre subrogada<sup>91</sup> 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;*

*(...)*

*Sin menoscabo de lo señalado en las fracciones anteriores, el consentimiento expresado en el instrumento para maternidad*

---

<sup>90</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

<sup>91</sup> El proyecto de ley en análisis define en su artículo 3° fracción VIII a la “*madre subrogada*” como la *mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento para la maternidad subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.* (Véase Anexo).

*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.***

*Se entiende por bienestar integral aquél que busca la satisfacción de las necesidades **alimentarias** y de desarrollo personal en los términos que establece el código civil.*

Por lo anterior es clara la propuesta de ley en que el lucro es independiente de las aportaciones económicas destinadas a los gastos que deban hacerse para los adecuados cuidados médicos y alimentarios no sólo del *nasciturus* sino también de la gestante, por lo tanto ésta última no estará obteniendo ganancias económicas tales como en un negocio mercantil pero sí estará obteniendo tanto la manutención necesaria para el desarrollo de su embarazo así como algunos cuidados sobre su persona en razón de que ésta afectará sobre la salud del producto.

Cabe destacar que para la elaboración de esta propuesta de ley, se realizaron diversos foros en la IV y V Legislaturas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en donde participaron diversos especialistas en el tema y en donde respecto a la prohibición del lucro en el acto se argumenta que la propuesta no está dirigida a un *alquiler de úteros* sino de una posibilidad de **colaborar** con las personas que se encuentran imposibilitadas a lograr su descendencia.

## **II. Obligaciones de los médicos tratantes.**

### **a) Del derecho a la información sobre el procedimiento.**

El artículo 6° del proyecto de ley establece el derecho de las partes integrantes a que el médico que les emplee la transferencia de embriones para la gestación subrogada –sea de institución pública o privada-, les informe de manera sustancial sobre las consecuencias médicas y legales de la técnica a que desean someterse.

**Artículo 6.** *Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias*

*médicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante.*

Tal artículo es congruente con dos ordenamientos jurídicos de mayor jerarquía al exigir a los médicos que otorguen información sobre reproducción humana a sus pacientes, siendo que es acorde a la Constitución mexicana en su artículo 4°, que establece en términos generales el derecho a la reproducción, y al Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 16 que establece el derecho a la reproducción entre los cónyuges así como la libertad para acceder a técnicas de reproducción asistida para lograr su descendencia.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4° (...)**

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

**Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 162. (...)**

*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.*

Es importante que las partes que se sometan a este tipo de técnicas sean informadas sobre las respectivas consecuencias médicas a cargo de su propio médico tratante, sin embargo, el hecho de que el mismo médico sea quien les informe sobre las consecuencias legales del acto, es algo ajeno a la ciencia de la cual tienen pericia, pues tal asesoría corresponde a un perito en derecho, el cual en el acto en concreto recaería en el juez que se encargue del asunto, o en su defecto, a algún perito en la materia que el juez designe para informar a los solicitantes.

Otra de las obligaciones del médico tratante es que éste deberá solicitar a sus pacientes todos los documentos que acrediten que están cumpliendo con todos los requisitos legales para someterse al tratamiento deseado, así como elaborar los diagnósticos que acrediten que los pacientes se encuentran médicamente facultados para el tratamiento, considerando los aspectos que enuncia el artículo 10 del proyecto de ley en cuestión.

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

*I. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;*

*II. La madre subrogada y el padre se encuentran plenamente convencidos de aportar su material genético para la implantación, y*

*III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.*

Además de ello, el artículo 11 del mismo proyecto, establece la obligación del médico de corroborar que la gestante no se encuentre ya embarazada y que no padezca de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía. De la misma manera ese artículo obliga al personal de servicio social del hospital, o en su caso del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, para realizar una visita domiciliaria a la gestante en que se corrobore que cuenta con un ambiente familiar adecuado y una condición socioeconómica favorable para el desarrollo del embarazo.

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

*alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante.*

*A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante y en su caso, 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 su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.*

#### **b) Manifiesto de la gestante sustituta.**

El mismo artículo 11 establece además ciertos requisitos que deberá cumplir la aspirante a gestante subrogada y que será obligación del médico tratante hacerle manifestar bajo protesta de decir verdad.

#### **Artículo 11. (...)**

*Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará 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 consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.*

### **III. Requisitos para el procedimiento judicial de Gestación Subrogada.**

#### **a) Requisitos para las partes.**

El artículo 14 del proyecto puntualiza requisitos específicos que deberán cubrir las partes esenciales del acto de gestación subrogada (ambos solicitantes y la gestante), estableciendo para cada uno de ellos que deberán:

#### **\* Para todas las partes.**

1. Acreditar su residencia en el Distrito Federal.
2. Tener capacidad de goce y de ejercicio.

**\* Para la solicitante.**

1. Acreditar mediante certificado médico su imposibilidad para desarrollar un embarazo en su útero.

**\* Para la gestante.**

1. Otorgar su consentimiento para la implantación del embrión manifestando cumplir su obligación de procurar los cuidados necesarios al producto del embarazo hasta el momento del parto.
2. El artículo 16 establece que la gestante deberá tener parentesco consanguíneo o de afinidad con alguna de las partes solicitantes (*ver inciso c de este subtema*).

**\* Para el cónyuge o concubino de la gestante.**

1. El cónyuge o concubino de la solicitante deberá manifestar su conformidad con la práctica de la gestación subrogada.

La acreditación de residencia en el Distrito Federal podría parecer una disposición restrictiva en derechos para la práctica de la gestación subrogada, sin embargo, es un elemento de gran importancia que evitaría que los litigios derivados de una gestación subrogada se complicaran, pues como se ha visto, en las legislaciones extranjeras sobre gestación subrogada, los litigios se han generado principalmente por dos aspectos: por el problema de la filiación y derechos filiales cuando existe aportación genética de la gestante y; por conflictos entre legislaciones de diferentes países o entidades federativas. En el caso del proyecto de ley para el Distrito Federal -en caso de ser aprobado- se evitarían los conflictos de leyes extranjeras y locales, pues se limitaría a aplicarse únicamente en el Distrito Federal y sólo para los residentes **acreditados** de esa misma región. No obstante, quedaría pendiente el otro gran problema –el de la aportación genética de la gestante sustituta- pues resulta que el proyecto de ley en tratando la omite, sin embargo no por ello omitiría el conflicto, pues debería restringirle o, en su caso regularle muy específicamente.

Por otra parte, resulta también acertada la comprobación médica de que la solicitante padece de alguna imposibilidad reproductiva, pues en lo personal es necesario evitar las prácticas de gestación subrogada por cuestiones que no sean originadas por esterilidad o infertilidad (como en algunas entidades estadounidenses donde se puede hacer por pura *estética* en el cuerpo de una mujer para evitar las consecuencias del embarazo), ya que la gestación subrogada es una medida muy delicada a la que no se le puede tomar con ligereza, pues la maternidad y la paternidad no son asuntos banales sino que traen consigo responsabilidades, mismas que quedarían en duda en un padre o madre que tengan más preocupación por frivolidades que por las consecuencias de la cría de un hijo.

Por último, a lo que hace a la manifestación de conformidad del cónyuge o concubino sobre la gestación subrogada, volvemos nuevamente a la ponderación de derechos, pues por una parte se tiene el derecho a la libre disposición del cuerpo que posee la cónyuge, y por otra parte los derechos derivados del matrimonio o del concubinato del cual gozan ambos. Es cierto que el procedimiento de implantación de un embrión ajeno a la pareja se realizará **en el cuerpo de la cónyuge o concubina**, del mismo modo es cierto que el matrimonio o concubinato no hace a su pareja dueña del cuerpo de la mujer ni quien deba decidir sobre éste, sin embargo, como se ha dicho previamente, más allá de la moralidad en la relación personal de éstos, el matrimonio o concubinato –por arcaicas que sean estas instituciones-, no deben verse como una cesión de derechos sino como una comunidad de derechos, en la que ambos habrán de decidir de manera conjunta. Dejando de lado a la moral y centrándose estrictamente en lo jurídico, es lógico que si una de las obligaciones del matrimonio es el cuidado mutuo entre ambos cónyuges (artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal), el cónyuge deberá cuidar a su pareja y especialmente durante un embarazo (sea o no sea hijo del cónyuge pues ese embarazo en principio se presumirá producto de los miembros del matrimonio y, de lo contrario se puede probar o se puede recurrir libremente al divorcio), mientras que esa misma obligación subsistirá de la mujer para con su cónyuge.

**Artículo 162.** *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a **socorrerse mutuamente**.*

*Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar<sup>92</sup>.*

De tal modo resulta que las decisiones deberán de tomarse de manera conjunta en razón de que entre ambos están formando una comunidad de vida, y es por tal **comunidad** que las decisiones deberán tomarse de manera conjunta para tomar una decisión en **común**.

**Artículo 146.** *Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la **comunidad de vida**, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. (...)*

En cuanto a la reciprocidad de derechos entre los cónyuges, el artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

**Artículo 164. (...)**

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

#### **b) De las pruebas psicológicas.**

Una vez cumplidos los requisitos médicos constantes en el certificado médico y con las capacidades jurídicas para someterse a una gestación subrogada, las partes deberán someterse a valoraciones psicológicas a cargo de la Secretaría de Salud en donde se determinará si las partes se encuentran o no preparadas psicológicamente para el procedimiento.

---

<sup>92</sup> Cabe destacar que el párrafo segundo de este artículo no es aplicable para el caso del matrimonio de la gestante es sustitución, pues éste especifica únicamente a utilizar los métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, no para procurar la descendencia de otras personas como es el caso de prestarse como gestante subrogada.

En caso de que la valoración realizada por la Secretaría de Salud sea aprobatoria, la constancia conducente que esa Secretaría expida deberá de presentarse ante el Juez de lo Familiar para que se determine judicialmente si se ha de realizar el acto de gestación subrogada.

***Artículo 15.** La madre subrogada, 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 el Juez de lo Familiar, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la maternidad subrogada.*

La valoración psicológica de las partes puede contribuir a evitar futuros litigios para el cumplimiento de lo pactado entre las partes pues de alguna manera esa valoración determinará si una mujer es más o menos tendiente a crear un apego excesivo con el producto y, por ello a futuro no quiera entregar al nacido, o simplemente esa valoración puede determinar si la gestante, más allá de su salud física, tendrá una adecuada salud mental para dar los cuidados adecuados al producto del embarazo hasta su término.

### **c) Del parentesco entre las partes.**

El artículo 16 del proyecto es contundente al establecer que la gestante deberá tener parentesco consanguíneo o de afinidad con alguno de los solicitantes, siendo esto uno de los requisitos primeros de la mujer que gestará en sustitución; sin embargo, en caso de que no haya ningún pariente que cumpla *con dicha característica*, podrá participar cualquier otra mujer mientras cumpla el resto de los requisitos establecidos en el aún proyecto de ley.

**Artículo 16.** *La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre subrogada 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, previo cumplimiento de los requisitos señalados en la presente ley.*

En esta *limitación* (relativa) de la gestante por su parentesco, resulta un tanto turbio el párrafo en donde menciona que *en caso de que no **exista** una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer* que cumpla con los requisitos del proyecto, pues queda la duda de ¿qué sucedería **si existen** tales candidatas en la familia de cualquiera de los dos cónyuges y ninguna de ellas desea fungir como gestante sustituta? Si se interpreta a literalidad no habría derecho de los solicitantes a someterse a una gestación subrogada y su deseo quedaría supeditado al de sus familiares a menos que se demostrara que no los hay, lo cual resulta sumamente difícil de que suceda ya que el artículo ni siquiera especifica un grado límite de parentesco, por lo que se entiende que éste sería ilimitado. Es un artículo demasiado limitativo o probablemente con una redacción desafortunada.

Finalmente es interesante preguntarse por qué el legislador le dio a su proyecto una prioridad obligatoria a los parientes de los solicitantes, probablemente, en una opinión muy personal, ha sido con la finalidad de que sea *menos probable* que el acuerdo se incumpla (relativamente) y se tenga más relación con la gestante generando cierto vínculo de confianza entre las partes además de que, de alguna manera, el hecho de que el *nasciturus* sea gestado por alguien con quien tendrá también parentesco creará a futuro, tras el nacimiento, cierta sensación de que el acto habría quedado dentro de la familia, sin intervenciones terceras que probablemente podrían resultar incómodas. Sin embargo en la exposición de motivos de esta propuesta de ley, se sostiene sin argumentar más, que dicha filiación se propone en razón de que *estos casos son los más frecuentes por lazos afectivos* (sic).

## **IV. Formalidades para la Gestación Subrogada.**

### **a) Formalidades generales.**

Uno de los más grandes aciertos de esta propuesta de ley, y que le lleva gran ventaja sobre las legislaciones de otras Entidades Federativas mexicanas en el tema, es el haber precisado las **formalidades** para la elaboración del acto de gestación subrogada, pues como se ha dicho anteriormente, la filiación y el nacimiento de un Ser humano no puede ser algo que deba tomarse con la suma liberalidad de un contrato privado y sin regulación alguna.

La propuesta de ley establece como requisitos de formalidad en el acto a lo siguiente:

- 1.** El acto deberá consentirse indubitable y expresamente ante el **Juez de lo Familiar** previamente al procedimiento médico.
- 2.** Es un acto **personalísimo**, por lo que se desconoce el consentimiento que otorgue alguna de las partes a través de un **representante legal** excepto en los casos en que el signante esté imposibilitado a manifestar su voluntad por cualquier medio.
- 3.** El documento donde se establezcan los derechos y obligaciones derivados de la gestación subrogada deberá ser expedido por la **Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal**.
- 4.** Las partes deberán exhibir al Juez los **certificados** que acrediten los requisitos de capacidad médica y psicológica mencionados previamente.
- 5.** Una vez realizada la verificación de los anteriores puntos, **el Juez fijará fecha y hora** para que las partes manifiesten ante él su voluntad de signar el instrumento de gestación subrogada.
- 6.** Una vez celebrada la firma del instrumento, en éste las partes deberán expresar su voluntad manifestando que:

*i)* Se otorga por todas las partes **sin fines de lucro** y respetando la **dignidad humana** y el **interés superior del menor**.

*ii)* Los padres -solicitantes- deberán cubrir **todos los gastos médicos** (incluyendo las pruebas psicológicas) generados desde el momento de la gestación y *hasta la total recuperación de la gestante* dictaminada por el médico tratante, **independientemente a que se haya o no logrado el nacimiento**.

*iii)* La gestante **no aportó sus óvulos** para la realización del tratamiento médico y que por tanto no será la madre biológica en el acto.

*iv)* La gestante **entregará** a los padres biológicos el producto de la gestación al momento del nacimiento.

*v)* Las partes se someterán a todos los **tratamientos psicológicos** que la Secretaría de Salud determine antes, durante y después de la gestación.

*vi)* Los solicitantes tienen conocimiento de que el derecho a decidir sobre la **interrupción legal del embarazo** corresponderá en todo momento a la gestante sustituta sin causar responsabilidad civil o penal al respecto.

Resulta acertado que el instrumento donde se pacte la gestación subrogada deba hacerse a instancia judicial, pues el hecho de presentarle ante una autoridad, otorga al acto seguridad jurídica, pues una vez resuelto por el Juez de lo Familiar, la resolución contará con fe pública al momento en que ésta sea signada por el Secretario de Acuerdos adscrito, tal y como fundamenta el artículo 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

**Artículo 58.** *Son obligaciones de los Secretarios de Acuerdos y Secretarios Auxiliares:*

(...)

*III. Autorizar y **dar fe** de los despachos, exhortos, actas, diligencias, autos y **toda clase de resoluciones** que se expidan, asienten, practiquen o dicten por el órgano jurisdiccional.*

La fe pública que se otorga en el Juzgado de lo Familiar no es sólo acertada sino la adecuada, pues la fe pública Notarial o la de cualquier otra índole únicamente daría fe de la firma del instrumento mas no atendería detalladamente a los intereses y derechos de las partes y mucho menos a la previsión de los intereses superiores del menor. De tal modo el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece:

***Artículo 52. Los Juzgados de lo Familiar conocerán:***

*I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;*

*(...)*

*IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco.*

*(...)*

*VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y*

*VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.*

Cierto es que el instrumento de gestación subrogada podría signarse ante Notario público para dar fe del acto y posteriormente ser llevado ante el Juez de lo Familiar, sin embargo ello resultaría ocioso y provocaría además un gasto innecesario, siendo que en la resolución del Juez ésta ya contará con fe pública y además será gratuita.

Es además adecuada la intervención del Juez de lo Familiar y la fe pública del Secretario de Acuerdos del juzgado, frente a la de un Notario público, en razón de que éste es únicamente un fedatario y no tendría las facultades de una autoridad para ordenar las diligencias derivadas del proyecto de ley, tales como dar

seguimiento a las pruebas psicológicas de las partes o, simplemente, facilitaría el seguimiento del asunto en caso de que se suscitara algún litigio al respecto.

Justamente la intervención de una autoridad en específico –Juez de lo Familiar– hace pensar si ello es realmente una formalidad en el acto o es una solemnidad. Respecto a las solemnidades y las formalidades, Bernardo Pérez Fernández del Castillo menciona lo siguiente:

*“Se denomina **solemnidad** cuando los formalismos son un elemento de existencia del contrato, de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente (...)*

*En los actos solemnes se considera a las formalidades como uno de los elementos esenciales del contrato (...) de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente”.*<sup>93</sup>

Del mismo modo el jurista mexicano Rafael Rojina Villegas manifestaba sobre la solemnidad en los actos que sucede cuando:

*“...la forma se ha elevado por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe (...)”.*<sup>94</sup>

Al respecto Julian Bonnacase decía que:

*“...la **solemnidad** es una condición de existencia del acto. Esta en sí misma consiste sea en la intervención en el acto, de un **Oficial Público**, como un Notario (donación entre vivos, contrato de matrimonio, subrogación en la hipoteca legal de la mujer casada, subrogación de la parte del deudor, constitución de la hipoteca) de un **Oficial del Estado Civil** (adopción, legitimación) o de uno de los*

---

<sup>93</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo Roberto. “Contratos Civiles”. Ed. Porrúa. México, 2008 pp. 29 y 63 y 50.

<sup>94</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones”. Tomo III. Ed. Porrúa. México, 2007 p. 94.

*auxiliares de éstos (renuncia a la sucesión, aceptación de ésta bajo el beneficio de inventario, renuncia a la comunidad). Como hemos advertido, la solemnidad de un mismo acto jurídico no siempre está sometida al empleo de una sola forma y es susceptible de realizarse de varias maneras (reconocimiento de hijo natural, testamento)<sup>95</sup>.*

Mientras tanto en lo que hace a las formalidades, Rojina Villegas decía que son aquellas:

*“...en las que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según el caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita”.*

Por otra parte, la expedición de un instrumento específico para el pacto de la gestación subrogada ante el Juez de lo familiar, es un punto atractivo; sin embargo no debe tomarse como que ese instrumento sería una especie de contrato de adhesión, pues únicamente asentaría una estructura de derechos y obligaciones **no negociables** entre ninguna persona (siendo o no parte de una gestación subrogada) -por ejemplo los derechos *parentofiliales* o el supuesto de hacer renunciar a la gestante a su derecho de interrupción legal del embarazo o cualquier otro que denigre la dignidad humana de ésta-, y además, el instrumento no se limitaría a la firma de las partes, pues éstas podrán adicionar cláusulas en donde **multilateralmente** pacten otros derechos y obligaciones mientras éstos sean benéficos para el desarrollo del embarazo.

Finalmente resulta del artículo 22 del proyecto estudiado en que se obliga al juez a que ordene a que se declare a los solicitantes como progenitores del nacido a través de la gestación subrogada y por ende, hacerles portadores de todos los derechos y deberes derivados de la filiación. Es con ello que se cumple y se asegura el fin principal del acto de gestación subrogada, sin embargo el proyecto

---

<sup>95</sup> BONNECASE, Julian. “Elementos de derecho civil”. Ed. José M. Cajica. Tomo II pp. 241 y 242.

no detalla el momento en que el juez deberá ordenarlo, si bien podría asentarlos al momento de la firma del instrumento, o bien, al momento del nacimiento del menor.

#### **b) La interrupción del embarazo pactado.**

Como se observó anteriormente, el proyecto estudiado contempla el derecho de interrupción del embarazo en su artículo 20 fracción VI. Dada la complejidad de esa facultad, se analiza de manera apartada al resto de las formalidades que presenta dicho artículo.

El proyecto de ley establece el derecho a la interrupción del embarazo pactado de la siguiente forma:

##### **Artículo 20. (...)**

*En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:*

*(...)*

*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 establecen los artículos 144 y 148 fracciones II y III del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, en términos de la legislación vigente.*

*Para el caso de la fracción VI del presente artículo, la mujer gestante informará previamente de su decisión a la madre subrogada y al padre en el supuesto de interrupción del embarazo al que se refiere el artículo 144 del código penal; respecto a las hipótesis contenidas en las fracciones II y III del artículo 148 del código penal, deberá existir certificado del médico tratante para que se inicie el procedimiento al que se refiere la normatividad aplicable.*

Es importante que el derecho a decidir sobre la interrupción legal del embarazo pactado le pertenezca únicamente a la gestante y ni siquiera atañe a los

solicitantes, pues más allá de una decisión reproductiva, involucra a la salud y a la propia vida de la gestante. En concreto, el proyecto de ley reconoce el derecho de la gestante a la interrupción legal del embarazo en los términos de los artículos 144 y 148 fracciones II y III del Código Penal para el Distrito Federal, mismos que a la letra establecen:

**Artículo 144.** Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

**Artículo 148.** *Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:*

*(...)*

*II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que le asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;*

*III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.*

En síntesis, en el acto de gestación subrogada, la gestante en subrogación es la única persona que posee el derecho a interrumpir legalmente el embarazo acordado entre las partes, siempre y cuando ésta se realice antes de la décimo segunda semana de embarazo y que, a juicio de dos médicos, el embarazo amenace gravemente contra la salud de la gestante o bien, que el producto del

embarazo presente alteraciones genéticas que pongan en riesgo su misma sobrevivencia; lo anterior siempre deberá realizarse mostrando el certificado médico que acredite tales supuestos.

A consideración personal, en la gestación subrogada es correcto reconocer el derecho a la interrupción legal del embarazo únicamente a favor de la gestante en subrogación, pues como se ha dicho, la salud y la vida de la gestante es la que correría el riesgo y ningún pacto entre las partes podría encontrarse jerárquicamente superior al derecho a la salud y a la vida. Del mismo modo el proyecto de ley establece en su artículo 20 fracción I que el acto deberá realizarse respetando a la vida humana.

Hay algo muy importante en el acto de gestación subrogada que no debe olvidarse, y es que **en ningún caso** un acto jurídico –llámese contrato o jurisdicción voluntaria- podrá reconocer a la voluntad pactada por encima de la dignidad, de la salud o de la vida de una persona, pues de lo contrario, comenzaríamos a tomar a las personas como medios y no como fines en sí mismos como habría expresado alguna vez Immanuel Kant en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.<sup>96</sup> Ni siquiera la firma de un acto jurídico cualquiera, por expresa que se encuentre la voluntad de una persona, podría considerarse superior a la vida del signatario.

En este punto se debe ser muy cuidadoso en la lógica del proyecto de ley, pues los solicitantes deben considerar un riesgo muy importante en la gestación subrogada, y es que en un embarazo **sin subrogación**, el derecho a la interrupción legal del embarazo corresponde **exclusivamente a la madre biológica**, cosa que **en la gestación subrogada no sucederá**, pues no será la vida o la salud de la madre la que corra peligro al momento del procedimiento de expulsión del producto, sino la de la gestante; por lo tanto, los padres deberán prevenir que si el producto se está gestando con malformaciones genéticas y éstos no desean hacerse cargo de un hijo con tales características, la gestante puede libremente decidir no someterse a la interrupción legal del embarazo.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 2005.

Por último el mismo artículo manifiesta que en caso de que la gestante decida interrumpir el embarazo, esto deberá hacerse saber a los solicitantes, sin embargo, el proyecto no especifica en qué forma deberá de realizarse. En ese caso y siendo que el acto se realiza ante el Juez de lo Familiar, el proyecto debería precisar que la notificación deberá realizarse por la misma vía judicial siguiendo la lógica de que tiene las características de una **jurisdicción voluntaria** y que la intervención del juez otorga al acto seguridad jurídica. Lo anterior evitaría futuros conflictos derivados de la falta de notificación o de la falta de claridad en ella que hubiese generado confusión entre las partes.

### **c) La disolución conyugal o concubinaria de los solicitantes.**

El proyecto de ley de gestación subrogada para el Distrito Federal prevé el supuesto de que los solicitantes –quienes podrían haber sido cónyuges o concubinos- disolviera su unión jurídica, lo cual es un punto muy importante en la casuística del tema, pues derivado de la separación, cabe la posibilidad de que ninguno de ellos quiera hacerse cargo del nacido, o bien, de que intenten rescindir el acto (tal y como si fuese un contrato). Sin embargo también se plantea el supuesto de que el vínculo jurídico entre los cónyuges o concubinos terminara por fallecimiento de alguno de ellos. Para esos supuestos el artículo 23 del proyecto establece que el Juez de lo Familiar deberá resolver urgentemente sobre el asunto **antes de que nazca el menor** dando preferencia en los derechos *paternofiliales* a la madre.

El artículo en comento es brillante al tomar en consideración esos supuestos, sin embargo no ahonda más en el tema, lo que es lógico al ser un tema que deberá explicarse a detalle en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sin embargo a la fecha no existen propuestas para reformarle respecto a ese tema.

### **V. Del Certificado de Nacimiento del nacido por Gestación Subrogada.**

Una vez signado ante el Juez de lo Familiar el instrumento de gestación subrogada, éste deberá notificar a la Secretaría de Salud y al Registro Civil sobre el acto jurídico, para que dichas instituciones generen una base de datos con fines

estadísticos, y del mismo modo, el Juez de lo Familiar deberá ordenar al médico tratante que al momento del alumbramiento del producto, se genere un **certificado de nacimiento** donde asiente al nombre de los solicitantes como padres del recién nacido, ello sin óbice de la realización del certificado médico de la gestante en subrogación, mismo que no deberá contener anotación alguna que haga referencia a que el menor fue gestado por persona diferente a su madre.

#### **VI. De la nulidad en el instrumento para la Gestación Subrogada.**

Es curioso que a lo largo de todo el proyecto de ley ésta no se haya referido al acto de gestación subrogada como un contrato; al parecer tiene ciertas características que lo hacen parecer como tal, sin embargo por sus solemnidades y formalidades tales como su obligatoriedad de contenido en las cláusulas expresas, y su realización ante una autoridad específica, más se asemeja a una institución jurídica. No obstante, el proyecto de ley menciona cinco supuestos por los cuales podría declararse la nulidad en el **instrumento** (sic) para la gestación subrogada tal y como sucede en los contratos o en instituciones jurídicas tales como el matrimonio o el testamento:

***Artículo 29.** 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 la ley;*

***III.** Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y*

***IV.** Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.*

El artículo 32 del mismo proyecto menciona que es también una causa de nulidad (o invalidez) cuando en el instrumento hubiese existido error o dolo respecto a la identidad de los padres, por lo que en ese caso sí habrá motivo para poderse demandar por daños y perjuicios y, en su caso, a las denuncias penales que de ello se pudieren derivar.

## **VII. De las sanciones en relación al instrumento para la Gestación Subrogada.**

Como último punto, el proyecto de ley precisa supuestos vinculantes con la responsabilidad civil y penal que llegue a derivarse en los siguientes dos casos:

I. A los médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones sin el consentimiento de las partes.

II. La gestante que busque lucro derivado del acto o de la divulgación para causar daño a la imagen pública de los padres o que no cumpla con lo manifestado en el Instrumento por lo que se aplicarán las disposiciones de la Ley de Responsabilidad Civil.

### **3.3. Reflexiones sobre las legislaciones mexicanas frente a la subrogación.**

Dada la complejidad de la figura de gestación subrogada por sus partes y por los asuntos e intereses que toca, no bastaría legislarle en un par de artículos contenidos en un Código Civil o Familiar; de hecho, dado el interés que existe por el acto procreativo y la permisión por omisión que tiene la gestación subrogada, debería de legislarse en todas las Entidades Federativas mexicanas, ya sea permisiva o restrictivamente, pero siempre de manera detallada; no bastaría pues, que una legislación restrictiva únicamente se limitara a establecer que la gestación subrogada se encuentra prohibida sino que también establezca sus consecuencias legales y no siendo una norma imperfecta; es decir, cuya infracción no produzca sanción alguna.

Como se ha visto anteriormente, en México únicamente el Distrito Federal es en donde se elabora con más detalle una legislación específica para la gestación

subrogada, sin embargo, pese a tener varios aciertos, carece de cosas importantes tales como las potenciales problemáticas derivadas del acto, lo que ciertamente debería establecerse en la legislación procesal en caso de un litigio, pero también deberían establecerse parámetros en la misma ley para evitar, hasta cierto punto, futuras controversias.

En lo personal, para que pueda decirse que una disposición pueda llamarse plenamente *legislación sobre gestación subrogada*, debería plantearse, al menos, los siguientes puntos: **i)** Definición del acto; **ii)** Sujetos que pueden someterse al acto (Derecho Subjetivo); **iii)** Formalidades o solemnidades del acto; **iv)** Partes integrantes del acto; **v)** Requisitos de capacidad legal de las partes integrantes (capacidades de goce y de disfrute); **vi)** Los derechos (y obligaciones) que deberán tutelarse entre las partes integrantes del acto; **vii)** Los derechos del menor que sin duda habrán de ser protegidos respecto al acto, por ejemplo la filiación; **viii)** Las reglas procedimentales que habrán de seguirse en caso de que se sucinte una controversia derivada del acto (como se ha visto anteriormente, el principal problema de los países que legislan o reconocen a la gestación subrogada, se encuentra principalmente en su derecho adjetivo).

**CAPÍTULO IV**  
**Estructura Jurídica de la Gestación Subrogada en México.**  
**Límites y alcances del Acto Jurídico.**

**4.1. La estructura jurídica a considerarse para la Gestación Subrogada.**

En puntos anteriores hemos visto la definición de lo que es el Acto Jurídico de gestación subrogada en sí, así mismo se ha observado de lo que se trata en diversos países y también cómo se ha *regulado* de alguna manera en México; en el presente capítulo toca el estudio de la gestación subrogada de frente al Marco Jurídico mexicano, mas no en los artículos que le regulan directamente, sino en un panorama amplio que logre determinar a fondo la naturaleza jurídica del tema; si bien es cierto que en el primer capítulo se habló de tal naturaleza, en el presente capítulo se profundizará en ello observándole de manera detallada a fin de conocer lo que en nuestro marco legal puede o no permitirse.

No se debe pensar en regular a la gestación subrogada sin antes observar la configuración del marco jurídico mexicano, es decir, la manera para hacer que el acto *encuadre* de manera armónica o acorde con la legislación mexicana a fin de no crear regulaciones contradictorias.

Si se quiere ver así, el presente capítulo estudia la estructura –jurídica- que podría dar lugar a la adecuada edificación de una regulación para la gestación subrogada, de manera que se encontrarán disposiciones que le permitan su desarrollo y otras cuantas que le limiten.

## **4.2. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Las Garantías Individuales en la Reproducción Humana Asistida.**

Naturalmente debe comenzarse este estudio desde la base del Marco Jurídico mexicano, por lo que a continuación se procederá al análisis de las Garantías Individuales que pueden ligarse directamente con la gestación subrogada.

### **4.2.1. Artículo primero.**

#### **A) Los Derechos Humanos y la libre disposición del cuerpo propio.**

En el artículo primero se generalizan toda una serie de garantías y al mismo tiempo, tras una reciente reforma realizada en el año dos mil doce, se incorpora el *reconocimiento* constitucional de los Derechos Humanos abriéndose a un gran panorama jurídico; sin embargo, por una parte resulta redundante y limitativo de todo el universo de Derechos Humanos existentes, pues ese mismo artículo establece su propio límite, el cual es la Constitución misma, es decir, que todo Derecho Humano estará reconocido y garantizado por la Constitución mexicana mientras no contradiga las disposiciones de dicho ordenamiento.

Lo anterior tiene un amplio fin práctico muy marcado para efectos de la materia de Amparo, sin embargo, en caso de que la Constitución no hubiese incorporado en su artículo primero ese reconocimiento, aún así, el Estado Mexicano estaría obligado a respetar los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales signados, y con la misma limitante de no contravenir a la Constitución en razón de la soberanía nacional.

***Artículo 1º.** 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 (...).*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán **de conformidad con esta Constitución y con los Tratados***

***Internacionales*** de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El artículo manifiesta que los Derechos humanos se ***interpretan***, pues éstos no están contenidos o positivizados en el texto de la Constitución sino que en su mayoría se encontrarán como principios o manifiestos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de manera que tales derechos únicamente serán ***ajustables*** al texto constitucional.

Por lo tanto, la Constitución no adhiere a su redacción Derechos Humanos sino que únicamente les reconoce con el fin de garantizar su cumplimiento, por lo que todo Derecho Humano no contenido en el Marco Jurídico mexicano, y que no contravenga a la Carta Magna, será protegido tal y como si fuese una Garantía Individual contenida en la Constitución, y ello es quizá el principal objetivo de esa reforma: Garantizar la protección de los Derechos Humanos sin afectar en la soberanía nacional. No por ello los Derechos Humanos se transforman en Garantías Constitucionales, pues éstos no se encontrarán positivizados sino, como se ha dicho, simplemente podrán adherirse al reconocimiento constitucional como un medio de protección.

En esa lógica, en la teoría Civilista, muchos de esos Derechos Humanos pueden también traducirse a Derechos de la Persona. Francesco Messineo define a los Derechos de la Personalidad como derechos absolutos frente a terceros que se adquieren por el hecho de ser Persona y que se encuentran adheridos a la vida de ésta. Tales derechos son contrapuestos a los Derechos Reales, de manera que no pueden ser enajenables, renunciables o usucapidos<sup>97</sup>

En ese ámbito el ya antes mencionado *derecho a la libre disposición del cuerpo propio* es uno de los Derechos de la Persona y uno de los puntos de mayor importancia en el estudio de la gestación subrogada.

Resulta conveniente volver al punto de preguntarse si sería o no jurídicamente procedente que la mujer que se someta a ser la gestante en subrogación pida

---

<sup>97</sup> MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III, Ed. Ejea. Buenos Aires, 1954 p. 5.

autorización de su cónyuge, o bien, deba manifestarse que la decisión fue tomada de manera conjunta. Por una parte se tienen los derechos conyugales y por otra el derecho personalísimo de disponer del cuerpo propio.

En primer plano se tiene que a los derechos conyugales se someten dos personas por libre decisión personal, que sin embargo no trasciende a la individualidad de alguno de ellos como sucede en la libertad para hacer con el cuerpo propio lo que se desee; en los derechos conyugales, como previamente se ha visto, las obligaciones primordialmente están enfocadas a regular la relación entre ambos consortes en un ambiente de reglas morales elevadas a norma jurídica así como el régimen para la administración de sus bienes; sin embargo no se menciona en ninguna obligación que los cónyuges requieran consentimiento de la pareja para disponer del cuerpo que les es propio. De esa manera es que comienza una tendencia en el derecho mexicano a no evitar tocar demasiados puntos *íntimos* en las relaciones conyugales, al grado de que se tiende a la eliminación las causales de divorcio en diversas Entidades Federativas, dando así mayor importancia a los derechos de la persona (o si se quiere, en un plano no teórico, véanse como Derechos Humanos) que a la Familia. Cierto es que la Familia es una *institución jurídica* importante en el ámbito social, sin embargo no se le puede forzar a quedar siempre unida cuando precisamente es ese el vínculo que puede descomponer la estabilidad –generalmente psicológica- de un individuo y deteriorarle más de lo que sucedería en el caso de *forzar* la unión familiar.

Así mismo en la lógica jurídica, debe considerarse al derecho a la libre disposición del cuerpo propio como superior a las obligaciones conyugales, por lo que el hecho de que la aspirante a gestante sustituta no comunique de su decisión al cónyuge no es asunto del derecho sino de una moral que éste no cubre. Personalmente, en el plano moral me encuentro en desacuerdo con que una mujer no comunique una decisión tan importante a su pareja, sin embargo en un pensamiento lineal lógico jurídico, no hay derecho superior a esa libertad de disposición del cuerpo mismo, y de la misma manera, en caso de Litis, la mujer podrá demandar el reconocimiento de ese derecho con base en el artículo primero de nuestra Constitución.

Si no basta el ejercicio de reconocer el llamado *derecho humano* a la libre disposición del cuerpo propio, éste se encuentra además positivizado en la Ley General de Salud en su artículo 320, aun así sin dejar de ser debatible.

**Artículo 320.** *Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.*

Muy probablemente resulte lastimoso e incómodo en la mayoría de los casos, que la cónyuge tome una decisión así de importante sin el conocimiento de su cónyuge o incluso en su desacuerdo, sin embargo el Derecho Humano tiene una jerarquía teórica superior a cualquier norma civil y reforzada aún con el apoyo del artículo primero constitucional.

En respuesta a lo anterior, para quienes en lo personal no estamos de acuerdo con la toma unilateral de esa decisión o contra el desacuerdo del cónyuge, existe en algunas Entidades Federativas el divorcio incausado –entre ellas el Distrito Federal-, y en otras varias Entidades, existen las causales de divorcio por esa misma situación; no obstante, exista o no una norma jurídica contra la cónyuge que así tome esa decisión, ello no evitaría en ningún momento el conflicto en la relación de pareja; es como se ha dicho, un aspecto intrínseco que el derecho jamás podrá tocar y en el que no debe inmiscuir.

### **B) Homosexualidad y Gestación Subrogada.**

El último párrafo de nuestra Constitución Política es fuente de derechos fundamentales de nodal importancia, y al mismo tiempo, es origen de grandes debates entre lo jurídico y lo moral: El derecho a la no discriminación. Es entonces el turno de adherir un elemento que eleva la complejidad de la gestación subrogada, pues si bien resulta sumamente complicado justificar la permisión moral y jurídica del tema, el determinarlo para beneficio de las personas homosexuales resultará un dilema social mucho más delicado.

Las personas homosexuales son sujetos de derecho, sus preferencias sexuales no les diferencian en su capacidad jurídica ni intelectual; más que discriminatorio sería retrógrado el hecho de no reconocer sus derechos de manera equitativa, siendo que las preferencias sexuales de las personas no afectan en nada a los derechos y libertades de otras quienes tengan orientaciones sexuales distintas, es simplemente una preferencia de carácter íntima en la cual un sistema jurídico de un Estado, que se presume de ser Moderno, no debe inmiscuirse de manera restrictiva, a menos que ello implique la afectación razonada de los derechos de terceros.

En recientes años se han reconocido derechos conyugales y concubinarios a las personas homosexuales, de manera que existe una aparente tendencia a la construcción de un sistema jurídico más abierto en que se les incluya en el concepto de *familia*. A consideración propia, tales reformas legislativas son correctas en una lógica jurídica constitucional e incluso civil al reconocer que la homosexualidad no es óbice para que un individuo sea persona jurídica, no hay fundamento legal ni exégesis para ello; el cuestionarlo es más bien un retroceso equiparable al antiguo Derecho Romano que osaba no reconocer como personas jurídicas a diversos individuos tales como esclavos o discapacitados<sup>98</sup>.

Es entonces que, reconocida la personalidad jurídica de los homosexuales, el artículo primero constitucional en su último párrafo establece:

**Artículo 1. (...)**

*Queda prohibida toda discriminación motivada por (...) el género, (...) las preferencias sexuales, (...) el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

En vista del artículo primero constitucional, ninguna legislación debe excluir a ningún individuo, de modo que ello **atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.**

---

<sup>98</sup> BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Ed. Porrúa. México, 2007, p. 75.

Este último factor es importante para identificar con exactitud a lo que la ley refiere por discriminación.

La discriminación a que nuestra Constitución hace prohibición, no refiere a un simple desconocimiento de derechos, sino que ese desconocimiento tenga como objetivo lesionar la dignidad del afectado; podría por tanto decirse que se está hablando de una *discriminación negativa*.

Por *discriminación* debe entenderse simplemente que se habla de una distinción o diferenciación, no obstante, en el terreno de lo jurídico, esa palabra se ha orientado más a una acepción enfocada a la diferenciación sin fundamentos lógicos que lesiona la dignidad de una persona; es decir, una discriminación lesiva de derechos, por lo que no es correcto generalizar al término suponiendo que toda discriminación se encuentra encaminada a denigrar la dignidad humana, pues en nuestra legislación también existe discriminación enfocada a proteger los derechos de los discriminados –*discriminación positiva*–, por ejemplo, en el caso del litigio en que los padres disputen la Patria Potestad, ésta siempre causa una **inicial** preferencia de la madre frente al padre; ello en razón de que hay un vínculo afectivo natural que generalmente suele ser más fuerte entre la madre y el hijo (cosa que se fundamenta en la secreción de *endorfinas* al momento del embarazo); no obstante, es una variable muy frecuente mas no constante, pues tan sólo es una presunción jurídica, por lo que el padre también tiene la posibilidad de preservar su Patria Potestad incluso de manera exclusiva si así se determina en juicio.

Para entender mejor el concepto de discriminación, Luis Salazar Carrión sostiene que:

*Discriminar en el sentido más amplio de la palabra significa simplemente distinguir o diferenciar todo tipo de cosas o ideas. En cambio, 'discriminación' es un término que ha adquirido un significado intelectual, moral y jurídicamente negativo en la medida en que remite a una distinción o diferenciación que afirma que determinados grupos de personas, caracterizadas por un rasgo*

*específico (...) no deben tener los mismos derechos ni deben ser tratados igual que las personas pertenecientes al grupo que posee los rasgos que las identifica como 'normales' o 'superiores'<sup>99</sup>.*

Visto lo anterior y el reconocimiento del derecho a la no discriminación manifiesto en nuestra constitución, se deriva que la gestación subrogada, en caso de ser permitida, esa legislación debería incluir el acceso a ella tanto a hombres como a mujeres, sin importar si cuentan o no con cónyuge o pareja concubinaria y, sin importar sus preferencias sexuales.

Pese a lo anterior, en el caso de las personas homosexuales, se corre el riesgo de que el derecho a la no discriminación en la gestación subrogada, quedase únicamente como un ejercicio de lógica jurídica que haría posible esa subrogación a favor de los homosexuales, sin embargo existen dos limitantes para que ese derecho pase de la teoría a la realidad: Una limitante social y una limitante práctica o procesal.

La limitante social se explica en una idiosincrasia popular. En nuestro país existe una ideología tendiente a la desconfianza y rechazo a los homosexuales, lo que da pie a la opinión de algunas personas de que los homosexuales serían una influencia negativa para los menores que tengan bajo su cuidado, afectando así su sano desarrollo psicológico y sexual; es decir, afectando una parte del *interés superior de los menores*.

A opinión propia, ese argumento puede ser muchas veces discutido por los legisladores y caer en una discusión bizantina, sin embargo, para dar una respuesta de calidad, no se necesitaría totalmente de opiniones jurídicas ni moralistas, sino de una investigación seria de carácter psicológico y sociológico.

Ahora bien, en lo que hace a la limitante práctica o procesal, partiremos de la premisa de que se permita la gestación subrogada a favor de las personas

---

<sup>99</sup> SALAZAR CARRIÓN, Luis. "Democracia y Discriminación". En "Discriminación, Democracia, Lenguaje y Género". Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México, 2007, p. 36.

homosexuales; sin embargo, habría un problema en caso de incumplimiento del acto jurídico visto de la siguiente manera:

Un varón homosexual decide recurrir a una mujer para ejercer una gestación subrogada, por tanto, a través de la inseminación artificial, se logra el embarazo de esa mujer con el semen del varón (es decir que existe aportación genética de la gestante); al momento del nacimiento del menor, la gestante decide oponerse a la entrega del recién nacido como se había pactado en un principio ¿Cómo habrá de resolver el juez? ¿Será responsable y prudente renunciar a la maternidad de manera anticipada?

En primer lugar, no existe legislación que obligue a renunciar a la maternidad ni anticipadamente ni en un momento posterior al nacimiento, salvo que al nacimiento del menor el juez de lo familiar determine en sentencia definitiva que la madre es peligrosa para el bienestar del infante; pero en el supuesto de que existiera una ley –que podría ser la de gestación subrogada- que obligara a la gestante a renunciar a sus derechos como madre, y si ésta decide no entregar al hijo que es de su misma filiación, considero primordial el derecho de la mujer a conservar a su propio hijo (que gestó y cuidó durante varios meses), que el “*contrato*” pactado con un hombre que no tuvo más mérito que el de expulsar sus espermatozoides.

El anterior supuesto es también aplicable a varones heterosexuales que decidan procrear a través de la subrogación; por tanto, el principal problema procesal no tiene que ver con las preferencias sexuales, sino en los casos en que existe aportación genética de la gestante.

La renuncia anticipada a la maternidad es tan posible de pensarse por una mujer, como el deseo de retractarse a esa renuncia después del afecto generado en los meses de embarazo.

Sería miope pensar que un acto jurídico por su mera firma permita la renuncia anticipada de la madre a su hijo, no debe tampoco pensarse en hacer un símil de este tipo de subrogación con los actos jurídicos que tocan puramente a los derechos reales, pues no existe el elemento humano de afectividad a un hijo. En

esa lógica, ¿crearíamos una figura jurídica parecida al embargo para arrebatarse el recién nacido a la madre? El daño psicológico que causaría esa acción a una mujer, sería, a mi consideración, irreparable.

#### **4.2.2. Artículo Cuarto.**

##### **A) La equidad y la familia en la Reproducción Humana Asistida.**

Como se ha visto con anterioridad, en algunas entidades federativas mexicanas existen causales de divorcio que caen en supuestos discriminatorios como bien puede ser el caso del Código Familiar del Estado de Morelos, en el cual, como se ha visto, se establece como causal el hecho de que **una mujer** se sometiera a técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento conyugal, por lo que en cuestión de equidad, la causal de divorcio debería hacerse extensiva a favor de las mujeres. De modo que, en caso de que se pretenda legislar en el sentido de que una mujer deba someterse al consentimiento de su pareja para gestar de manera subrogada –aportando o no sus gametos-, del mismo modo debería solicitarse la autorización de su cónyuge para que el varón otorgue en donación sus espermatozoides.

***Artículo 4.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

La anterior argumentación no sólo daría pie al cumplimiento del artículo cuarto constitucional por el principio de equidad, sino que además sería vinculante al párrafo final del artículo primero donde jurídicamente se *garantiza* el derecho a la no discriminación.

Así mismo este artículo origina una obligación a las legislaciones conducentes derivadas de la Constitución, a legislar a favor de la protección y organización jurídica de la familia, por lo que con base en tal fundamento deberá observarse siempre a favor de la protección de cada uno de sus integrantes. Es entonces una garantía constitucional valedera frente a toda autoridad que además está basada en el Derecho Humano a la familia sana y ordenada, por lo que en ese sentido

podría reputarse inconstitucional cualquier norma jurídica que atentara contra el sano desarrollo de la familia y sus integrantes respecto a ésta<sup>100</sup>. De esta manera no deberá olvidarse esta consideración al momento de la creación de leyes sustantivas o adjetivas, y principalmente, al resolver cualquier litis que atañe a la familia como más adelante se cuestionará.

## **B) La Libertad Reproductiva ajustada a la Gestación Subrogada.**

### **Artículo 4. (...)**

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

Cierta es la libertad que establece nuestra Constitución para decidir nuestra reproducción, sin embargo, ¿de qué manera se podría ajustar esa garantía a las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular al acto jurídico de gestación subrogada?

La decisión de engendrar es una libertad indubitable de los seres humanos que no puede ser coartada en nuestro Estado; de la misma manera esa libertad debe acompañarse de la garantía de acceso a la educación pertinente para la planificación familiar. De ese modo, siendo la gestación subrogada un acto de mayor delicadeza en su realización, el Estado en caso de permitir tales actos jurídicos, deberá garantizar a los mexicanos la información adecuada no sólo de planificación familiar y educación para la salud sexual, sino además informar claramente sobre las consecuencias de las técnicas de reproducción humana asistida así como en lo que consisten tales prácticas, para lo cual, se considera que el encargado adecuado para ello sería el **Sistema Nacional de Salud**.

Por **Sistema Nacional de Salud** debe entenderse no sólo a las entidades gubernamentales que presten servicios de salud sino también a los sectores privados con tal objeto, de manera que, en caso de legislarse permisivamente a la gestación subrogada, ésta práctica -en su ámbito médico- y su seguimiento, no

---

<sup>100</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe, y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. "Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal". Ed. Porrúa. México, 2012, p. 15.

deberá quedar únicamente a manos del sector público sino que también se debe hacer extensiva al sector privado mientras se cumpla con lo ordenado por las legislaciones en materia de salud y en su caso, con la legislación para la gestación subrogada.

Para una clara definición de *Sistema Nacional de Salud*, debe entenderse la establecida por el artículo 5 de la Ley Federal de Salud:

***Artículo 5.** El Sistema Nacional de Salud está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud<sup>101</sup>.*

Por otra parte, evidentemente existen también efectos más allá de lo médico en donde el Sistema Nacional de Salud no tendrá competencia, y es el aspecto legal; para ello el órgano pertinente, a consideración propia, se encuentra a cargo del **Poder Judicial**, de la misma manera en que se expuso anteriormente en el respectivo proyecto de ley para el Distrito Federal.

En conclusión, la libertad de decisión del número y espaciamiento de *tener hijos* se encuentra a favor de los **nacionales mexicanos**<sup>102</sup>, mientras que el **Estado mexicano**, se encuentra obligado a crear los mecanismos necesarios para garantizar esa libertad, de modo que, aplicado a la gestación subrogada –en caso de legislarse de manera permisiva-, el Estado deberá informar eficientemente a los mexicanos sobre los procedimientos y las consecuencias tanto médicas como jurídicas; para lo anterior, el Estado se valerá de los órganos competentes, siendo que para los asuntos médicos corresponderá la labor al **Sistema Nacional de Salud**, explicando los procedimientos y consecuencias del sometimiento a técnicas

---

<sup>101</sup> De conformidad con el artículo 7 de la Ley General de Salud, cabe destacar que el órgano encargado de coordinar al Sistema Nacional de Salud es la Secretaría de Salud.

<sup>102</sup> Se dice *nacionales mexicanos* y no *ciudadanos mexicanos* en razón de que para gozar de derechos reproductivos, no se necesita ni siquiera gozar de ciudadanía mexicana o de los derechos políticos que ello implique.

de reproducción humana asistida, mientras que al **Poder Judicial de la Federación**, a través de sus dependencias en cada Entidad Federativa, deberá asesorar sobre el procedimiento y consecuencias legales del acto a quienes a él decidan someterse.

Cabe mencionar que la Ley General de Salud detalla la libertad reproductiva garantizada en el artículo 4 constitucional de la siguiente manera:

***Artículo 67.** La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes (...)*

*Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.*

Así mismo el Sistema Nacional de Salud podría encargarse de la divulgación de la información con fundamento en el mencionado artículo 4 constitucional, así como en la Ley General de Salud a través de los siguientes artículos:

***Artículo 2.** El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:*

*(...)*

*VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.*

*(...)*

*VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.*

En el mismo sentido cuando el Sistema Nacional de Salud se encargue de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, ésta se encontrará facultada

a la aplicación de las técnicas y a la orientación para los solicitantes en virtud del siguiente artículo de la Ley General de Salud:

**Artículo 3.** *En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:*

*I. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta ley;*

*(...)*

*II. La atención materno-infantil.*

*(...)*

*X. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país;*

Es importante observar detalles en materia de salud, pues sería irresponsable legislar en materia de filiación, a nivel de embarazo, sin siquiera detenerse a observar los aspectos de salubridad en cuidado del bienestar de las partes esenciales del acto de gestación subrogada, e incluso de la vida de la gestante y el producto. Son dos razones fundamentales: El acto juega con la salud e incluso la vida de algunas de las partes y, la salud es una garantía constitucional que debe atenderse indubitablemente.

### **C) El Derecho a la Salud y sus alcances.**

Evidentemente hablar sobre técnicas de reproducción humana asistida es aterrizar sobre temas de carácter biológico y médico; se presupone que las personas que recurren a ese tipo de técnicas se encuentran impedidos para la procreación – aunque ello no siempre sea de esa manera-, sin embargo en este punto cabe recordar algo de suma importancia y que es uno de los puntos medulares de esta investigación, y es que, como tantas veces se ha dicho, la gestación subrogada no

es una técnica de reproducción humana asistida, sino un acto jurídico que suele originarse a través de una de tales técnicas.

La importancia de comprender esa diferenciación conlleva al entendimiento del derecho a la salud frente a la gestación subrogada. El punto nodal se encuentra en responder si ese acto jurídico es o no una alternativa **terapéutica** (curativa) en solución a los problemas reproductivos de las personas.

El derecho a la salud en el Estado mexicano se fundamenta en el artículo cuarto constitucional, mismo que a su letra establece lo siguiente:

***Artículo 4.** Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.*

Es importante por tanto definir a la salud para entrar en un verdadero análisis del tema; se puede definir a la salud desde tres planos aparentemente distintos, desde un plano médico, un plano jurídico y uno gramatical.

En la ciencia médica, el médico chileno Hernán San Martín, aporta la siguiente definición de salud:

*“Salud es un estado orgánico de equilibrio entre el medio interno y externo del individuo; estado que toma en cuenta las diferencias genéticas entre los individuos y la diferencia entre sus condiciones de vida (...) Un individuo sano es aquél que muestra y demuestra una armonía física, mental y social con su ambiente, incluyendo las variaciones de tal forma que puede contribuir con su trabajo productivo y social al bienestar al bienestar individual y colectivo.*

*La salud no puede definirse hoy como un estado de bienestar absoluto, completo y estático, por cuanto ella representa una*

*situación relativa, dinámica producto de todos los factores de la vida social sobre la población y el individuo, cuando éstos factores son favorables a la ecología individual<sup>103</sup>”.*

En un plano jurídico, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se ha definido a este término de la siguiente manera:

*“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afectaciones o enfermedades<sup>104</sup>”.*

En un plano gramatical el *Diccionario de la Real Academia Española* define a la salud como el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones<sup>105</sup>”.

Por tanto puede decirse que la salud reproductiva es el estado del cuerpo humano en que su organismo funciona de manera adecuada para la reproducción sexual humana sin que exista perturbación o impedimento alguno en el plano orgánico o psicológico. De esa manera resulta que toda persona que, por alteración alguna en su salud tenga algún impedimento para su reproducción sexual, tendrá por ende el derecho subjetivo a ser protegido por el artículo 4 constitucional ante las instancias médicas correspondientes; sin embargo, lo anterior no es suficiente para justificar en esa garantía a la gestación subrogada como bastamente suele hacerse, en realidad no es un asunto tan sencillo.

- **La dicotomía Salud-Derecho.**

Las disfunciones reproductivas, sean por esterilidad o por infertilidad, han de encontrar solución jurídica en el artículo cuarto constitucional y sustentable a través de una cura o de alguna prótesis que subsane las deficiencias en la salud reproductiva, es decir, en técnicas de carácter médico, no jurídicas, y es entonces

---

<sup>103</sup> SAN MARTÍN, Hernán. “Salud y Enfermedad”. Ed. La prensa médica mexicana. México, 1993, p. 3.

<sup>104</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

<sup>105</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.

<http://lema.rae.es/drae/?val=salud>

donde entra la importancia de tener clara la distinción de la gestación subrogada frente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Las técnicas de reproducción asistida son métodos médicos no terapéuticos mas sí complementarios para lograr la reproducción que de manera natural no puede suceder por alguna disfunción orgánica o psicológica. La medicina a través del artículo cuarto constitucional, se encuentra constreñida a *reparar* dichas deficiencias del cuerpo humano, mas no se encuentra obligada a lograr a como dé lugar la reproducción humana; es decir, que la medicina debe **curar** las deficiencias orgánicas y psíquicas en quienes se encuentran impedidos a reproducirse, mas no se encuentra obligada a reproducir seres humanos *a como dé lugar*.

En síntesis, el artículo cuarto en su cuarto párrafo garantiza el acceso a la salud para los mexicanos a fin de *reparar o curar* las deficiencias en la salud humana, por lo que la gestación subrogada, al no ser una técnica médica sino un acto jurídico, no cura las imposibilidades reproductivas en los seres humanos. Del mismo modo el artículo cuarto, en su párrafo segundo, establece una libertad de decisión sobre el tener hijos, ello no significa que el Estado se encuentre obligado a garantizar que una persona tenga hijos, sino que garantiza la libertad del individuo a decidir responsablemente los hijos que desee tener.

En sentido contrario sucede con algunas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que si bien no curan las imposibilidades reproductivas, bien pueden hacer las veces de una *prótesis* (de manera similar) sin ser meramente un artefacto inserto en el cuerpo humano que supla las deficiencias o la ausencia de un órgano, pues en el caso de la Fecundación *In Vitro*, la técnica es capaz de suplir o auxiliar las deficiencias de los espermatozoides o del sistema reproductor femenino que impidan que algún gameto masculino llegue al óvulo para fecundar de manera natural; así mismo puede suceder en el caso de la Inseminación Artificial en el caso de que los espermatozoides de la pareja de la mujer inseminada no sean capaces de llegar e introducirse en el óvulo. No obstante debe destacarse que esas mismas técnicas pueden utilizarse de manera *caprichosa* y no auxiliar a deficiencias reproductivas, como sería el caso de una mujer que decida someterse a una

Inseminación Artificial, no porque tenga una pareja con alguna disfunción en sus espermatozoides, sino por simple deseo de procrear sin tener que compartir responsabilidades con una pareja que funja como padre del *nasciturus*. Lo anterior ha sido expresado por juristas como Fernando Pantaleón en el sentido de que las técnicas de reproducción asistida para ser terapéuticas deben emplearse únicamente entre personas unidas mediante matrimonio<sup>106</sup>, sin embargo sería delimitar demasiado la casuística resultando que la reproducción humana es un aspecto más amplio que cualquier unión conyugal, es un asunto de facto, que sucede independientemente a la existencia de relación jurídica entre los procreadores.

No por lo anterior debe entenderse que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida deban de restringirse o prohibirse en los casos que no suplan alguna deficiencia en la salud reproductiva –además de que sería un debate apartado a nuestro tema-, sino que en esos casos el Estado no se encontraría obligado a contemplarle como una garantía constitucional, pues no existiría enfermedad alguna que impidiese la reproducción ni tampoco hay garantía exigible para tener hijos por esos medios sin una verdadera necesidad tanto para procrear como para ser asistido por ese medio. Dicho de manera más coloquial, si un individuo desea tener hijos pero no una pareja que funja como padre o madre del *nasciturus*, el Estado no tiene fundamentación para garantizar su reproducción de esa manera en específico. Así pues, los individuos tenemos la **libertad** de procrear, pero el Estado no tiene la obligación de hacer que procreemos; y del mismo modo, los individuos tenemos **derecho** a la salud y por tanto, el Estado sí tiene la obligación a garantizarla.

Por ende no debe entenderse al artículo cuarto constitucional como el que da *derecho a tener hijos*, sino el que reconoce la **libertad** de tener hijos, de manera que el Estado no pueda inmiscuirse en esa facultad biológica, y al mismo tiempo, otorga el **derecho** de los individuos a obtener información sobre planificación

---

<sup>106</sup> PANTALEÓN, Fernando. “Técnicas de reproducción asistida y constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 15. Mayo-Agosto, 1993, p. 132.

familiar (*decidir de manera libre, responsable e informada*). En el mismo sentido no debe entenderse a ese artículo como el que a través de la garantía de la salud, deba garantizar el reconocimiento de actos jurídicos que suplan un deseo de procreación.

- ***La dicotomía Deseo-Derecho.***

En los problemas de salud reproductiva encontramos la dicotomía *salud-derecho*, de la cual ya hemos hablado y que es compleja pese a su claridad, sin embargo, resulta interesante una observación igual de compleja que observa el Doctor Carlos Lema Añón en los casos en que el empleo de técnicas de reproducción asistida sea sin una mera disfunción en la salud reproductiva: La dicotomía que Lema Añón denomina *deseo-derecho*<sup>107</sup>.

El estudio de Lema parte prácticamente de una interrogante en vista de que la reproducción no es una necesidad de ningún tipo sino un mero deseo biológico e idiosincrático: *¿Es el deseo un derecho pese a que éste no sea meramente una necesidad?*

Lema al respecto sostiene lo siguiente:

*“Parece una evidencia que el hecho de que alguien tenga un deseo de algo o por algo, por muy real y sincero que pueda ser, no significa que tenga un derecho subjetivo sobre ello (ni que se le deba reconocer o conceder ese derecho). Pero la cuestión es qué alcance se le concede en ese caso a ‘derecho’: si se trata de un mero derecho de libertad –lo que significaría la libertad de intentar conseguir lo que se desea-, o se trata de un derecho que otorgue una expectativa de que se habrá de facilitar o garantizar el acceso a lo que se desea”<sup>108</sup>.*

---

<sup>107</sup> *Op. Cit* p. 295.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 298.

Por una parte se encuentran numerosas opiniones de que la reproducción más que un deseo es una necesidad impulsada por el instinto de los seres vivos y que obviamente incluye a los seres humanos; tales posturas suelen basar su argumentación en el instinto de subsistencia de la especie y que cuenta con miras evolutivas; por otra parte Lema Añón objeta esos argumentando que, el instinto –en caso de que lo haya en los seres humanos- es independiente al deseo de procreación principalmente porque el ser humano tuvo consciencia de la relación entre acto sexual y reproducción mucho tiempo después, por lo que el *deseo* meramente, es una influencia de tipo cultural y sin ninguna influencia biológica<sup>109</sup>.

El instinto sexual-reproductivo es en realidad tema que corresponde a la biología y que, ciertamente debe debatirse con fundamentos científicos, sin embargo el instinto se encuentra tan adherido a nuestra naturaleza humana, que es difícil soslayar su existencia, lo único que podría ponerse en duda son los motivos del instinto, mas no su existencia. En realidad ambas posturas tienen puntos que son correctos, pues en síntesis sucede lo siguiente: *i)* La reproducción humana no es una necesidad, ya que las personas que no tienen hijos no suelen normalmente tener un riesgo en su salud o en su vida por ese hecho; *ii)* En una opinión personal el instinto sexual-reproductivo existe, mas no se encuentra definido su objetivo –si es que puede definirse-; *iii)* Hay una fortísima influencia social en la idea de tener hijos que hacen creer que la reproducción es algo importante, por lo que las imposibilidades reproductivas se tornan un fuerte problema ideológico que matizan las consecuencias biológicas que puedan existir.

Entonces, ¿el deseo es un derecho aunque éste no sea meramente una necesidad? La respuesta es negativa. El deseo en ningún momento es un derecho si no se encuentra así regulado y vigente en legislación nacional, tratados internacionales o derechos humanos; sin embargo, si ese deseo no contraviene normas jurídicas de ningún nivel, éste puede ser una *libertad* también fundamentada en el principio jurídico de que *lo que no está prohibido se tiene como permitido*.

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 299.

En conclusión, el deseo no es derecho, aunque puede ser una libertad y además una fuente de derecho si así el poder legislativo considera prudente; es por ello que la gestación subrogada es un acto que puede o no permitirse; el acto jurídico no atendería necesidades básicas de los seres humanos (tener hijos) como para centrar un debate obstinadamente enfocado a su permisión como algo fundamental, mas no obstante, como se ha sostenido anteriormente, sí debe regularse, sea de manera permisiva o restrictiva debido a la importancia jurídica y fáctica de la filiación de un menor así como el cuidado del recién nacido que una vez realizado el acto es la esencia de éste.

Es importante dejar en un plano secundario el derecho a engendrar como el derecho esencial del acto de gestación subrogada; debe hacerse consciencia de que los aspirantes a ser progenitores son sujetos importantes para efectos de la voluntad y responsabilidad en el acto, pero aun así tendrán derechos secundarios al momento de que, a las doce semanas de gestación, exista un *nasciturus* que posteriormente será una persona con mayores necesidades, o mejor dicho, con necesidades **verdaderas** y no las supuestas necesidades de los aspirantes a procrear. El verdadero debate en el tema de la gestación subrogada no debe centrarse en el *derecho a reproducirse* sino en un punto previsorio más importante: Atender las necesidades y derechos del menor que estará en juego en el acto jurídico.

#### **4.2.3. La facultad para legislar en materia de Gestación Subrogada.**

El artículo 73 constitucional que enuncia las facultades del Congreso de la Unión, no menciona en ninguna de sus fracciones la potestad de legislar en materia familiar o reproducción humana; sin embargo, el artículo 124 otorga por exclusión tales facultades a los órganos legislativos de nivel estatal.

**Artículo 124.** *Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.*

Es por tanto facultad de cada Entidad Federativa la creación de legislaciones y toda norma jurídica relativa a la gestación subrogada, por lo que resultaría inconstitucional toda propuesta que pretenda regular ese acto jurídico a nivel federal; no obstante, como se ha mencionado en muy repetidas ocasiones, por la importancia del acto, éste debiera legislarse en cada Entidad Federativa, sea prohibiéndola o permitiéndola, mas siempre de manera detallada.

#### **4.3. Ley General de Salud.**

La Ley General de Salud es la disposición legal derivada del artículo 4 constitucional que crea los mecanismos garantes de la salud en los Estados Unidos Mexicanos. La ley se rige por siete finalidades básicas para la protección de la salud, de los cuales, en lo que hace a la gestación subrogada, dicha ley sigue cuatro objetivos esenciales: *i)* El bienestar físico y mental de la persona que contribuya al ejercicio pleno de sus capacidades; *ii)* La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; *iii)* El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población y; *iv)* El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.

Conforme a la primer finalidad mencionada, en caso de permitirse la gestación subrogada mediante una legislación, el Acto Jurídico deberá atenderse con base en el bienestar físico y mental de los individuos de modo que éstos logren ejercer plenamente sus capacidades; por lo tanto al realizar el Acto Jurídico materia de la investigación, deberá cuidarse siempre la salud corporal y psicológica de quienes se involucren en el acto; es por ello que, como se argumentará más adelante, el acto de gestación subrogada deberá realizarse no sin la atención e intervención médica y psicológica a fin de que se cuide en todo momento la aplicación de la técnica de reproducción humana en cuestión, así como el desarrollo del embarazo, y no sin olvidar los análisis psicológicos de las partes aspirantes a la subrogación, en especial en el caso de la gestante para evitar cualquier afectación negativa al momento del embarazo y el parto.

Uno de los temas más importantes del tema es el del lucro a causa del Acto Jurídico a manera de una especie de honorario por la gestación del embrión o feto encargado; al respecto, el segundo objetivo mencionado de la Ley General de Salud, se fija en la extensión de actitudes que sean solidarias y además responsables en materia de salubridad, para lo cual, como se verá más adelante, todos los actos en que se transfiere la *propiedad* o *uso* de partes del cuerpo humano (como tejidos o células de reproducción) ellos deberán realizarse de manera gratuita por ser acciones de carácter altruista. De la misma manera habrá que cuestionarse seriamente qué tan responsable resultaría realizar un acto de gestación subrogada, así como la forma en que ésta deba desarrollarse.

Como garante del artículo 4 constitucional, la Ley General de Salud tiene como fin hacer extensivos los servicios de salud a la población mexicana de manera que se asegure el acceso a ellos de forma eficaz e informada –como se ha dicho anteriormente en los objetivos *iii*) y *iv*)- por lo que no bastaría únicamente la facilidad en el acceso a tales servicios sino también una adecuada orientación en lo relativo a la Técnicas de Reproducción Humana Asistida empleadas a la gestación subrogada; es decir, una adecuada asesoría médica y psicológica a las partes sobre el procedimiento al que pretenden o logren someterse.

#### **4.3.1. Diagnósticos médicos y psicológicos previos a la Subrogación.**

Un acto responsable para realizar la subrogación implicaría tomar medidas de cuidados médicos y psicológicos que logren diagnosticar la compatibilidad biológica de las partes para someterse a las técnicas reproductivas; al respecto, dentro del artículo 33 de la Ley General de Salud, se clasifican los tipos de actividades de atención médica que emprende el Sistema Nacional de Salud de la siguiente manera:

**Artículo 33.** *Las actividades de atención médica son:*

*I. Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica;*

*II. Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno;*

*III. De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales, y*

*IV. Paliativas, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.*

Una vez más volviendo al supuesto de una regulación permisiva de gestación subrogada, en caso de que ésta se realice a través de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, las actividades de atención médica que deberán considerarse en tal ley, son las pertenecientes a las acciones *preventivas, curativas y de rehabilitación* ordenadas en la Ley General de Salud.

Previo a la realización del Acto Jurídico, es menester que se realicen diagnósticos de salud a las partes aspirantes al acto en atención a prevenir algún desperfecto derivado de la aplicación de las técnicas reproductivas. Deberán por tanto aplicarse acciones **preventivas** de atención médica para las siguientes etapas del procedimiento médico:

***I. Diagnóstico de imposibilidad reproductiva:*** El médico deberá diagnosticar la infertilidad o esterilidad de las partes solicitantes, y así mismo orientarles sobre el procedimiento y consecuencias médicas que resulten de la gestación subrogada. De la misma manera deberá observar el médico que el organismo de las partes sea compatible para la reproducción asistida e incluso prevenir enfermedades al futuro *nasciturus*; es decir, que previamente a la aplicación de las técnicas, el médico deberá cerciorarse que la aplicación de la técnica no afecte a la salud de la mujer solicitante –e incluso del varón- y del mismo modo, prevenir que los gametos de los aspirantes a gestación subrogada no se encuentren infectados de algún virus que ponga en peligro la vida o la salud del proyecto de embrión; verbigracia el virus del SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida).

**II. Diagnóstico médico y psicológico a la aspirante a gestante subrogada:** El médico deberá certificar la compatibilidad en el cuerpo de la aspirante a gestante subrogada para aplicar en su cuerpo la respectiva técnica de reproducción asistida, y del mismo modo, el psicólogo deberá aplicarle los diagnósticos psicológicos pertinentes para los mismos efectos como más adelante se explicará.

Como respuesta a los diagnósticos efectuados por el médico, deberán emplearse algunas *actividades curativas de atención médica* en los casos que, por alguna deficiencia de salud de las partes, éstas no puedan desempeñar adecuadamente el procedimiento de reproducción asistida, por ejemplo, en caso de que la gestante subrogada padezca de alguna enfermedad **curable** que le impida el embarazo objeto del Acto Jurídico.

Finalmente la ley en comento describe a las *actividades médicas de rehabilitación* como aquellas que están encaminadas a corregir las invalideces físicas o mentales (sic), por lo tanto podríamos decir que las técnicas de reproducción humana destinadas a la gestación subrogada son actividades de rehabilitación, pues estas *corrigen* la invalidez reproductiva sea por infertilidad o por esterilidad.

En el caso de una gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante, es sabido que la técnica de reproducción asistida correspondiente es la Fecundación In Vitro para proceder con un trasplante de embriones; en ese caso, la figura jurídica del trasplante y que además refuerza los diagnósticos médicos y psicológicos previos a la técnica y al Acto Jurídico, encuentra su fundamentación jurídica en el artículo 330 de la misma ley que a su letra señala:

**Artículo 330.** *Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.*

Los diagnósticos médicos cobrarían una importante fuerza para el acto de gestación subrogada, al grado de que se convertirían en un dictamen sin el cual no se podría proceder al Acto Jurídico, ello de manera que se cuide la salud de las partes en una legislación responsable y en la línea de las garantías constitucionales mexicanas. De esa manera la ciencia médica tendrá además facultad para dictaminar sobre la idoneidad **biológica** de las partes, por lo que en lo respectivo a las células reproductoras, el artículo 332 al respecto sostiene lo siguiente:

***Artículo 332.** La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.*

Por último, siendo estos diagnósticos de carácter personal, los detalles de los resultados deberán ser de carácter **totalmente privado**, protegiendo en todo momento la intimidad de la salud de la aspirante a gestante en subrogación, principalmente en el supuesto de que el diagnóstico médico y psicológico resultara desfavorable por alguna enfermedad física o mental.

#### **4.3.2. Importancia de los diagnósticos psicológicos.**

Es complicado construir correctamente una legislación permisiva para la gestación subrogada, pues ello implica que la ley abarque una amplia casuística que evite futuros litigios o errores en la voluntad en el Acto, para ello debe cuidarse muy detalladamente cada supuesto y cada posible suceso que lleve a malos términos a la subrogación.

La salud psicológica es considerada prioritaria para la Ley General de Salud, por lo que para dar base a los argumentos anteriormente sostenidos, el artículo 68 de esa ley establece en su letra lo siguiente:

***Artículo 72.** La prevención y atención de los trastornos mentales y del comportamiento es de carácter prioritario. Se basará en el conocimiento de los factores que afectan la salud mental, las causas*

*de las alteraciones de la conducta, los métodos de prevención y control multidisciplinario de dichos trastornos, así como otros aspectos relacionados con el diagnóstico, conservación y mejoramiento de la salud mental.*

*Para los efectos de esta ley, se entiende por salud mental el estado de bienestar que una persona experimenta como resultado de su buen funcionamiento en los aspectos cognoscitivos, afectivos y conductuales, y, en última instancia el despliegue óptimo de sus potencialidades individuales para la convivencia, el trabajo y la recreación.*

*La atención de los trastornos mentales y del comportamiento deberá brindarse con un enfoque comunitario, de reinserción psicosocial y con estricto respeto a los derechos humanos de los usuarios de estos servicios.*

En esta investigación se propone que, tal como en el proyecto de ley para el Distrito Federal, se realicen diagnósticos psicológicos a las partes para evitar que el Acto Jurídico sea desafortunado. En las pruebas psicológicas se estaría observando, por ejemplo, qué tan propensa sería la aspirante a gestante a sufrir algún trauma psicológico a causa del total desprendimiento del producto en gestación y que además por ello, la gestante no esté dispuesta a entregar al nacido como previamente se había pactado.

Estos diagnósticos podrían dar una importancia vital al Acto Jurídico, pues, adminiculado con el Poder Judicial, evitaría cualquier litigio derivado del Acto, siendo que el interés superior del menor quedaría en juego a una muy temprana edad, lo cual es indeseable para cualquier ser humano.

En síntesis y de manera esquemática, los diagnósticos psicológicos dentro de la Ley General de Salud, se clasifican en este caso como **actividades de atención médica de carácter preventivo** y, enunciativamente podrán ser benéficos por los siguientes motivos:

**a) Prevención de daños psicológicos originados por el total desprendimiento del producto.**

Lograría visualizar que la aspirante sea o no propensa a un *trauma emocional* derivado del total desprendimiento del ser que gestó en su matriz durante varios meses.

Uno de los supuestos que pone en duda la permisión de la gestación subrogada se encuentra cuando no hay aportación genética de la gestante y ésta no desea entregar al producto a los solicitantes; es cierto que el producto no es hijo de la gestante, que ella no tendría ningún derecho a conservar al nacido en virtud de que no hay genes compartidos; en una litis la prueba de maternidad sería totalmente favorable para la aportadora del óvulo y, el *contrato de gestación subrogada* podría declararse inválido en virtud de que la filiación no es cosa que pueda transmitirse a través de simples contratos privados. En lo jurídico es lógicamente entendible el suceso, pero también debe ser entendible el golpe psicológico y el sentimiento de pérdida que puede sentir la gestante; sería un fortísimo daño moral derivado de un simple contrato privado. Visto a profundidad desde una perspectiva médica o biológica, toda gestante corre un gran riesgo de sentir un profundo afecto por el ser que gestó ininterrumpidamente a lo largo de varios meses de su vida. No es ello un argumento moral ni sentimentalista, es en realidad uno de los tantos efectos de las hormonas en el embarazo, en este caso por las endorfinas, y ello no es asunto que el derecho pueda solucionar sino de manera preventiva al construir una ley para la gestación subrogada.

Por argumentos como el anterior es que la gestación subrogada es un acto con múltiples obstáculos y con una alta peligrosidad psicológica para las partes y para el nacido; por ello sería más fácil pensar a primera instancia en una legislación prohibitiva o bien, simplemente ignorar el asunto de manera irresponsable para los legisladores. Es por ello que para evitar tales sucesos, y en un ejercicio de observar posibles rutas jurídicas que permitan la gestación subrogada, los diagnósticos psicológicos resultan una propuesta que en lo personal podría resultar esencial para un óptimo desempeño del Acto Jurídico.

## **b) Prevención de daños en el embarazo derivados de problemas en la salud psicológica de la gestante.**

Lograría detectar la **responsabilidad a la que podría obligarse la aspirante** al cuidado del producto evitando, de alguna manera, que la aspirante tenga tendencias a algunas adicciones tóxicas contra el producto, sea alcoholismo, tabaquismo o drogadicción, así como comportamientos violentos, contra su persona o contra el producto, derivados de alguna enfermedad psicológica, tales como la esquizofrenia o la bipolaridad o incluso en un extremo, tendencias suicidas.

La importancia de la atención psicológica para la gestación subrogada no deberá entenderse únicamente como una actividad preventiva sino también curativa que, al igual que en el resto de los embarazos inducidos natural o artificialmente, garantiza el derecho a la salud de cualquier gestante de conformidad con el artículo 4 constitucional y los artículos 61 Bis de la Ley General de Salud.

***Artículo 61 Bis.** Toda mujer embarazada, tiene derecho a obtener servicios de salud en los términos a que se refiere el Capítulo IV del Título Tercero de esta ley y con estricto respeto de sus derechos humanos.*

Así mismo cabe mencionar que la atención psicológica en los actos de gestación subrogada no son exclusivos de la gestante sino que deben ser accesibles a todas las partes, mas se ha enfocado el análisis del tema a la gestante en razón de que es ella sobre quien recaen principalmente las responsabilidades del acto.

### **4.3.3. Del tratamiento de células reproductivas humanas: La prohibición en el lucro con el cuerpo humano y sus derivados.**

En los mamíferos –clase taxonómica en la que nos encontramos los seres humanos- , los ovarios así como los espermatozoides, son células que tienen como finalidad lograr la reproducción de la especie<sup>110</sup>. En esta categoría de células, la

---

<sup>110</sup> Diccionario Enciclopédico Larousse Ed. Larousse. México, 1994 pp. 885, Tomo 3 y 1792 Tomo 6.

Ley General de Salud da un especial tratamiento jurídico a ellas así como a los cadáveres, órganos y tejidos humanos.

Para el tratamiento de las mencionadas partes del cuerpo humano, la ley limita su utilización jurídica a donaciones, por lo que en ningún momento podrán ser materia de contrato de compraventa o arrendamiento sino únicamente de donación.

***Artículo 320.** Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.*

***Artículo 321.** La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.*

Los anteriores artículos refuerzan los argumentos que imposibilitan a hacer de la gestación subrogada un Acto Jurídico de carácter lucrativo. En la gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante, sucede que, de inicio, es una norma jurídica óptima que da paso a la disposición de la gestante para su óvulo, aunque no de manera lucrativa (sin entrar en detalles de las complicadas implicaciones litigiosas que podría acarrear ese tipo de gestación); por los óvulos entonces sabemos que son materia de donación; sin embargo ¿qué sucederá por el *servicio* de gestación? Del mismo modo, en el caso de la gestación subrogada **sin** aportación genética de la gestante, ésta no estará donando sus células reproductivas sino únicamente haciendo uso de su útero para gestar al producto, es decir, estaría solamente utilizando órganos de su cuerpo, cosa que no contempla la Ley General de Salud.

Por la pura **utilización** de los órganos del cuerpo propio a favor de terceros, la Ley General de Salud es omisa en cuanto al Acto Jurídico en que habrá de realizarse. El artículo 320 de la Ley General de Salud es claro al incluir a los órganos del cuerpo humano pero restringiéndolo únicamente al acto de donación; sin embargo

no por ello la utilización de órganos humanos podrá entenderse como materia de explotación lucrativa.

Anteriormente se han mencionado varios argumentos en contra de que la utilización de órganos y células humanas sean materia de lucro, sin embargo, la respuesta jurídica –positivista- más fuerte y de mayor jerarquía legislativa, se encuentra en el artículo 327 de la ley en comento.

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

He ahí entonces el argumento más fuerte y más claro para la prohibición del lucro por subrogar una gestación. Se prohíbe el comercio de órganos, por lo que ha de entenderse que se prohíbe el lucro de éstos, y de la misma manera el mismo artículo sostiene que la **utilización** de órganos será estrictamente a título gratuito.

#### **4.3.4. El Derecho Subjetivo del acto: El perfil médico y psicológico de los aspirantes.**

Además de los requisitos médicos y psicológicos ya mencionados de la Ley General de Salud, las partes aspirantes, de conformidad con el artículo 332 párrafo cuarto, no deberán ser personas sujetas a interdicción.

Del mismo modo se propone que en una legislación permisiva de gestación subrogada, ésta deba únicamente estar disponible para personas que tengan alguna disfunción reproductiva, sea por esterilidad o por infertilidad.

La restricción no violaría derechos reproductivos en virtud de lo anteriormente visto en el análisis del artículo 4 constitucional, pues el Estado no se encuentra obligado a garantizar que cada individuo se reproduzca sino que, exclusivamente garantiza un derecho a la salud y la **libertad** de procrear.

En el caso de las personas homosexuales puede que no exista imposibilidad reproductiva desde una perspectiva biológica, no obstante, podría dársele acceso al acto de gestación subrogada en virtud de que su preferencia sexual es involuntaria a su persona, es por tanto una característica natural de su personalidad que no debe ser discriminada y a la que no se le puede obligar a cambiar o aparentar su preferencia sexual sólo en razón de reproducirse. Sin embargo, el derecho a la filiación a cargo de una persona homosexual – principalmente de varones homosexuales- sigue siendo un tema muy delicado ampliamente debatible, más en lo moral que en lo jurídico, y que desafortunadamente por esas razones quedará, hasta cierto punto, fuera de esta investigación, mas no por ello deberá dejarse de lado en el debate legislativo. Al respecto, el mayor problema que en lo personal encuentro en el acceso de homosexuales a la gestación subrogada, no tiene que ver con la preferencia sexual, sino en que forzosamente implicará la aportación genética de la gestante, siendo que en ese tipo de subrogación existen más problemas jurídicos como se verá más adelante.

En lo que personalmente debiera haber una rigurosa prohibición es en los casos en que se recurra a la subrogación por cuestiones banales y que no tengan que ver con la imposibilidad reproductiva de las partes, como por ejemplo es el caso de mujeres que por *no perder su figura* prefieren que sea otra mujer quien gestee al hijo deseado. En casos como ese, ¿qué clase de madre podría ser una persona que procura más a su cuerpo antes que al cuidado directo de su hijo?

Como una última característica del perfil médico, la propuesta de esta investigación se ceñirá a la preferencia del artículo 333 fracción VI, misma que establece lo siguiente:

**Artículo 333.** *Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:*

(...)

*VI. Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:*

*a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;}*

*b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante;*

*c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.*

Es en principio preferible que la gestante en subrogación tenga algún grado de parentesco con quien o quienes soliciten la técnica de reproducción asistida, pues como se argumentó anteriormente, ello evitaría –hasta cierto punto- conflictos de interés sobre la guarda y custodia del menor por nacer.

Es importante recalcar que, en caso de una legislación permisiva de gestación subrogada, deberá modificarse en la Ley General de Salud en lo que refiere a trasplantes, ya que la ley denomina *donante* a quien da en trasplante un órgano, tejido o célula (e incluso cadáveres), sin embargo, en el caso de trasplante de embriones para la gestación subrogada, no existiría donante alguno para la técnica reproductiva, sino únicamente un solicitante.

#### 4.4. Derecho Civil y Familia.

En todo Estado que presuma ser de derecho, es enorme la importancia de la materia civil, en éste se encuentran directamente relacionados conceptos jurídicos fundamentales que terminan de construir al elemento que le da vida a todo sistema jurídico en el mundo: *La persona*. Si bien es cierto que el concepto de *persona* o *persona jurídica* ha cambiado a lo largo de la historia e incluso en cada lugar del mundo, lo primordial es que el común denominador es que sin personas no hay derecho.

El derecho civil es la rama del derecho en que la *persona* termina de definirse jurídicamente; nuestra constitución política crea una esencia de la persona, mientras que la materia civil, directamente moldea esa esencia.

La historia del derecho civil es quizá tan amplia como la historia misma del ser humano, posiblemente no definiendo a la persona pero sí los atributos y posesiones de cada ser con quien interactuaban, así como las penas que habrían de atribuirse a quienes violasen esa esfera de *derechos primitivos*, por lo que el derecho penal también es tan antiguo como el civil.

Los humanos primitivos no tuvieron suficiente consciencia de que construían un orden jurídico en la sociedad en que se desarrollaban, sino hasta una etapa que, múltiples estudiosos del derecho (occidental) como el Doctor Florís Margadant, denominan "*Derecho Romano Antiguo*".<sup>111</sup>

Señalaba Floris Margadant que ese antiguo derecho romano manifestaba costumbres, leyes, senadoconsultos y plebiscitos, aunque en ese principio se caracterizaba por ser irracional y repleto de rudezas; sin embargo, siendo un derecho con una estructura más definida, es por lo que se le considera la "*base de la ciencia jurídica continental europea*" (sic)<sup>112</sup>, continente de quien nuestro país tiene herencia y directa influencia en su sistema jurídico.

---

<sup>111</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo. "El derecho privado romano". Ed.Esfinge, México, 1960, p. 101.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

Al paso del tiempo el derecho civil ha tratado de evolucionar a la par de la realidad social a la que pretende regular. Es a finales del siglo XX en que podemos encontrar un concepto de derecho civil más acorde a nuestra formación jurídica y que en este siglo XXI, me atrevo a decir que la realidad social ha superado al derecho civil, por lo que nos encontramos en una etapa en que el derecho trata de ajustar muchos de sus conceptos y principios a nuestra actualidad.

Temas como la gestación subrogada originada por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ponen en duda a principios jurídicos de derecho civil tales como el *“mater semper certa est”* (*“la madre siempre es cierta”*) y nos hace voltear más hacia la ciencia que a las presunciones.

El derecho civil también ha evolucionado en nuestro país tratando de ir a la par con la realidad social en figuras jurídicas más añejas, tales como el matrimonio. La institución jurídica del matrimonio ha perdido importancia y objetivos debido a la ideología actual; hoy en día nuestro pensamiento ha evolucionado al grado de finalmente comprender la equidad entre los cónyuges, así como que la finalidad de la figura no es la procreación, pues hemos dejado de lado, un poco más, ideologías moralistas sin sentido que impregnasen a nuestro derecho civil de dogmatismos *incuestionables*.

Sin embargo, pese a que múltiples conceptos y principios del derecho civil deberán suprimirse o adaptarse a nuestra realidad, ello no ha cambiado en esencia al derecho civil; podemos decir que éste sigue tratando los mismos temas, mas no de la misma forma que ha hecho a lo largo de la historia.

Ignacio Galindo Garfias definió puntualmente al derecho civil de la siguiente manera:

*“Conjunto de normas que se refieren a la persona humana como tal y que comprende los derechos de la personalidad (estado y capacidad), los derechos patrimoniales (obligaciones, contratos,*

*sucesión hereditaria) y las relaciones jurídico-familiares (parentesco, filiación, matrimonio, patria potestad y tutela)”.*<sup>113</sup>

Por tanto, Galindo Garfias refiere que el contenido del derecho civil comprende tres amplios aspectos: *I) Derechos de la personalidad; II) Derechos patrimoniales y; III) Derechos de Familia.* Todos ellos con una base común: “*Son normas que se refieren a la persona humana*” (sic)<sup>114</sup>.

Es atinada la definición de derecho civil que aporta el profesor Galindo Garfias así como el contenido de éste; sin embargo, pese a que es un hecho legislativo en varias Entidades Federativas, existe una discusión en cuanto a que la legislación civil contenga en sí al derecho de familia, pues algunos autores consideran que éste debería tener independencia del derecho civil; sin embargo, pese a ser una discusión teórica muy interesante, resulta que en la práctica y el contenido del derecho familiar, éste se encuentra repleto de conceptos puramente civiles, por lo que, antes de cualquier discusión, es un hecho que la materia familiar se encuentra irremediabilmente concatenada al derecho civil.

Como se ha visto anteriormente, hay Entidades Federativas mexicanas cuya legislación en materia familiar se encuentra desprendida de su respectivo código civil. Tales entidades son:

- 1. Chiapas**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código de atención a la familia y grupos vulnerables para el Estado libre y soberano de Chiapas.*
- 2. Michoacán**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código familiar para el Estado de Michoacán.*
- 3. Morelos**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código familiar para el Estado libre y soberano de Morelos.*

---

<sup>113</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho Civil”. Ed. Porrúa. México, 1997, p.94.

<sup>114</sup> En lo personal es superflua la expresión *persona humana*, pues toda persona en nuestro derecho es un ser humano. En nuestro sistema jurídico no se le reconocen derechos de personalidad a otros seres vivos más que a los seres humanos.

**4. San Luis Potosí**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código familiar para el Estado de San Luis Potosí*.

**5. Sonora**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código de familia para el Estado de Sonora*.

**6. Yucatán**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código de familia para el Estado de Yucatán*.

**7. Zacatecas**, que legisla la materia familiar en su denominado *Código familiar para el Estado de Zacatecas*.

Pese a la discusión por la independencia del derecho familiar, los principios y normas jurídicas siguen el mismo objetivo y una misma esencia, siendo que el contenido fundamental del derecho familiar son: I) Las relaciones paterno-filiales y las derivadas del parentesco; II) Los derechos y obligaciones que surgen de la incapacidad y; III) La normatividad en torno a la pareja humana y su extinción.<sup>115</sup>

Todas esas relaciones siempre conllevan una amplia e inevitable consecuencia patrimonial, como es en el caso de las sucesiones (derivadas en principio por el parentesco), la obligación de tutores y curadores de administrar y cuidar el patrimonio de los incapaces, y el tratamiento de los bienes dentro del matrimonio, concubinato o incluso en sociedades de convivencia en el Distrito Federal. El tratamiento de los bienes es materia puramente civil, y sin embargo tiene una conexión a través de la familia, además de que el patrimonio es una cuestión inherente e inseparable a la persona.

En principio es complicado pensar en una independencia de ambas materias. Para fines de la presente investigación, tocaremos los temas civiles y familiares en este mismo punto, del mismo modo en que se puede estudiar en el Código Civil Federal.

En toda rama del derecho, la persona (física) es el componente fundamental y corazón de todo acto jurídico, como lo es en este caso la gestación subrogada; en ese acto jurídico se ponen en juego varios derechos de carácter familiar,

---

<sup>115</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe, y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. *Op. Cit.* p. 29.

principalmente los que refieren a la filiación; siendo que la filiación es la materia principal de la gestación subrogada, habrá entonces que determinarse la forma en que debe realizarse el acto y, en caso de requerir la intervención de una autoridad o fedatario, quién será competente para ello.

Así pues, el derecho civil y el derecho familiar tienen una mancuerna imprescindible en el acto de gestación subrogada; por una parte, el derecho civil será la vía para estudiar a la persona así como al acto jurídico, mientras que, en lo que atañe al derecho familiar, se estudiarán principalmente asuntos de filiación y competencias jurisdiccionales, todo ello en virtud de lograr vislumbrar sus posibles límites y alcances en una posible ley permisiva.

#### **4.4.1. Construcción Jurídica de la Persona Física.**

El primer punto que debe tocarse para el análisis *civil-familiar* de la gestación subrogada, se encuentra en la persona jurídica (por la naturaleza humana de esta investigación, en adelante entiéndase por *persona* o *persona jurídica* a la persona física), concepto de derecho civil, con precedente esencialmente constitucionalista, y que se relaciona totalmente con el derecho de familia. Como se ha dicho, sin personas no puede existir el derecho, de la misma manera tampoco podría existir la familia ni ninguna otra institución jurídica.

Al respecto Javier Hervada sostiene que:

*“En el lenguaje jurídico, el término persona (...) indica el sujeto de derechos, el protagonista del orden social y jurídico. El concepto jurídico de persona ha recibido distintas modalidades dentro de un sustrato común: la persona es para unos el sujeto capaz de derechos y obligaciones, para otros es el sujeto titular de derechos y deberes y no ha faltado quien defina el ser persona como un ser ante el derecho”.*<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Citado en GARCÍA VELASCO, Gonzalo. “Persona Jurídica. Doctrina y legislación mexicana”. Ed. Porrúa. México, 2009, p. 14.

Pese a los análisis de algunos autores que tratan de definir a la persona desde perspectivas filosóficas y ontológicas, el término de *persona jurídica* no excluye los componentes biológicos, filosóficos y psicológicos –e incluso emocionales- del ser humano, sino que la *personalidad jurídica* es una investidura indispensible del ser humano, de modo que así como éste se compone de elementos biológicos, psicológicos, filosóficos o emocionales, también se compone, teóricamente, de un orden jurídico inherente cuya protección es exigible al Estado. Incluso la *personalidad jurídica* es un mecanismo destinado a garantizar la protección de los componentes del ser humano; por ejemplo, el orden biológico y psicológico se protege jurídicamente a través del derecho a la salud, o del mismo modo el orden filosófico se protege jurídicamente a través de la garantía de la libertad de expresión; y de ese modo pueden concatenarse distintos ámbitos humanos a la construcción jurídica de la persona.

En suma, no hay una distinción entre ser humano y persona jurídica, sino que al momento de hablar de ésta última, simplemente se hace especificación a que se refiere al ser humano en su ámbito de derechos, no olvidándose de sus características biológicamente inherentes a él, por tanto, la *personalidad jurídica* es una investidura de derechos y obligaciones que se adhieren a la *persona* vista como *ser humano*. *Persona jurídica* es sólo un término que hace referencia a una de las tantas facetas del ser humano en sociedad.

Dentro de un Estado de derecho, la persona es una construcción jurídica que inviste a todo ser humano de derechos y obligaciones inseparables de su existencia. En México, la construcción de la figura de la personalidad jurídica tiene su esencia en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se define en las normas de derecho civil; sin embargo, no todos los derechos que construyen la *personalidad jurídica* se encuentran positivizados, pues en teoría también se forma de derechos humanos que deben presuponerse como básicos en relación con la naturaleza del ser humano como lo dice el jurista Alberto Pacheco:

*“(...) la mayoría de los autores consideran a los derechos de la personalidad como derechos innatos, originarios y esenciales, porque existen con la persona, aunque el derecho positivo no los reconozca. Son auténticamente derechos naturales, pues su fundamento es la naturaleza humana y de ella se derivan. Sin embargo, no todos los derechos que hoy se engloban entre los derechos de la personalidad pueden considerarse dentro de los derechos naturales primarios, pero todos son naturales, aunque algunos sean derechos naturales secundarios o derivados de los primarios (...)”.*<sup>117</sup>

La persona jurídica, física o natural, tiene diversos atributos, de los cuales destacan el nombre, el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, la capacidad, y el patrimonio<sup>118</sup>, pero como se ha dicho, esos atributos no son los únicos, sino que existen otros elementos jurídicos que son, o deben ser, inherentes a la persona.

Para efectos de la presente investigación, los atributos de la personalidad que se utilizarán para analizarse frente a la gestación subrogada serán el estado civil, la nacionalidad, y la capacidad, así como otros elementos que no contempla la doctrina de derecho civil, tales como la dignidad humana.

El hecho de excluir al resto de los atributos de la personalidad para hacer el análisis de la figura tema de esta investigación, no es porque no se relacionen entre sí, pues en realidad todo acto jurídico al ser impulsado por la persona, traerá a colación a sus atributos; sin embargo procederemos a analizar únicamente los atributos mencionados puesto que son los que mayor controversia pueden aparejar al acto.

---

<sup>117</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto. “La persona en el Derecho Civil Mexicano”. Ed. Panorama. México, 1985, p. 63.

<sup>118</sup> DE PINA VARA, Rafael. “Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, personas, familia”. Vol. I. Ed. Porrúa. México, 1992, p. 2010.

#### **4.4.2. Los atributos de la Persona regulables en la Gestación Subrogada.**

De los atributos de la persona física jurídica, hay algunos que deberán legislarse en caso de una ley permisiva de gestación subrogada, lo cual no resta importancia a otros atributos, sino que no es necesario que se detallen en esa nueva legislación, por ejemplo, en el caso del nombre, no será necesario que en la posible ley – permisiva- de gestación subrogada se obligue a que las partes den nombre al nacido en el registro civil, pues ello se encuentra ya regulado en el Capítulo II del Código Civil Federal.

##### **a) Estado Civil no limitante de la filiación.**

De la misma manera que se trató en el análisis del artículo 4 Constitucional, en este atributo de la personalidad se reitera que, en caso de permitirse la gestación subrogada en una ley, el estado civil no debe ser un obstáculo para crear un vínculo de parentesco por esa vía, pues no hay una verdadera razón para limitar ese derecho si el o los solicitantes son aptos y deseosos de criar a un menor; considero por tanto que deben seguirse los criterios de la filiación, en los cuales ésta existe independientemente al estado civil de los progenitores y que, el matrimonio tampoco implica la renuncia a los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídica entre los padres y los hijos.

##### **b) Nacionalidad y derecho subjetivo.**

Debe entenderse por **derecho subjetivo** a la autorización de conducta otorgada a un sujeto por la norma jurídica; es decir, la facultad que tiene un individuo para realizar determinada conducta y que al mismo tiempo se encuentra unida a la facultad de exigir un derecho.<sup>119</sup> De manera complementaria, el **derecho objetivo** es la norma jurídica que da nacimiento a un derecho subjetivo y que suele manifestarse a través de un hecho o acto jurídico. En palabras del jurista Rolando Tamayo y Salmorán, el derecho objetivo es la fuente de todo derecho subjetivo, de modo que el primero es el elemento *sine qua non* que da nacimiento al segundo.

---

<sup>119</sup> MORINAU, Óscar. “El estudio del derecho”. Ed. Porrúa. México, 1953 p. 129.

*“Un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia. Por “fuente” entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica es válida y su contenido identificado, como podría ser uno o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etc.”<sup>120</sup>*

Explicándose desde una posible legislación permisiva de gestación subrogada, tendríamos que ésta posible ley sería el derecho objetivo, y el derecho subjetivo serían las personas a las cuales la ley facultaría para ser **sujetos** (de ahí el nombre de *derecho subjetivo*) de los derechos que protegiese esa disposición jurídica.

Ejemplificado de esa manera y en miras de la creación de una legislación permisiva de gestación subrogada, debe esclarecerse a quiénes contemplará esa ley como destinatarios de tales derechos, es decir, ¿quiénes tendrán el derecho subjetivo de recurrir a los derechos emanados de esa posible legislación? Se ha hablado ya de que la legislación puede ser encaminada únicamente a personas con alguna incapacidad reproductiva y con capacidad jurídica plena; sin embargo, en vista de la problemática acontecida en el ámbito internacional por la nacionalidad de las partes del acto de subrogación e incluso del nacido (como lo fue en el caso expuesto para la India en el Capítulo II), en un supuesto de una ley permisiva ¿debería limitarse el acto jurídico únicamente a los individuos de nacionalidad mexicana? Al respecto debe considerarse el contenido del artículo 12 del Código Civil Federal que determina lo siguiente:

**Artículo 12.** *Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.*

---

<sup>120</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “El derecho y la ciencia del derecho”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1984 p. 68.

Consecuentemente, si existiera la supuesta legislación mexicana permisiva, ésta aplicaría en todo el territorio mexicano y a toda persona que se encuentre en dicho territorio, ello con las limitaciones que el mismo orden jurídico nacional establezca frente a los tratados internacionales; sin embargo, ello no evitaría, como en ningún caso, los posibles conflictos internacionales de normas jurídicas derivadas, por ejemplo, de las nacionalidades de las partes involucradas en el acto; es por ello que, como se propuso anteriormente (Capítulo II, tema 2.2.), en caso de crearse una legislación permisiva de gestación subrogada, ésta deberá ser detallada y precisa a fin de evitar lagunas jurídicas como las que existen en nuestras normas jurídicas estatales al respecto, e incluso como en varias de otros Estados.

### **c) La Capacidad Jurídica de las partes.**

En el mismo sentido del inciso anterior, ¿quiénes deberían ser sujetos *jurídicamente capaces* de acceder a la gestación subrogada?

Se entiende que existen dos tipos de capacidad en el derecho mexicano, una es la capacidad de goce y la otra es la capacidad de ejercicio; la primera es la facultad de un ser humano –e incluso de los aún no nacidos- de ser beneficiario de derechos, mientras que la segunda, es la facultad de un individuo para realizar actos jurídicos por sí mismo.

Para efectos de la gestación subrogada realizada a partir de técnicas de reproducción asistida, debe decirse que ésta no podrá permitirse a favor de personas incapaces, ya que dichas técnicas, por el manejo de las células de personas que la ley considera como inhabilitadas para tomar decisiones de manera lúcida o madura, restringe su decisión o voluntad de acceso con fines de disposición.

De tal manera en el caso de un trasplante de embriones, la Ley General de Salud establece lo siguiente en cuanto a los incapaces:

**Artículo 332.** *La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.*

(...)

*En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte.*

Es probable que el espíritu de la ley en ese caso se encuentre en el entendido de que los progenitores son representantes legales responsables de sus menores hijos, por lo que una persona incapaz, al necesitar de un tutor o en su caso a un curador, sería complicado pensar que el incapaz podría hacerse cargo responsablemente de sus hijos si para la mayoría de sus decisiones con trascendencia jurídica habrá de necesitar de su representante.

Se propone que el acto jurídico de gestación subrogada pueda ejercerse únicamente por personas con capacidad jurídica plena, que padezcan alguna imposibilidad reproductiva **incurable** y que además sean dictaminadas psicológicamente aptas. Del mismo modo en virtud del sano desarrollo del menor deseado, se propone que al igual que en las reglas de la adopción en algunas entidades, los solicitantes que pretendan ser padres no tengan antecedente penal alguno.

#### **4.4.3. La Gestación Subrogada como Acto Jurídico en sentido amplio.**

Previamente se analizó la naturaleza jurídica de la gestación subrogada, se observó a muy amplios rasgos que ésta, por ser un suceso que se ejerce con la total voluntad de las partes, puede clasificarse perfectamente como un acto jurídico; no obstante es preciso profundizar en el análisis de esa clasificación para determinar factores de suma importancia, tales como la forma en que el acto debe realizarse, y para ello deberá analizarse la teoría del hecho jurídico.

No debe verse a la teoría del derecho o a su doctrina como simples razonamientos que queden ajenos a una aplicación en el plano de la práctica jurídica; la principal finalidad del análisis de la figura de la gestación subrogada en la teoría del Hecho Jurídico, no tiene únicamente un objetivo doctrinal, sino que está encaminado a proporcionar finalmente un resultado que logre descifrar la forma adecuada en que tal subrogación deberá realizarse en caso de que se permita, ya que, como varias veces se ha dicho, no basta únicamente con la decisión de permitirle sino la manera adecuada en que deba hacerse de conformidad con nuestro orden jurídico.

La teoría francesa clasifica al hecho jurídico de una manera muy general y lacónica, más no por ello incorrecta, ésta hace una clasificación que sencillamente se reduce a dividir a los hechos jurídicos como *i) hechos jurídicos propiamente dichos* y; *ii) actos jurídicos*; fue de esa manera que se determinó la naturaleza jurídica de la gestación subrogada en el primer capítulo de esta investigación, de una manera muy amplia; sin embargo, en esta etapa se profundizará el análisis a través de la teoría alemana del hecho jurídico, la cual no es contraria en esencia a la teoría francesa (de la cual se dice que nuestro Código Civil Federal toma partida) sino que en realidad es un punto de vista más minucioso sobre el mismo tema.

El jurista Jorge Alfredo Domínguez contrasta ambas teorías de la siguiente manera:

*“Tanto la doctrina francesa como la alemana se fundan en términos generales en los mismos razonamientos para clasificar los diversos acontecimientos jurídicos; sin embargo, la segunda, en nuestro concepto, detalla y profundiza más en su análisis y al mismo tiempo, para ello, acude a razonamientos más lógicos.*

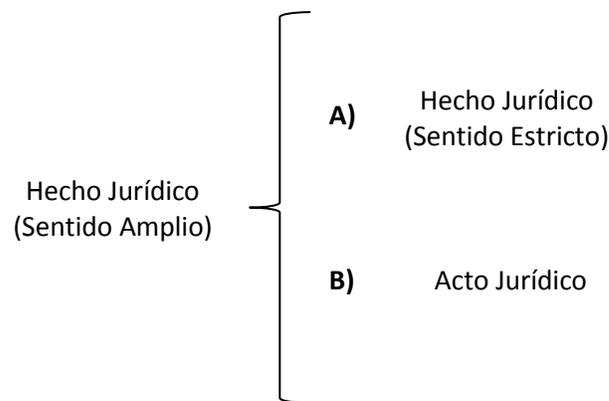
*En una y otra enseñanza se observa al hecho jurídico en sentido amplio como denominador común de los acontecimientos a los que el derecho reconoce la producción de consecuencias.*

*Así mismo, la doctrina alemana ofrece también los conceptos de hecho jurídico en sentido estricto y acto jurídico, como especies del hecho jurídico en sentido amplio, pero los significados de estas*

*especies difieren de los asignados por la doctrina francesa a las mismas fórmulas. La aportación principal de la teoría alemana se encuentra en que concibe y aporta una categoría específica de desempeño de la voluntad en la realización del acontecimiento y en la creación de los efectos jurídicos deseados por su autor. Se trata del negocio jurídico...”<sup>121</sup>*

De manera esquemática debe decirse que la principal diferencia entre ambas doctrinas se encuentra en la meticulosidad en la clasificación de los hechos jurídicos; mientras la doctrina francesa es panorámica en su clasificación, la doctrina alemana llega al grado de ser, además de clasificativa, *subclasificativa*.

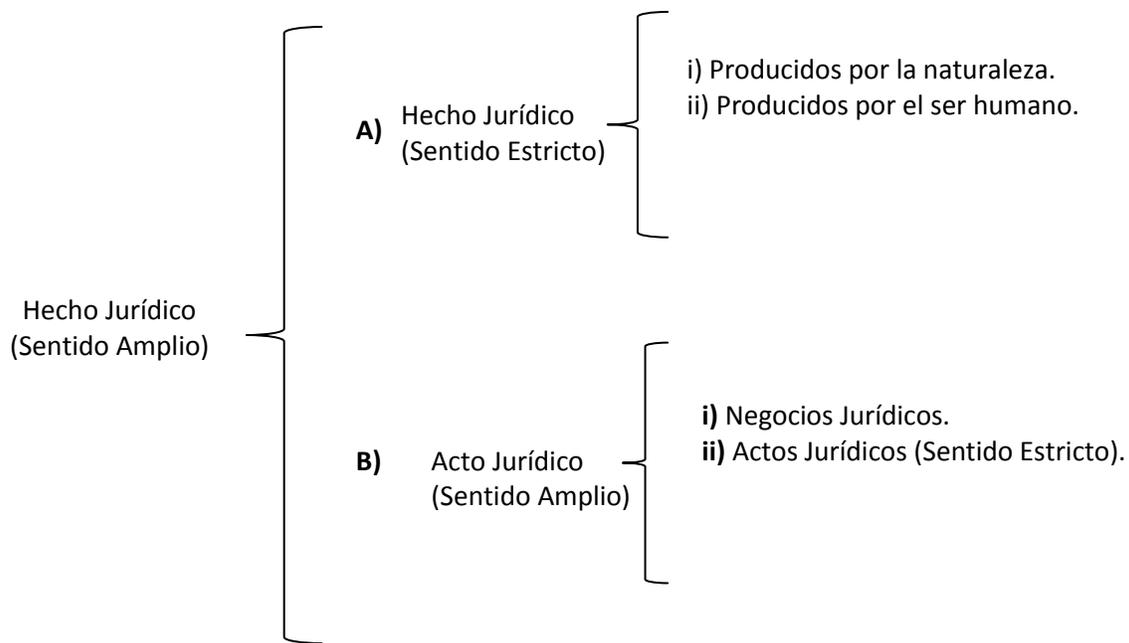
En tanto la doctrina francesa hace la siguiente clasificación:



Mientras que la doctrina alemana detalla de la manera siguiente:

---

<sup>121</sup> **DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo.** “Derecho Civil, Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez”. Ed. Porrúa. México, 2006, pp. 503, 514.



El **hecho jurídico en sentido amplio**, simplemente refiere a todo acontecimiento que por su sola materialización crea consecuencias de derecho sin importar el sujeto o la forma en que se haya realizado. Como es visto, este hecho jurídico tiene dos divisiones: El *hecho jurídico en sentido estricto*, y el *acto jurídico en sentido amplio*.

Debe entenderse por **hecho jurídico en sentido estricto** a todo acontecimiento natural o generado por el ser humano que cree consecuencias de derecho, y con la peculiaridad de que cuando es creada por el ser humano, éste realiza el acontecimiento sin intenciones directas de crear consecuencias legales.<sup>122</sup>

Respecto a la voluntariedad del hecho jurídico en sentido estricto, Julián Bonnecase explica que éste es originado por acciones “**más o menos voluntarias**” y que al encontrarse fundadas en una norma jurídica, generan consecuencias de derecho, aun cuando el sujeto de ese acontecimiento no haya deseado crear tales consecuencias.<sup>123</sup>

De esa manera se tiene entonces que los hechos jurídicos en estricto sentido, pueden originarse ya sea por la naturaleza o por el ser humano, ya que en tal

<sup>122</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* p. 501.

<sup>123</sup> BONNECASE, Julián. Citado en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* p. 501.

clasificación, la voluntad de creación de consecuencias de derecho no es un elemento constitutivo. Eso puede explicar la expresión de Bonnacase al decir que son actos *más o menos voluntarios* (sic) cuando refiere al ser humano, pues, por citar algunos ejemplos, la muerte es un hecho jurídico estrictamente, en razón de que no siempre la persona decide morir con la finalidad de crear consecuencias de derecho tales como la sucesión del finado; del mismo modo otro ejemplo de hecho jurídico estrictamente, es el nacimiento, pues el alumbramiento no se crea con la voluntad directa de crear consecuencias de derecho en el nacido, sino únicamente en procurar su vida después de su gestación.

En cuanto a los hechos jurídicos generados únicamente por la naturaleza, se puede ejemplificar con acontecimientos tales como el transcurso del tiempo, pues el paso de los días crea consecuencias de derecho tales como la prescripción de una acción, la caducidad de una instancia, la *usucapión*, etcétera.

En contraposición, el **acto jurídico en sentido amplio** se refiere a todos aquellos sucesos que con toda intención humana manifiesta, crea acontecimientos de derecho. Borja Soriano lo explica de la siguiente manera:

*“Es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transferir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad”<sup>124</sup>.*

Por lo tanto, la voluntad humana es un elemento indispensable para la existencia del acto jurídico en su sentido extenso, por lo que ésta deberá manifestarse indudablemente y con la clara pretensión de crear consecuencias de derecho. Como ejemplo a ello están los contratos, en los cuales las partes tienen plena intención de crear consecuencias jurídicas (como transferir la propiedad de un bien, arrendarle, prestar un servicio, etcétera), e incluso las instituciones jurídicas como la adopción, la cual modifica la esfera de derechos entre adoptante y adoptado creando así un vínculo familiar a través de la filiación.

---

<sup>124</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Citado en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* p. 503.

La doctrina alemana subdivide al acto jurídico en estricto sentido, en *negocio jurídico* y *acto jurídico en sentido estricto*, cuya diferencia esencial se encuentra en la flexibilidad de los derechos que se manejan en cada uno de ellos.

Dentro de la teoría del hecho jurídico, el **negocio jurídico** es el acontecimiento jurídico que mayor libertad otorga a sus actores, pues en esa figura, los sujetos pueden pactar con todas las disposiciones que las partes deseen sin traspasar los límites prescritos en el derecho; por tanto, los contratos son el mejor ejemplo para ilustrar al negocio jurídico, pues en ellos las partes pueden pactar todas las cláusulas que ambos tengan a bien, mientras no violenten alguna norma jurídica; por ejemplo, dos individuos pueden acordar el arrendamiento de un inmueble, ambos podrán pactar **libremente** cualquier cantidad monetaria como pago mensual del uso y goce del bien, así como la temporalidad, las condiciones, la forma del pago, la opción a compra, etcétera; sin embargo, el arrendador no podrá pactar con su arrendatario que la falta de pago de la obligación tenga por pena convencional la libertad del moroso, pues ello violaría el octavo párrafo del artículo 17 constitucional.<sup>125</sup>

Puede entonces decirse que el negocio jurídico es el acontecimiento voluntario del ser humano que tiene por finalidad la creación de consecuencias de derecho con las condiciones y términos que sus autores libremente determinen dentro de los límites de las normas jurídicas competentes.

El negocio jurídico es por tanto la manifestación suprema de la autonomía del individuo convirtiéndose en una obligación para los pactantes (derecho subjetivo), lo cual nos remite al principio jurídico de que el contrato es la *ley entre las partes*.

Finalmente el **acto jurídico en sentido estricto**, es el acontecimiento voluntario del ser humano que tiene por finalidad la creación de consecuencias de derecho apeándose estrictamente a las condiciones y términos preestablecidas en una norma jurídica; como ejemplo a ello puede mencionarse al matrimonio, el cual es un acto jurídico cuyos derechos y obligaciones **jurídicas** no pueden pactarse

---

<sup>125</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.* p. 506.

libremente sino que los cónyuges se apegan a las normas correspondientes, por lo que éstos no podrán pactar entre sí la renuncia a la cohabitación o acordar que el otorgamiento de alimentos sea unilateral<sup>126</sup>. De la misma manera, en el caso de la adopción, el adoptante no podrá *pactar* eximirse de sus obligaciones alimentarias a favor del adoptado y los demás deberes que la filiación tiene como efecto.<sup>127</sup>

#### **4.4.3.1. ¿Por qué la Gestación Subrogada no puede ser un hecho jurídico estricto si implica un nacimiento?**

Se debe ser claro al diferenciar *gestación subrogada* de *nacimiento*, pues ambos son conceptos y momentos que, aunque se encuentran muy ligados, son totalmente diferentes. El nacimiento de cualquier persona es un hecho jurídico estricto en razón de que es un acontecimiento que sucede sin pretensiones jurídicas, simplemente es un suceso natural que trae como consecuencias la *creación* de una persona que estará investida de derechos; sin embargo por otra parte, la gestación subrogada es un acto **previo al nacimiento**, pues en esta etapa, las partes solicitantes manifiestan su voluntad de dar en gestación a un embrión a una tercera persona para que **al momento del nacimiento**, el menor sea entregado a los solicitantes; es decir, que la gestación subrogada es el **acto jurídico** por el cual se pretende mediante la creación de derechos y obligaciones, se geste un embrión **hasta su nacimiento**, siendo éste último, entonces sí, un hecho jurídico. En síntesis, se trata de un acto jurídico cuya elaboración y desarrollo pretenden que suceda un hecho jurídico: El nacimiento.

Aquí existe también una modificación a lo que antaño podría considerarse como una constante: El nacimiento derivado del acto sexual, visto como un hecho jurídico derivado de otro hecho jurídico; es decir que, otrora podría haberse visto al nacimiento **siempre** como una consecuencia del acto sexual; ahora con las técnicas de reproducción humana asistida, esta *constante* dejará de serlo, pues el nacimiento podrá también ser un hecho jurídico derivado de un acto jurídico.

---

<sup>126</sup> No deben confundirse las *obligaciones matrimoniales* con las *capitulaciones matrimoniales*, pues éstas últimas no pactan sobre la institución jurídica del matrimonio sino que son un pacto **accesorio** de este y que trata sobre los bienes de los cónyuges, no sobre las obligaciones matrimoniales primordiales.

<sup>127</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.* p. 506.

#### **4.4.3.2 Gestación Subrogada: ¿Negocio Jurídico o Acto Jurídico en sentido estricto?**

Si la gestación subrogada se realizara como un negocio jurídico, las partes podrían pactar libremente todas y cada una de las cláusulas que tengan a bien en el contrato, mientras que, si se realizara como un acto jurídico estrictamente, no habría cláusulas *negociables* entre las partes sino que éstas se someterían directamente a la legislación que le regulara así como a las demás normas jurídicas relativas.

Para saber si la gestación subrogada puede o no ser materia de libre pacto, deben atenderse los derechos implicados en el acto.

Muchas opiniones arguyen que la gestación subrogada puede ser un contrato bajo el principio de que las partes disponen libremente de sus gametos, así como que la gestante dispone libremente de su cuerpo para nutrir el desarrollo del embrión e incluso solicitar un pago a cambio de ese *servicio*; sin embargo, y como ya se ha dicho varias veces, hay una figura jurídica que tiene un peso mayor al de la disposición de los órganos corporales y sus células reproductivas, es la figura de la filiación.

Es cierto que existe la disposición de las partes con sus gametos y órganos, mas esa disposición deberá siempre sujetarse a limitaciones jurídicas; así por otra parte también es cierto que el objetivo principal de la gestación subrogada se encuentra en la filiación; es decir, es esa la figura jurídica principal sobre la cual han de recaer los efectos jurídicos. Entonces debe hacerse una ponderación de derechos ¿Debe tener un mayor valor el deseo a la procreación que los derechos de filiación del menor al nacer?

En efecto se hablan de personas con características muy diferentes entre sí; mientras por una parte los solicitantes se encuentran en una posición de deseo casi caprichosa por procrear, por otra parte se encuentra el interés superior del menor una vez nacido, y que previamente al alumbramiento se habrá procurado con la fuerte finalidad de éste que nazca; ese recién nacido tendrá necesidades

insoslayables de alimentación y cuidado, por lo que someterlo al libre arbitrio de un contrato privado resultaría irresponsable.

Pero para no elucubrar tanto en el tema, basta con preguntarnos lo siguiente: ¿Los derechos sobre la filiación pueden ser negociables o renunciables mediante contrato privado? Los derechos derivados de la filiación no pueden negociarse, pues al igual que en la ejemplificación que se hizo párrafos arriba, uno no puede pretender ostentarse como progenitor de un menor con la salvedad de renunciar a sus obligaciones alimentarias o cualquier otra derivada; de la misma manera en la gestación subrogada, las partes no deben contratar con la finalidad de tener la patria potestad del menor mas con abstenciones en sus obligaciones familiares.

La forma adecuada de la gestación subrogada –en caso de regularse y permitirse-, deberá tener cierto parecido esencial al de la de la adopción. En la adopción también se pretende fungir como progenitor de un menor, mas el acto a través del cual ello se logra no es, ni puede ser, un contrato privado, ni tampoco un contrato público, pues como se ha dicho en temas anteriores, la fe pública no otorgaría legalidad al acto, sino únicamente la certeza de un acontecimiento.

Debe en tanto pensarse en los derechos del menor como bienes jurídicos superiores a los deseos de procreación, por lo que para dar, no sólo seguridad jurídica sino protección a los derechos del infante, debe someterse a la vigilancia de un juez de lo familiar, tal y como se ha argumentado en el caso del proyecto de ley para el Distrito Federal.

En síntesis, los derechos derivados de la filiación, así como el interés superior del menor, no pueden ser bienes jurídicos **negociables**, por tanto y como la palabra ilustra, no puede la gestación subrogada ser un **negocio jurídico**, sino que, como en el caso de la adopción, debe realizarse como un **acto jurídico en su sentido estricto** en atención a la importancia de los derechos del menor.

Nuevamente, como se dijo en el análisis del proyecto de ley para el Distrito Federal, la realización del acto jurídico ante una autoridad judicial no sería solamente un asunto de formalidad legal, sino de responsabilidad para velar los

derechos del menor –incluso desde antes de que éste nazca- y que incluso, podría prever y evitar en gran medida los futuros litigios existentes derivados del mal manejo de un contrato. Sería además indeseable que un menor justo en sus primeros días de vida, se encuentre en medio de un litigio en donde habrá de decidirse quién o quiénes serán los encargados de su patria potestad.

Por último, siendo que la gestación subrogada, si se permitiera en ley, debe tratarse como un acto jurídico estricto, este acto, por su forma y formalidad judicial, debe tener el carácter de una **institución jurídica**.

El jurista mexicano Rafael De Pina define a la institución jurídica como el

*“Conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo, por consiguiente, un ensayo más o menos definido de tipificación de las relaciones civiles”.*<sup>128</sup>

Es decir; la institución jurídica es un conjunto de preceptos que conforman una sola figura de derecho en un marco legal. Es un ente abstracto conformado por un conjunto de normas jurídicas de la misma naturaleza que rige un todo orgánico y que tienen un fin determinado.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> DE PINA, Rafael. “Diccionario de Derecho”. Ed. Porrúa. México, 1977 p. 246.

<sup>129</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. *Op. Cit.* p. 489.

## CAPÍTULO V

### Propuestas regulatorias:

#### **El Acto Jurídico de Gestación Subrogada a través de la Jurisdicción Voluntaria.**

##### **5.1. Propuesta para una Legislación Permisiva en lo General.**

La trascendencia de la gestación subrogada más allá de toda moda o atracción que pueda significar, debe legislarse de manera positiva y clara, pero sobre todo diligentemente, pues la figura jurídica implica derechos de suma trascendencia, que son los derechos de filiación.

Debe dejarse en segundo término –o en ulteriores- a la libertad reproductiva para convertirse en padre o madre y pensar en que los derechos de la futura persona deberán tener prioridad frente a cualquier otro derecho. A continuación se exponen principios y coordenadas para crear una legislación permisiva en materia de gestación subrogada, mismos que deberán asentarse en una Ley de Maternidad Subrogada, o bien en caso de que se cree un Código en Materia Bioética deberá propiciársele una sección exclusiva a esta temática.

A continuación se muestra en sentido amplio una síntesis lacónica de la propuesta que se ha dado a lo largo de este trabajo investigativo.

##### **I) Principales retos de una legislación permisiva.**

No es un asunto minúsculo atender los derechos de la filiación como para dejarse éstos a manos de cualquier acto jurídico de carácter particular; el derecho familiar, adminiculado de una serie de tratados internacionales signados por el Estado mexicano, surge como herramienta de protección al **interés superior de los menores**.

Por interés superior del menor debe entenderse el concepto elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se fundamenta y reproduce en la siguiente tesis jurisprudencial:

**Época: Décima Época**  
**Registro: 159897**  
**Instancia: PRIMERA SALA**  
**TipoTesis: Jurisprudencia**  
**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**  
**Localización: Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1**  
**Materia(s): Constitucional,Civil**  
**Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.)**  
**Pag. 334**

[J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 334

#### **INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.**

En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: **"la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".**

Siendo así, toda norma jurídica elaborada por el Estado mexicano así como toda resolución emitida por una autoridad de este país, si involucra los derechos de un menor, éstos deberán tener una ponderación mayor frente a los de cualquier persona mayor de edad. En el caso de la gestación subrogada, como ya varias veces se ha dicho, la discusión se ha enfocado principalmente a un simple derecho caprichoso a la procreación, de un *derecho a ser padre o madre*; sin embargo parece que ese deseo es tan ferviente que se busca únicamente una

legislación permisiva, como si fuese obligación del Estado de que cada individuo procreara en el momento y forma que le venga en gana; mas son escasas las discusiones en torno a los derechos de aquél que nazca a través de tal subrogación ¿En caso de un litigio derivado de una gestación subrogada permitida por el Estado mexicano, qué mecanismos legales garantizarán el interés superior del menor?

Existen amplios riesgos de que un acto de gestación subrogada mal regulado caiga en pugna ante los juzgados familiares, e incluso llevarse un proceso a múltiples instancias por la inconformidad de las partes; por tanto no es lo ideal que un recién nacido apenas a unos momentos del alumbramiento se encuentre en medio de un litigio cuando lo óptimo es que se encuentre bajo el cuidado de quienes ejerzan la patria potestad sobre éste. Para ello, a nivel personal se propone, que la legislación sobre gestación subrogada en su plano permisivo, se encuentre elaborada de manera tal que quede *blindada* de toda interpretación errónea o laguna legal, a modo que evite a toda costa la mayoría de los litigios que pudieran derivarse del acto.

¿Pero qué litigios podrían desencadenarse de la gestación subrogada y que afecte al interés superior del recién nacido? Por citar algunos ejemplos que podrían llegar a suceder, se mencionan de manera enunciativa mas no limitativa, los siguientes supuestos:

**1. Embarazo múltiple no deseado:** Se pacta un embarazo en que los solicitantes deseen únicamente un solo hijo y hay embarazos múltiples (ya sean mellizos, trillizos, etcétera) derivados de la inseminación artificial ¿Qué sucedería si la parte solicitante únicamente desea a uno de los *nasciturus*? En ese supuesto la legislación podría obligar a los solicitantes a hacerse cargo del producto de la inseminación sea cual sea el número del producto; sin embargo es posible que la parte solicitante no se encuentre preparada para la manutención de más de un hijo, en tanto, ¿será prudente obligarles a hacerse cargo de todos los *nasciturus*? En un principio un embarazo natural no considera esos aspectos y los padres deben cumplir con sus obligaciones; sin

embargo en las técnicas artificiales de reproducción humana, tampoco se encontraría una solución *muy ética* en el aborto de los productos o a atenerse simplemente a responsabilizarse de los productos contra la voluntad de los solicitantes. Considero al respecto que deberá ser tarea del médico tratante el evitar que sucedan embarazos múltiples al momento de la inseminación. En el caso de la inseminación artificial es muy común que sucedan los embarazos múltiples, sin embargo es más *controlable* mediante una fecundación in vitro (aunque ésta es más costosa que la primera), por lo que tal vez ésta última sea la opción más segura para evitar un embarazo múltiple no deseado.

**2. La parte solicitante desea desistirse del acto de Gestación Subrogada:**

Si por cualquier causa los solicitantes deciden desistirse del acto jurídico, por ejemplo, si éstos fueran un matrimonio que ha decidido divorciarse, puede suceder que la gestante subrogada no desee hacerse cargo del producto que aún está formándose en su útero pero que tampoco desee abortar. En tal supuesto la ley debería prohibir a los solicitantes que se desistan del acto solicitándole a la gestante que interrumpa el embarazo y debería procederse con los mismos efectos que como si éste se desarrollara en el cuerpo de la solicitante, pues desde un inicio el acto jurídico da constancia de que los solicitantes serán las personas sobre las cuales recaerán los derechos de filiación para con el *nasciturus*. Por tanto, los solicitantes deberán hacerse cargo del menor si la gestante no desea hacerlo, tal y como si el embarazo no hubiese sucedido de manera artificial.

**3. La gestante subrogada incumple su obligación de entregar al menor a la**

**parte solicitante:** En este supuesto existen herramientas jurídicas suficientes para ordenar la *entrega* a la parte solicitante cuando la gestante no aportó su ADN al producto, sin embargo, ¿qué tipo de argumentos jurídicos podrían emplearse en caso de que la gestante sí tenga vínculos de filiación con el producto? Se entra entonces en una carga moral muy complicada.

Puede suceder de manera muy natural que la gestante subrogada no desee finalmente entregar al producto pese a haber manifestado previamente su

voluntad de hacerlo. No se puede ser tan lineal en un pensamiento de un *deber ser* al respecto, pues como se ha dicho, no se está tratando de asuntos patrimoniales, sino que la *materia prima* de este acto son seres humanos.

La gestante en subrogación procuró durante un lapso aproximado de nueve meses al producto, lo cual genera indefectiblemente, vínculos emocionales con el *nasciturus*. No importa si la subrogación se haya dado con o sin aportación genética de la gestante, los efectos del embarazo siempre van a ser los mismos y la gestante puede desarrollar sentimientos de apego por el ser que gesta. Por lo tanto, se está, a consideración propia, ante el problema más grande que puede llegar a producir este acto jurídico.

Independientemente al desarrollo de las endorfinas producidas en el embarazo (hormona que da origen al estrecho vínculo emocional de la gestante hacia el producto), una opción puede ser la atención psicológica previa al embarazo; es decir, que antes de que se induzca el embarazo en la gestante subrogada, deberá valorarse la condición psicológica de esa mujer determinando qué tan propensa pudiera llegar a ser a vincularse de manera muy estrecha con el producto; ello no solamente para evitar un litigio en que la gestante no desee entregar al menor, sino que también con la finalidad de evitar un impacto emocional fuerte en la psique de la gestante.

En opinión propia, los diagnósticos psicológicos podrían ser una buena opción para evitar los conflictos en cuestión, sin embargo, queda aún así en consideración de un debate del gremio médico y psicológico en torno a saber qué tan efectivos pueden ser esos diagnósticos de tendencias al apego excesivo con el producto.

No obstante, en caso de que proceda el *arrebatarse* de manos de la gestante al menor en cuestión, ¿de qué manera deberá hacerse? Podría ser un acto de suma violencia en la que se encontraría implícito un recién nacido. Fríamente podríamos imaginar a manera de analogía, a la figura del embargo, en la cual se extrae de la posesión y propiedad de algún objeto de un deudor; algunas

veces esa práctica va acompañada de cierta violencia, la cual es indeseable pero necesaria para proceder con la diligencia y el pago reclamado, sin embargo, un acto de esa naturaleza me parece impensable cuando tenga implícito el arrebató de un recién nacido.

He aquí entonces, a mi parecer, el mayor reto de una legislación para la gestación subrogada, por lo que deberá permitirse con un criterio amplísimo y una estrategia brillante, o bien, en su caso prohibirse definitivamente.

**4. Rechazo multilateral del producto que nazca con malformaciones:** ¿De qué manera debería procederse judicialmente en caso de que el nacido o el feto sea rechazado por todas las partes por el hecho de tener malformaciones congénitas? En un embarazo natural corresponde a la gestante –quien es a su vez la madre- el derecho a decidir sobre llevar el embarazo a término, o bien, si practicarse lo que es llamado por la doctrina penal como *aborto terapéutico*; sin embargo, en el caso de que se detecte alguna malformación congénita en el feto, considero que la mujer que será madre del producto no tendrá el derecho a decidir sobre el aborto terapéutico, sino que será la gestante quien será titular de ese derecho, pues el aborto del producto afectaría totalmente a la salud de la gestante poniendo incluso su vida en riesgo.

Considero en lo personal que ese derecho, originalmente de la madre y ahora propuesto para la gestante, debe ser un sacrificio indispensable en la gestación subrogada ante un embarazo natural en el útero de quien será la madre del producto. No se puede ni se debe obligar a alguien a poner en riesgo su vida en contra de la voluntad.

En conclusión debe hacerse notar una separación de derechos entre la gestación subrogada y el embarazo donde la madre es también gestante; mientras en ésta última el derecho a decidir sobre la interrupción legal del embarazo corresponde a la madre, en la gestación subrogada ese derecho es únicamente perteneciente a la gestante, pues es el cuerpo de esa mujer la que recibirá el enorme riesgo del procedimiento. Es una ponderación jurídica

derivada de una fórmula sencilla: Se contraponen la **libertad y deseo** de procreación que tienen los solicitantes, frente al **derecho fundamental** a la vida que tiene en este caso la gestante. La respuesta es clara.

En tanto, considero que en caso de que la gestante no desee practicarse un aborto terapéutico, los solicitantes deberán hacerse cargo del menor, por lo que esta situación, al igual que otras que pudieran determinarse complicadas de aceptar para los solicitantes, deberían hacerseles saber por los médicos previo al inicio del procedimiento de gestación subrogada.

**5. Riesgo grave en el parto:** En el supuesto de que llegado el momento del parto exista un peligro grave en que se deba decidir sobre salvarse la vida de la alumbradora o el del recién nacido, ¿cómo debería procederse? En el caso de un embarazo en que la alumbradora es la madre, muchas veces suele pedir la mujer a su pareja o a sus familiares, que en caso de suceder un riesgo de esa naturaleza, sea la vida del nacido la que se salve y no la de la madre. Algunas veces se puede decidir de manera contraria; sin embargo ello no crea mayor conflicto en razón de que se habla de una madre decidiendo sobre su propia vida y la de su propio hijo, mas en el caso de la gestación subrogada, se habla de una mujer que no necesariamente es la madre del que está por nacer; existiría evidentemente el riesgo de que la mujer no quiera sacrificar su vida para dar a luz a un menor que probablemente no sea de su propia sangre y deba ser entregado a otras personas.

Entramos entonces en terreno de la bioética. Puede que la gestante prefiera salvar su vida y los solicitantes prefieran ante todo salvar la vida de su hijo, lo cual es totalmente comprensible y no puede haber ponderación alguna para saber qué vida debería ser salvada.

La gestación subrogada tiene un enorme número de riesgos, y a mi consideración este es uno de los más contrastantes. En mi opinión, ya entrados en el terreno de la bioética, me parece que al respecto tal vez podría legislarse algo parecido a la *voluntad anticipada*, de manera que manifieste la candidata a

gestante subrogada que, en caso de que existiera un problema de esa índole, ella sacrificaría su vida por el nacimiento del menor.

Así como en el punto anterior el médico les hacía saber a los solicitantes los múltiples riesgos del acto jurídico –y del procedimiento médico-, de la misma manera debería hacerse saber a la aspirante a gestante subrogada sobre los peligros que representa sobre su persona, entre ellos el expuesto en este punto, por lo que debiera preguntársele a la aspirante, si estaría o no de acuerdo a dar preferencia a que se salve la vida del producto en caso de que los médicos determinen que sólo se podrá salvar una vida. Una vez que la parte solicitante sepa sobre la respuesta, se considerará si seguir o no con el procedimiento.

**6. Pérdida del producto:** Se trata del supuesto en que la gestante en subrogación aborte al producto, sea de manera involuntaria, por voluntad unilateral (es decir, de la gestante), o por voluntad multilateral, (es decir, con la contemplación de los solicitantes).

En caso de que se produzca aborto de manera **involuntaria**, ya sea por algún accidente o algún problema de salud espontáneo en el cuerpo de la gestante, considero que los solicitantes no deberán tener derecho a pedir el pago de daños y perjuicios, pues la gestante no tuvo el deseo de que el aborto sucediera y además, sería abusivo solicitarle dicho pago después de un hecho que ha vulnerado la integridad de la gestante cuando incluso su vida estuvo en riesgo. Sin embargo, si logra determinarse que el aborto fue involuntario pero derivado de la falta del cuidado necesario que debió tener la gestante durante el embarazo, considero que sí podría solicitarse indemnización precisamente por el incumplimiento de una de las obligaciones principales del acto jurídico, que es el desarrollar el embarazo con total cuidado y responsabilidad.

Pueden considerarse como causas involuntarias carentes de cuidado en el embarazo: La ingesta de medicamentos que afecten negativamente a la

gestación, la realización de actividades físicas riesgosas, no atender oportunamente ante el médico tratante malestares graves, etcétera.

Ahora bien, si se interrumpe el embarazo por **voluntad unilateral**, es decir, por la simple decisión de la gestante, debe considerarse lo siguiente:

El derecho a interrumpir el embarazo corresponderá exclusivamente a la gestante, pues sobre su cuerpo recaerán todos los daños originados por esa práctica; sin embargo, considero que debe existir un requisito previo, y es que esa decisión sea originada por una causa justificada por el médico tratante, por ejemplo, que la gestante desarrolle problemas de salud que a consideración del médico compliquen el sano desarrollo del embarazo. Así pues, únicamente de esa manera, la gestante podrá interrumpir el embarazo aunque los solicitantes no estuviesen de acuerdo.

Dicho de otra forma, la gestante en sustitución tiene los mismos derechos para decidir la interrupción legal del embarazo como si ésta fuese la madre del producto, pero en el supuesto de que la gestación subrogada se lleve a cabo en el Distrito Federal, la gestante no podrá tener derecho a interrumpir el embarazo injustificadamente (es decir, antes de las doce semanas de embarazo) como se desprende del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, pues sería totalmente contradictorio a su voluntad expresa en el acto jurídico en el que aceptó gestar de manera subrogada.

Entonces, si se demostrara que la gestante interrumpiera el embarazo de manera voluntaria e injustificada, podría incursionar en un delito por aborto; sin embargo cabe recalcar un cuestionamiento más: ¿Qué sucedería si se pacta la gestación subrogada en el Distrito Federal y posteriormente, la gestante decide de manera unilateral interrumpir su embarazo antes de las doce semanas de gestación? No incursionaría en delito alguno, pero estaría faltando a una obligación ¿Debería procederse por la vía civil o debería también modificarse la legislación penal para sancionar el hecho?

Finalmente, si se decide la interrupción del embarazo de manera **multilateral**, debe pensarse en los siguientes supuestos:

**a) Por acuerdo de la gestante y los solicitantes:** Evidentemente no habría problema si todas las partes acordaran la interrupción del embarazo mientras no contravenga a la legislación penal competente; por ejemplo, si en el Distrito Federal se acordara la interrupción del embarazo subrogado **después de las doce semanas de gestación**, y de manera injustificada en el artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal<sup>130</sup>, se configuraría el delito de aborto, pero no se sancionaría únicamente a la gestante sino también a los solicitantes.<sup>131</sup>

**b) Por acuerdo de la gestante y uno solo de los solicitantes:** Es interesante pensar en este supuesto, y además muy complicado de resolver ¿Debería sancionarse al solicitante (mujer o varón) que pacte la interrupción del

---

<sup>130</sup> **Artículo 148.** *Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:*

*I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;*

*II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;*

*III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o*

*IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.*

*En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.*

<sup>131</sup> Con fundamento en el siguiente artículo del Código Penal para el Distrito Federal:

**Artículo 145.** *Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro le haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.*

*Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.*

embarazo sin consentimiento de su pareja quien también es parte del acto jurídico?

A mi parecer se está hablando de una falta que es más de atención del matrimonio o del concubinato, por tanto no considero que sea tan grave como para ser penada, pues en caso de que la interrupción no caiga en el delito de aborto, no se obligó a la gestante a poner en riesgo su vida, pero sí se dejó fuera la decisión de una de las partes integrantes del acto jurídico, por tanto, considero que son cuestiones más internas a la relación de los solicitantes, para lo que las legislaciones civiles –y familiares- de nuestro país, suelen tener como consecuencia una causal de divorcio, cosa que el entidades como el Estado de México o el Distrito Federal resultaría superfluo, pues en ellas el divorcio puede tramitarse de manera incausada.

**7. Falta de pago de los gastos del embarazo:** Se ha propuesto que los solicitantes acuerden con la gestante pagar todos los gastos derivados del embarazo, ya sean gastos médicos, alimenticios, etcétera, pudiendo así pactar prestaciones ya sea en dinero o en especie. Ahora bien, si esas prestaciones no se dieran a la gestante, considero que lo correcto debe ser que el juez de lo familiar deberá ordenar a los solicitantes el pago de las prestaciones. Del mismo modo considero prudente asegurar las prestaciones mediante el pago de una garantía al momento en que el acto jurídico surta efectos.

Considerando que el objetivo de la gestación subrogada no va encaminado a bienes sino a personas, la gestante no podrá reclamar quedarse con el neonato argumentando la falta de pago de las prestaciones en comento, ¿pero podrá pedir la *rescisión* del acto e interrumpir el embarazo? A mi parecer la gestante debería seguir con el embarazo si éste se encuentra en una etapa ya avanzada –podría ser después de la treceava semana- y asegurar judicialmente el pago de las obligaciones, cosa que podría aminorarse con la propuesta de la garantía ya mencionada.

**8. Muerte de los solicitantes.** Si alguno o ambos solicitantes fallecieran durante el procedimiento de gestación subrogada, deberá seguirse con el embarazo, pero ¿quién o quiénes se harán cargo del neonato? Al respecto debe pensarse en las dos modalidades de la gestación subrogada.

Dado el caso de que en la subrogación los gametos hayan sido aportados por la pareja solicitante, la patria potestad deberá seguir la regla establecida en el artículo 414 del Código Civil Federal, que a su letra dice:

***Artículo 414.** La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.*

*A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.*

En el supuesto de que no exista posibilidad de que los ascendientes a que refiere el artículo anterior (abuelos), ejerzan la patria potestad -ya sea por excusa o muerte- deberá recurrirse a las reglas de la tutela.

En síntesis, en caso de que los solicitantes murieran durante el lapso del embarazo, la responsabilidad sobre el neonato corresponderá, en primera instancia, a los ascendientes directos de alguno los padres solicitantes (es decir, los abuelos); sin embargo, a falta de éstos, podrá recurrirse a la tutela del neonato. El tutor será la persona que ejercerá la patria potestad sobre el menor; éste puede asignarse por tres vías, por vía testamentaria, por vía legítima, o por vía dativa.

Será tutor testamentario aquél que sea designado en el testamento del padre o la madre; en este caso, como el supuesto es que ambos mueren, si la persona que deciden sea tutor de su descendiente es diferente en ambos testamentos, la

tutela recaerá sobre la persona asignada en el testamento del que muera al último. Por supuesto que lo anterior no entrará en controversia si ambos progenitores designaran a la misma persona en sus respectivos testamentos.<sup>132</sup>

Ahora bien, en el caso en comento será tutor legítimo aquél que sea designado a falta de tutor testamentario; esta tutela corresponderá a alguno de los hermanos de los progenitores, o a falta de ellos, a cualquier pariente colateral con limitación hasta el cuarto grado.

Y finalmente en el remoto caso de que no pudiese asignarse tutor por ninguna de las vías anteriores, habrá lugar al tutor dativo, el cual es asignado por el juez de lo familiar conforme al orden establecido por el Consejo Local de Tutelas. No obstante, considerando la relación tan estrecha que la gestante tendría con el neonato, estimo que debería tomarse en cuenta a ésta antes que al tutor dativo, cosa que por supuesto deberá establecerse en la legislación de gestación subrogada e incluso podría mencionarse en el Código Civil de la entidad a que haya lugar.

Así ha quedado propuesta la solución en caso de la muerte de los solicitantes en el caso de que éstos hubiesen aportado sus gametos para la subrogación, sin embargo, ¿qué pasaría cuando la subrogación sea **con** aportación genética de la gestante? Podría seguirse la misma vía lógica jurídica de la tutela que se ha descrito anteriormente, no obstante, existe el importantísimo factor de que la gestante es además madre del producto.

Siendo que la pareja solicitante ha fallecido, termina el vínculo jurídico que la gestante tenía respecto a la subrogación, no obstante a que el *nasciturus* pueda darse en tutela a los familiares del padre finado, pero sucede que la gestante al ser madre biológica, tiene argumentos fuertes para desear quedarse con el neonato, pues no sólo lo gestó sino que además es biológicamente su hijo más allá de cualquier acto jurídico signado. En esa lógica, estimo que antes de darse en tutela a la familia del solicitante varón (quien fue el que aportó su

---

<sup>132</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe, y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. *Op. cit.* p. 344.

espermatozoide), debe tomarse en consideración a la gestante, es decir, darle preferencia a que ella asuma la patria potestad sobre el menor como si el acto de gestación subrogada no hubiese existido.

¿Pero por qué excluir a los familiares de la mujer solicitante que ha fallecido? Me parece que en los hechos sería muy difícil que la familia de esa mujer aceptara acoger a un menor que no comparte ningún vínculo biológico con la fallecida, y menos aún cuando cabe la posibilidad de que los verdaderos familiares del *nasciturus* se hagan cargo de él.

**9. Afectaciones graves a la salud del *nasciturus* causados por negligencia de la gestante.** Este es el caso que a juicio propio me parece más difícil de resolver; se trata de un embarazo que por negligencia de la gestante cree afectaciones graves a la salud del embrión o feto, creándole así enfermedades que le afecten de por vida.

La diferencia con el supuesto del punto anterior es que en este caso el problema de salud habrá sido ocasionado por la gestante, ya sea por consumir drogas, o algún medicamento contraindicado en el embarazo, etcétera. También puede parecerse al supuesto en que, por negligencia de la gestante, el producto sea abortado, sólo que en este caso no hay tal aborto y no acabaría todo con coaccionar a la gestante, pues el producto nacería vivo aunque con afectaciones graves a su salud ¿Cómo debería actuarse entonces?

Los solicitantes pidieron en el acto jurídico que la gestante fuese diligente en el embarazo, el embrión gozaba de excelente salud, pero por acto de la gestante, éste terminó severamente dañado. Si los padres no desearan criar a un hijo con tales problemas de salud tampoco podrían obligar a la gestante a que aborte, pues la vida de ésta correría peligro.

Considero que sería un asunto muy complicado, y que en el caso de que la gestante no deseara abortar, deberá llevarse el embarazo a término. Aunado a lo anterior, considero que la gestante debería pagar una indemnización a los

solicitantes y, al mismo tiempo, de legislarse permisivamente a la gestación subrogada, este caso debería tipificarse como un delito grave.

## **II) Principios rectores de la Gestación Subrogada.**

En suma a todos los supuestos mencionados anteriormente, se pueden desprender diversos principios básicos para resolver en caso de que surgiera una litis. En esta propuesta personal, la gestación subrogada debería regirse bajo un importante principio: Los embriones o fetos que se encuentren desarrollando dentro del cuerpo de la gestante subrogada, surtirán las mismas obligaciones que si éste se desarrollara en el cuerpo de la parte solicitante, a excepción de los derechos y obligaciones que afecten de manera directa y negativa sobre el cuerpo de la gestante subrogada (como sucede en la decisión de interrumpir legalmente el embarazo).

Se explica al principio propuesto de la siguiente manera:

**i)** Se partirá de una ficción jurídica de que el embrión encargado a gestación deberá suponerse como si se estuviera desarrollando dentro del cuerpo de la parte solicitante, de manera que las obligaciones que deban tomarse a favor del *nasciturus* recaerán directamente sobre quien o quienes hayan solicitado la subrogación.

**ii)** La gestante en subrogación únicamente tendrá una obligación independiente a la parte solicitante; y es la del debido y constante cuidado del *nasciturus*, por lo que ésta deberá acudir prioritariamente a las citas médicas y psicológicas que la solicitante se haya encargado de acordar para verificar el sano desarrollo del producto.

**iii)** La parte solicitante se encargará de cubrir la totalidad de los gastos que deban erogarse en virtud de las revisiones médicas y psicológicas que tengan por objeto verificar el sano desarrollo del producto. Del mismo modo, la solicitante deberá acordar con la gestante una pensión mensual destinada al

pago de alimentos del *nasciturus*. Dicha pensión podrá pactarse en dinero o en especie indistintamente.

**iv)** En caso de que, por cualquier motivo, se tenga contemplado practicar la interrupción legal del embarazo, el derecho a decidir sobre ello corresponderá exclusivamente a la gestante, pues deberá entenderse el peligro que corre la salud y la vida de dicha mujer en caso de decidir por esa práctica.

**v)** En caso de aborto espontáneo o involuntario, la parte solicitante no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios o ningún otro tipo de contraprestación.

**vi)** La gestante subrogada únicamente podrá decidir unilateralmente la interrupción legal del embarazo cuando exista una causa justificada e irrefutable. El médico o el psicólogo tratante dictaminarán la justificación de tales causas.

**vii)** La rescisión del contrato solamente procederá en caso de que la gestante en subrogación se encuentre de acuerdo al respecto y acepte ante juez de lo familiar ejercer la patria potestad sobre el *nasciturus*.

**viii)** Deberá realizarse de manera gratuita con base en el altruismo fundado en los principios de la donación de órganos de la Ley General de Salud, misma que, de proclamarse una ley permisiva de gestación subrogada, deberá reformarse de manera que pueda adecuarse a ésta, pues no puede decirse que se habla de una donación de embriones sino de una figura totalmente nueva y diferente.

### **III) Forma y formalidades para el acto jurídico de Gestación Subrogada.**

La cuestión técnica inicial para una propuesta de ley sobre gestación subrogada recae en la **forma** en que ésta deberá realizarse. Como se ha dicho en el capítulo anterior, la forma que corresponde a un acto jurídico que involucre a la filiación y a los derechos de ésta emanados, deberá competir a los órganos jurisdiccionales en materia familiar de cada entidad federativa y del Distrito Federal, y de modo

que para su solicitud no habrá controversia alguna, la vía judicial por la que la gestación subrogada debe tramitarse, debe ser por Jurisdicción Voluntaria.

No hay un concepto claro en la ley que esclarezca qué es la Jurisdicción Voluntaria; sin embargo el Código Federal de Procedimientos Civiles atribuye lo siguiente:

**Artículo 530.** *La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.*

En la doctrina jurídica, David Lazcano aporta que la Jurisdicción Voluntaria es el:

*“(...) conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida”.<sup>133</sup>*

Por tanto los efectos de la Jurisdicción Voluntaria son dar solemnidad a los actos jurídicos dictando ciertas resoluciones judiciales sin necesidad de existir un litigio al respecto.<sup>134</sup> De tal manera, y en virtud de que la filiación es un asunto de orden público e interés social que por tanto es innegociable, la gestación subrogada deberá solicitarse ante juez de lo familiar, quien se encargará de cerciorarse de lo siguiente:

1. Acreditar la personalidad de las partes que pretendan integrar la subrogación.

---

<sup>133</sup> LAZCANO, David. “Jurisdicción y proceso”, en “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”. Ed. Buenos Aires, Argentina, 1946 p. 379.

<sup>134</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. “Procedimientos Civiles Especiales”. Ed. Porrúa. México, 1994 p. 273.

2. Acreditar la capacidad jurídica de las partes que pretendan integrar la subrogación.
3. Considerar los diagnósticos médicos de los solicitantes en donde se acredite la imposibilidad reproductiva de éstos.
4. Considerar, desde el inicio hasta el final del procedimiento, los diagnósticos psicológicos que acrediten la salud y aptitud mental para llevar a bien un proceso de gestación subrogada con todas las implicaciones que conlleva.
5. Ordenar que, por medio de trabajadores sociales, sea vigilado el sano desarrollo del embarazo, así como el debido y constante cumplimiento de las revisiones médicas y psicológicas de las partes a lo largo de la gestación.
6. Al momento del alumbramiento, el juez de lo familiar deberá ordenar el registro de nacimiento del menor a nombre de los solicitantes y sin ninguna anotación marginal que dé constancia de que el neonato fue producto de gestación subrogada o de haber sido gestado por una mujer que finalmente no fungirá legalmente como la madre del menor.

## **5.2. Propuestas Permisivas en lo Particular.**

### **I) Sobre la Gestación Subrogada *sin* aportación genética de la gestante.**

En esta investigación se le ha atribuido el nombre de *gestación subrogada sin aportación genética de la gestante* al acto jurídico a través del cual una pareja heterosexual, a través de un método de reproducción asistida, logra la fecundación de sus respectivos gametos para ser insertados en la matriz de una mujer, a fin de que ésta lleve a término el embarazo y que al momento del nacimiento, entregue al menor a los solicitantes.

El mayor problema de este tipo de subrogación se encuentra en que la gestante puede encariñarse con el producto, cosa que es muy probable debido a la producción de hormonas durante el embarazo; sin embargo para evitar en lo mayor posible ese acontecimiento, se propone que previamente a la realización

jurisdiccional del acto jurídico, se efectúen pruebas psicológicas a la aspirante a gestante subrogada a fin de que se determine qué tan propensa puede ser a apearse al producto y el posible nivel de impacto traumático que sufriría al momento de separarse de la persona que gestó durante varios meses.

No obstante a que la filiación del *nasciturus* estará siempre a favor de los solicitantes, el acto jurídico deberá hacerse ante juez de lo familiar, en virtud de que la filiación es un asunto de interés público y una institución jurídica sobre la cual no puede existir pacto entre particulares, por lo tanto el juez de lo familiar se encargará de velar que el sano desarrollo del *nasciturus*.

Una forma adecuada de proteger la institución jurídica de la filiación, a mi parecer, es que la gestante no tenga aportación de gametos en la subrogación, lo cual evitaría complicar los posibles litigios derivados de la subrogación, pues ésta carecería de acción legal para el reclamo; sin embargo, ¿qué pasaría con gestación subrogada donde hay aportación genética de una mujer ajena a la pareja solicitante e incluso cuando ésta no es pareja del varón solicitante que pretende ser *padre soltero*? ¿Debería prohibirse tajantemente?

## **II) Sobre la Gestación Subrogada con aportación genética de la gestante.**

Se le ha denominado así al acto jurídico en que un varón, con o sin pareja, solicita que a través de un método de reproducción humana asistida, su esperma sea implantado en el óvulo de una mujer que no sea su pareja a fin de que ésta lleve a cabo el embarazo, y que al momento del parto, el menor sea entregado a quien solicitó la fertilización para que el o los solicitantes le registren como hijo propio.

En este supuesto el óvulo puede ser aportado por la misma gestante y se entraría en la dificultad planteada en el punto anterior: La gestante tendría acción legal para reclamar al menor.

Como se ha dicho, la gestante, independientemente a que sea o no madre del *nasciturus*, es muy propensa a desarrollar un fuerte apego por el producto, por lo cual cabe la posibilidad de que no desee entregarlo al momento del nacimiento y

con toda acción legal procedente, pues es la madre biológica del neonato ¿Entonces ello podrá resolverse con una simple legislación que obligue a la mujer a renunciar por anticipado a sus derechos como madre en virtud de una simple firma en un acto jurídico? Sería legal, pero ¿sería justo?

Por un lado existe la responsabilidad de las personas para cumplir con sus obligaciones, pero por el otro lado nos encontramos con la naturaleza humana, con la profundidad de los sentimientos que una mujer tiene hacia sus hijos y que para entenderla, se necesita sensibilidad y estudio, más que una simple lógica jurídica. Por tanto, una legislación que obligue anticipadamente a una mujer a renunciar a los derechos sobre su hijo aún no nacido, me parece una medida inquisitiva, que atiende más a una lógica que a una realidad como lo es el apego sentimental involuntario. Se miraría entonces más a proteger a los intereses (que a mi opinión son caprichosos) de una pareja que desea tener hijos, que a los intereses de una mujer que ha llevado absolutamente todo el mérito del embarazo. Podemos pensar en que los solicitantes habrán podido ser responsables en el pago de todas las atenciones al embarazo, pero esas responsabilidades, a mi parecer, no pueden ni siquiera equipararse a la enorme labor de la gestante.

En este caso es cuando más aberrante me parece que una mujer, a cambio de un pago entregue a su hijo por encargo. La mayoría de los menores expósitos – menores abandonados y con la posibilidad jurídica de ser adoptados- suelen preguntarse por qué sus madres no los quisieron y los dieron en adopción; esa es una pregunta difícil de escuchar, y aún más difícil debe ser para esos menores pensarla. Ahora bien, en el caso de que un menor se enterase de que es producto de una subrogación donde su madre biológica fue gestante subrogada a cambio de una suma de dinero, me parece que sería aún más lastimoso preguntarse, por qué su madre les ha **vendido**. Como he dicho, se necesita sensibilidad e inteligencia más que lógica jurídica ¿Y si nosotros mismos nos hacemos esa pregunta? ¿Si pensamos nosotros en que nuestra verdadera madre es una mujer que no conocemos y que nos vendió? Para la gestación subrogada mucho se ha pensado en el capricho reproductivo de hombres y mujeres, en el derecho a la

paternidad y a la maternidad, pero ¿qué hay del derecho de los menores que se supone que un abogado debe tener como primordial?

El artículo cuarto constitucional es del que más se habla para la gestación subrogada, del que más se pretende sustentar el tema, pero como se ha dicho, no es un derecho a la reproducción sino el reconocimiento de una libertad reproductiva, y que si tanto se desea sustentar en dicha garantía, no debe omitirse que en la literalidad de ese artículo, se establece que la paternidad y maternidad no sólo debe ser libre sino también **responsable** ¿Qué responsabilidad habría en un padre o en una madre que se ciegan a sus propios intereses sacrificando los de su hijo idealizado?

Propongo que si se ha de legislar permisivamente sobre una gestación subrogada en donde los solicitantes no puedan aportar un óvulo, ésta no se realice con el óvulo de la gestante en subrogación, es decir, que se evite la aportación genética de la gestante. La propuesta que se hace para que ello sea posible es la siguiente: Debería entonces fomentarse la creación de **Bancos de Óvulos** bajo los mismos principios de los Bancos de Espermatozoides; así el solicitante varón solicitará que por medio de una técnica de reproducción asistida, su espermatozoide fecunde uno de esos óvulos de procedencia **anónima**, a fin de que, entonces sí, sea insertado en la matriz de una mujer que sea de mutua elección. De esa manera se evitaría el reclamo litigioso de un menor que comparta sus genes con la gestante subrogada.

### **5.3 Consideraciones para una Legislación Prohibitiva.**

Es comprensible que la gestación subrogada pueda observarse como un suceso de trascendencia tan compleja y peligrosa que pretenda prohibirse, lo cual es totalmente respetable, pero también debe precisarse que por ello no se violan garantías, por lo que tal y como se estudió en el Capítulo IV de esta investigación, el Estado mexicano no se encuentra obligado a garantizar que todos sus pobladores tengan uno o más hijos, sino que únicamente reconoce la libertad que cada mexicano tiene para reproducirse.

A juicio propio considero que el mayor problema de la gestación subrogada pese a su complejidad, se encuentra propiamente en su manera de legislarle, por lo que el hecho de omitir el acto en las legislaciones locales deja en una débil protección jurídica a quienes sean parte de ese acto jurídico; sin embargo, así como tampoco basta expresar en una legislación que se permite la gestación subrogada, tampoco es suficiente que una legislación únicamente manifieste que le desconoce y sin siquiera detallar consecuencias jurídicas, ello no pensando en sanciones aplicadas a las partes sino en el sentido de que, en caso de que sucediera una gestación de ese tipo y hubiese un litigio, ¿cómo deberá actuar el juez si la base de la acción es un acto jurídico inexistente?

Como hemos visto, en México solamente dos entidades federativas desconocen a la gestación subrogada como un acto jurídico, o como cualquier otro acuerdo de voluntades; es decir que no es un acto existente, de manera que ante juzgados dicho acto no podrá ser exigido para su cumplimiento en caso de litis ¿pero ello dejará en desprotección al menor?

Considero que las entidades federativas que desconocen a la subrogación, teóricamente no desprotegen los derechos del menor, sino más bien desconocen a los derechos pretendidos en el acto jurídico, por lo que el *contrato* –porque así le llaman las legislaciones prohibitivas- no será documento base de la acción legal; sin embargo ello no excusa al órgano jurisdiccional a que resuelva con base en los intereses superiores del menor, pero las resoluciones podrían ser tan amplias como amplio sea el criterio del juzgador; es por ello que no basta con que la legislación local manifieste expresamente desconocer esos actos jurídicos sino que debe precisar consecuencias para las partes y así mismo establecer detalladamente normas jurídicas que protejan el interés superior del menor en esos supuestos.

No hay forma de que el Estado a través del derecho logre vigilar y sancionar a las personas que acuerden una gestación subrogada, sería ingenuo pensar en ello; sin embargo me parece responsable que una legislación que desconozca o prohíba a dicho acto jurídico no se limite a hacer únicamente prohibiciones

tajantes sino que además establezca parámetros para proteger los derechos de los menores en un litigio el respecto, en el sentido de que éstos en su carácter de recién nacidos, necesitarán inexcusablemente de cuidados muy dedicados e importantes.

No considero tampoco que la solución se encuentre en tipificar como delito privativo de la libertad a la gestación subrogada por dos razones principales: La primera es que sería muy difícil localizar esos supuestos durante la idealización del supuesto contrato, o peor aún, durante el embarazo; en segundo lugar porque una vez determinada la culpabilidad de las partes no sería prudente privarles de la libertad incluida a la mujer embarazada, y ¿qué sucedería entonces al momento del nacimiento si los aspirantes a padres del menor se encontrarían privados de la libertad?

Considero entonces que si se ha de prohibir la gestación subrogada, la consecuencia sancionadora es el aspecto menos importante en comparación al potencial riesgo que correría el menor en el supuesto de un litigio; sin embargo, me parecería más inteligente que las entidades que pretendan prohibir dichos actos más bien recurran a la coerción económica como un medio que, aunque limitadamente, evite esos actos.

Deben especificarse dos puntos: El primero es que la única forma que en esta investigación se considera adecuada y jurídicamente procedente, es ante un juez de lo familiar, por lo que una entidad federativa que prohíba la gestación subrogada, obviamente no dará a sus jueces la facultad para realizar dichos actos; por lo tanto, quienes cometan una subrogación en una entidad que le prohíba, la harán indebidamente y mediante un contrato privado, lo cual no sólo será un acto jurídico inexistente sino que será además ilícito en caso de la subrogación **con** aportación genética de la gestante, pues se habría **contratado** la *enajenación* del hijo de la gestante, violando el artículo 338 del Código Civil Federal que a su letra establece:

**Artículo 338.** *No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.*

En segundo y último lugar, me parece que si realmente una entidad federativa deseara prohibir la gestación subrogada, adicionalmente a las sanciones pecuniarias aplicadas a las partes, podría aplicársele una sanción penal privativa de la libertad al médico que, dentro del territorio prohibitivo, hubiese practicado las respectivas técnicas de reproducción asistida con finalidad de una gestación en subrogación.

La coerción quedaría entonces como una amenaza latente que frenaría la realización, principalmente por parte de los médicos; sin embargo ello tampoco garantizaría la abstinencia al acto, pero considero que sí reduciría considerablemente el riesgo de su cometido sin soslayar un componente fáctico adicional, que es el que las personas que realmente deseen la subrogación, se trasladarían a otro territorio para someterse al tratamiento.

## CONCLUSIONES.

**PRIMERA.** La gestación subrogada es, *a grandes rasgos*, un suceso en que una pareja o un solo individuo varón que pretendan tener hijos, pidan a una mujer fértil y saludable para llevar a buen término el embarazo, que gesticione al producto hasta el último momento; así el día del nacimiento del menor éste será entregado a quien o quienes lo solicitaron para que sean padres, de manera que al final, la mujer que gestó deberá olvidarse plenamente de todo derecho que podría tener sobre aquél a quien gestó.

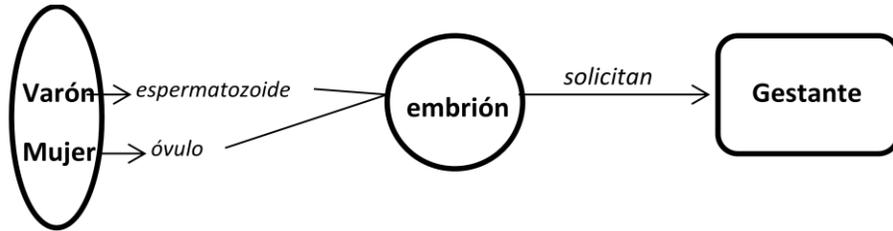
En un plano *técnico jurídico*, la gestación subrogada es un acto con pretensiones jurídicas en el cual una persona, denominada *solicitante*, independientemente a su sexo y preferencias sexuales solicita a una mujer -con quien no tenga vínculo conyugal o concubinario-, que con uno de los gametos del solicitante, o con el cigoto formado por el solicitante y su pareja, se gesticione un embrión para que al momento de su nacimiento, la gestante lo entregue a el o los solicitantes, para que éste o éstos tengan los derechos de guarda, custodia y patria potestad del menor.

**SEGUNDA.** La gestación subrogada se puede realizar a través de dos nomenclaturas: **CON** aportación genética de la gestante, y **SIN** aportación genética de la gestante; en la primera, la gestante subrogada o en sustitución, es quien aporta su óvulo para el embarazo y el solicitante varón aporta su espermatozoide para fecundar al óvulo de la gestante; en la segunda nomenclatura, la gestante no aporta su óvulo para el embarazo, sino que mediante una técnica de reproducción humana asistida –llamada transferencia de embriones- el embrión producido por la parte solicitante es insertado en el útero de la gestante.

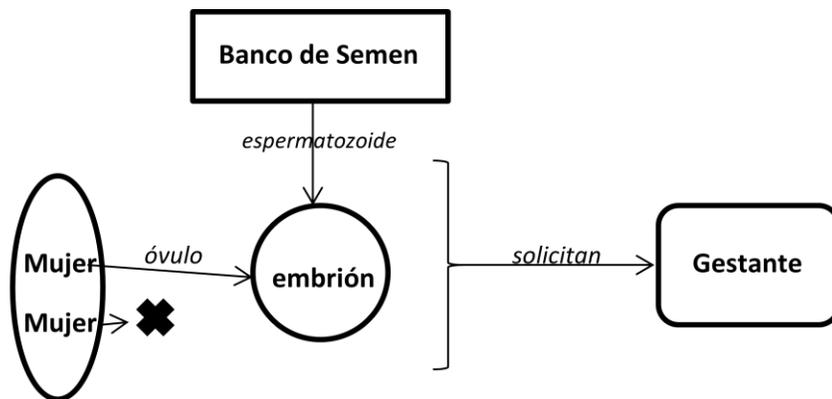
**TERCERA.** Las anteriores dos nomenclaturas pueden elaborarse mediante las siguientes variables:

**A) Gestación Subrogada SIN** aportación genética de la gestante:

a) Un varón y una mujer (solicitantes) piden a una mujer (gestante subrogada) que geste su embrión fecundado *in vitro*.

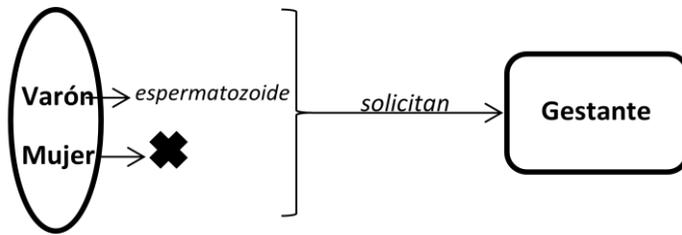


b) Una pareja conformada por dos mujeres, de las cuales **ninguna de las dos puedan desarrollar un embarazo en sus respectivos úteros**, y que *una sola de ellas* aporta su óvulo para ser inseminado artificialmente por un espermatozoide donado en un banco de semen. Ambos gametos fecundan *in vitro* y posteriormente se implantarán en el cuerpo de una gestante en subrogación.

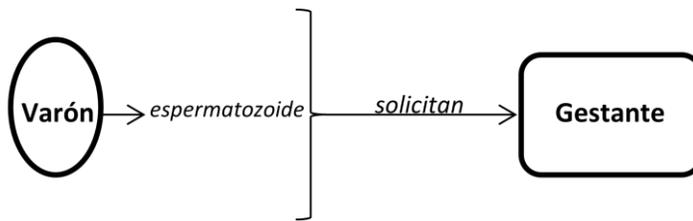


**B) Gestación Subrogada CON** aportación genética de la gestante:

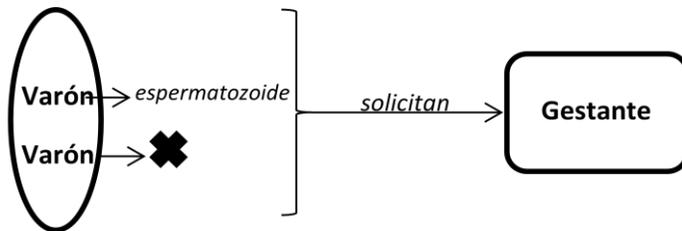
a) Una pareja heterosexual solicita a la gestante; el varón de la pareja aporta su espermatozoide y la gestante su óvulo. La inseminación podría ser artificial, mediante fecundación *in vitro* o incluso *in vivo* (ésta última con las limitaciones de la QUINTA conclusión).



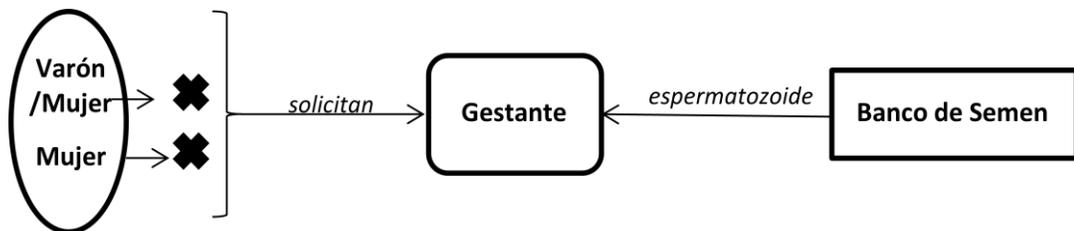
b) Un varón que aporta su espermatozoide a una gestante subrogada para que ésta aporte su óvulo.



c) Una pareja conformada por dos varones, de los cuales uno solo aporta su espermatozoide para que fecunde en el óvulo aportado por la gestante subrogada.



**CUARTA.** Se propone que de legislarse permisivamente la gestación subrogada, en ésta siempre deba haber aportación genética de **al menos uno de los solicitantes**; de lo contrario es preferible que recurran a la adopción de un menor, es decir, de una persona ya nacida. Por tanto no se podrán realizar subrogaciones de la siguiente manera:



**QUINTA.** No se recomienda la inseminación natural (*in vivo*), pues más allá de que para algunas Entidades Federativas ello pudiese implicar un ilícito en el matrimonio o el concubinato, representa un riesgo sanitario alto, pues el hecho de que exista cópula con una persona que no sea la pareja del o la solicitante, implica el riesgo de un posible contagio de enfermedades de transmisión sexual.

**SEXTA.** A fin de evitar embarazos múltiples no deseados a través de las técnicas de reproducción asistida para la gestación subrogada, se propone que la técnica que deba de emplearse sea la fecundación *in vitro* para posteriormente realizarse la transferencia del embrión, pues la inseminación artificial corre un alto peligro de que se produzcan más embarazos de los deseados.

**SÉPTIMA.** Se propone que si se legisla permisivamente la gestación subrogada, sólo sea a favor de personas a quienes se les haya diagnosticado que una imposibilidad reproductiva incurable o que no pueda subsanarse mediante cualquier otro método médico.

**OCTAVA.** La gestación subrogada no es una técnica de reproducción humana asistida, sino un acto jurídico que suele hacerse a través de técnicas de reproducción humana asistida.

**NOVENA.** Para nombrar al acto jurídico que principalmente ocupa a la presente investigación, no deben emplearse términos como *madre*, *maternidad* o cualquier derivado, pues la maternidad es un estado jurídico y biológico que corresponde únicamente a la mujer que aporta su material genético a quien ha de llamársele *hijo* o *hija*.

**DÉCIMA** Para nombrar al acto jurídico que principalmente ocupa a la presente investigación, no deben emplearse términos como *arrendamiento*, *alquiler*, *renta* o cualquier otro que implique relaciones comerciales, pues el acto jurídico en cuestión es de carácter familiar, materia que excluye en sus relaciones de filiación todo negocio jurídico, es decir, con fines lucrativos, pues éstos son materia de derecho mercantil, mismos actos que no deben mezclarse con los derechos de familia tales como la filiación.

**DÉCIMA PRIMERA.** Para nombrar al acto jurídico que principalmente ocupa a la presente investigación, se propone “**GESTACIÓN SUBROGADA**” debido a las siguientes consideraciones:

a) La **GESTACIÓN** es un hecho constante en el acto jurídico, sea con aportación genética de la gestante o sin tal aportación.

b) Se dice que es **SUBROGADA** (o en sustitución) en virtud de que la mujer que gesta **no es** la persona que tras el nacimiento fungirá como madre, tal y como tradicionalmente había sucedido.

**DÉCIMA SEGUNDA.** El término de “*Maternidad Subrogada*” podría aplicarse únicamente al supuesto en que en la gestación hubiese aportación genética de la gestante; sin embargo, prevalece en esta investigación la denominación “*Gestación Subrogada*”, ya que es un término más amplio que puede abarcar a las dos modalidades en que puede realizarse (con y sin aportación genética de la gestante), mientras que “*Maternidad Subrogada*” sólo referiría a una sola modalidad.

**DÉCIMA TERCERA.** La naturaleza jurídica de la gestación subrogada es la de un **ACTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO**, ya que ésta es un suceso en que **voluntariamente** se desea que la gestación de un embrión se realice en el útero de una mujer que al momento del nacimiento entregará al neonato a la parte solicitante. No ha lugar a que sea un negocio jurídico en razón de que los derechos de filiación no son negociables ni modificables entre particulares, sino ante una autoridad, ya que los derechos inherentes a la familia son de interés público.

**DÉCIMA CUARTA.** En la legislación mexicana la gestación subrogada puede realizarse por tres formas, por *permisión expresa en la ley*, por *permisión interpretativa de la ley*, y por *permisión por omisión en la ley*, y sólo en dos Entidades Federativas el acto jurídico se encuentra prohibido, o bien, se le desconoce, por lo que todo acto de esa naturaleza no tendrá acción para exigirse ante un juez.

Las legislaciones que permiten la gestación subrogada *por mención* en México, son aquellas que en el texto de la ley expresan la existencia y reconocimiento del acto; mientras tanto, las legislaciones *permisivas por interpretación* son aquellas en las que derivado de la exégesis se deduce su permisión, ya que no le prohíben pero algunas normas jurídicas pueden vincularse con la gestación subrogada –por ejemplo sobre las técnicas de reproducción humana asistida por las que puede realizarse-; y finalmente, las legislaciones *permisivas por omisión* son aquellas que no mencionan nada en relación con la gestación subrogada y que sin embargo, por el hecho de no prohibirla se puede realizar conforme al principio jurídico de “*lo que no está prohibido se entiende como permitido*”.

Sin embargo el hecho de que exista tal “*permisión*” no quiere decir que pueda realizarse la subrogación con una libertad de forma, pues como se decía anteriormente, los derechos derivados de la filiación no son objeto de transacción entre particulares, sino que no hay en esas Entidades Federativas una norma que prohíba o sancione los actos de gestación subrogada.

**DÉCIMA QUINTA.** Pese a que exista una “*permisión*” y prohibición de la gestación subrogada en varias Entidades Federativas mexicanas, no basta con esa legislación, ya que ésta es precaria y poco clara; por lo tanto la gestación subrogada es un acto que debe legislarse **detalladamente** en México, ya que es un acto que puede suceder en lo jurídico y por ende en lo fáctico, y en caso de que existiere un litigio respecto a esa subrogación, las partes, así como los abogados y los jueces, tendrían pocas herramientas jurídicas para la argumentación, estando así ante un litigio casi improvisado.

En las Entidades en que la subrogación se prohíbe o se desconoce, también debe legislarse a detalle, pues debe esclarecerse la consecuencia jurídica y los mecanismos coactivos y coercitivos para que el acto no se realice y que así pueda ser, entonces sí, una norma jurídica eficaz.

**DÉCIMA SEXTA.** Se propone que para la existencia de una legislación que regule, **permisivamente** a la gestación subrogada, ésta deberá contar al menos

con los siguientes elementos: **i)** Definición del acto; **ii)** Sujetos que pueden someterse al acto (derecho subjetivo); **iii)** Formalidades o solemnidades del acto; **iv)** Partes integrantes del acto; **v)** Requisitos de capacidad legal de las partes integrantes (capacidades de goce y de disfrute); **vi)** Los derechos (y obligaciones) que deberán tutelarse entre las partes integrantes del acto; **vii)** Los derechos del menor que sin duda habrán de ser protegidos respecto al acto, por ejemplo la filiación; **viii)** Las reglas procedimentales que habrán de seguirse en caso de que litis.

**DÉCIMA SÉPTIMA.** No hay forma de que el Estado a través del derecho logre vigilar y sancionar, eficaz y eficientemente, a las personas que acuerden una gestación subrogada, sería ingenuo pensar en ello; sin embargo me parece responsable que una legislación que desconozca o prohíba a dicho acto jurídico no se limite a hacer únicamente prohibiciones tajantes sino que además establezca parámetros para proteger los derechos de los menores en un litigio el respecto, en el sentido de que éstos en su carácter de recién nacidos, necesitarán inexcusablemente de cuidados muy dedicados e importantes.

**DÉCIMA OCTAVA.** En cuanto a una legislación **prohibitiva** de la gestación subrogada, en las Entidades que así le consideren, deberán de prepararse más a una previsión del acto que únicamente a un aspecto sancionatorio de quienes lo realicen. Debe especificarse una coacción y una coerción para evitar entonces a la gestación subrogada. Se propone por tanto una sanción económica para los solicitantes y una pena corporal para los médicos que hubiesen realizado la transferencia del embrión.

**DÉCIMA NOVENA.** En México, el debate sobre la gestación subrogada no debe orientarse a saber si **es o no** un contrato, es incorrecto. El debate respectivo en sentido correcto es a saber si **debe o no debe ser** un contrato. En la presente investigación se concluye, que la gestación subrogada, en caso de permitirse, no debe ser un contrato sino un **acto jurídico** desarrollado ante autoridad competente; es decir, mediante **jurisdicción voluntaria**.

**VIGÉSIMA.** El debate referente a que la gestante subrogada deba pedir o no *autorización* de su pareja (conyugal o concubinaria) sobre hacer o no hacer ese acto, más allá de un derecho a la libre disposición del cuerpo propio y de los derechos conyugales y concubinarios, se centra más en un aspecto metajurídico enfocado en la ética y en la moral, es decir, en la forma en que cada pareja decida llevar sus relaciones personales; por lo que varias Entidades Federativas mexicanas consideran a ese conflicto como causal de divorcio, y otras Entidades inclusive han eliminado a dichas causales en virtud de la gran variedad de conflictos metajurídicos que podrían suceder, tales como el que se expone.

**VIGÉSIMA PRIMERA.** El debate que respecta de que las personas con preferencias homosexuales tengan o no acceso a la gestación subrogada, es un aspecto que fácilmente puede resolverse conforme a una lógica jurídica, ya que son personas con los mismos derechos que cualquier otra de preferencias heterosexuales; sin embargo, el debate va más allá, principalmente en el no saber si un menor pueda ser criado eficientemente por una pareja homosexual, ello se centra a aspectos que corresponde más a la ayuda de otras ciencias tales como la psicología o la sociología, por citar algunas, pero no únicamente al derecho, ello sería excesivamente pretencioso y basado únicamente a opiniones lógicas y morales sin un sustento real o científico.

**VIGÉSIMA SEGUNDA.** El Estado mexicano no se encuentra obligado a permitir la gestación subrogada a sus connacionales; ello es una interpretación errónea del artículo cuarto constitucional al tratar sobre el reconocimiento a la libertad reproductiva, que no es lo mismo que un derecho a la reproducción garantizada por el Estado.

**VIGÉSIMA TERCERA.** Se propone que, en caso de permitirse la gestación subrogada, ésta se realice mediante **jurisdicción voluntaria**, exclusivamente ante un juez de lo familiar y cuya vigilancia sea constante a favor de trabajadores sociales.

**VIGÉSIMA CUARTA.** En caso de tal permisión, deberán hacerse diversos diagnósticos médicos. En cuanto a los solicitantes, éstos deberán presentar ante el juez de lo familiar, un certificado médico que acredite la imposibilidad reproductiva.

En cuanto a la gestante, ésta deberá ser revisada y diagnosticada por un psicólogo o un médico psiquiatra para determinar qué tan tendiente es esa mujer a desarrollar adecuadamente el embarazo y principalmente, a tener un apego excesivo por el producto al grado de que no quiera finalmente entregar al neonato.

Los servicios de salud deberán estar obligados a explicarles a las partes los procedimientos y riesgos derivados de las técnicas de reproducción asistida a utilizarse, así como las de la gestación subrogada.

**VIGÉSIMA QUINTA.** El acto jurídico deberá ser gratuito, pues al ser de carácter familiar y cuyos derechos esenciales son incompatibles con transacciones mercantiles, no deberá lucrarse con ello; sin embargo, todos los gastos necesarios para mantener el embarazo de la gestante en subrogación, deberán cubrirse totalmente, en dinero o en especie, por la parte solicitante. Tal acuerdo se propone sea ratificado ante el juez de lo familiar.

**VIGÉSIMA SEXTA.** En lo personal no se recomienda la permisión de la gestación subrogada **con** aportación genética de la gestante, pues al ser el producto hijo biológico de la gestante, sería un acto arbitrario y totalmente lastimoso para la gestante que a su vez sería madre. Sería un pensamiento precario el pretender que la gestante esté obligada a entregar al menor sólo por el simple hecho de haberlo consentido en un documento cuando el infante es su propio hijo. No se habla de derechos reales, no es un objeto al que se le tiene apego, sino un ser humano que al mismo tiempo es hijo o hija de la gestante.

Se propone que si se ha de legislar permisivamente sobre una gestación subrogada en donde los solicitantes no puedan aportar un óvulo, ésta no se realice con el óvulo de la gestante en subrogación, es decir, que se evite la aportación genética de la gestante. La propuesta que se hace para que ello sea

posible es la siguiente: Podría fomentarse la creación de **Bancos de Óvulos** de manera que el solicitante varón solicitará que por medio de una técnica de reproducción asistida, su espermatozoide fecunde uno de esos óvulos de procedencia **anónima** a fin de que, entonces sí, sea insertado en la matriz de una gestante en subrogación. De esa manera se evitaría el reclamo litigioso de un menor que comparta sus genes con la gestante subrogada.

**VIGÉSIMA SÉPTIMA.** Más allá de una propuesta enfocada puramente a lo jurídico, mi propuesta final se enfoca más en lo *humanitario*, a un aspecto de conciencia social. A mi parecer, la ciencia es una herramienta muy poderosa en nuestros tiempos así como a lo largo de la historia, sin embargo es un elemento que debe utilizarse y asumirse con enorme responsabilidad.

Deben por tanto asumirse las imposibilidades reproductivas simplemente como un suceso que no es grave en la vida de las personas, no importando si la ideología de gran parte de la sociedad le dé una relevancia casi sagrada al hecho de procrear. Debe pensarse más allá del deseo de reproducirse, pienso que debe más pensarse en la posibilidad de educar con responsabilidad a los niños, de pensar más en aportar una formación de calidad que en simplemente procrear genes propios. Por tanto, si no hay posibilidad de hijos propios, opto más por la adopción; es preferible educar bien a un niño que simplemente proporcionarse un placer ególatra a costa de todo.

La idea tan afianzada de procrear seres humanos con los mismos genes de uno, me parece una idea simplemente hedonista, una idea bella pero improductiva. Mucho se piensa en procrear, poco se piensa en educar. Si se desea y se reclama tanto una sociedad respetuosa del derecho, mejor nutrida de ideas y de calidad cívica, debe irse más allá de los pensamientos de autocomplacencia (en este caso genética), debe pensarse en educar. Por tanto, mi estudio de gestación subrogada finaliza en una reflexión personalísima por compartir: La sociedad nunca hemos protestado por la reproducción desmesurada de seres humanos, sino la formación de los seres que ya están viviendo entre nosotros.

## FUENTES DE CONSULTA.

### Bibliográficas.

- **ARELLANO GARCÍA, Carlos.** "La jerarquía de los tratados internacionales en el artículo 133 constitucional", en *Varia Iura Gentium. Temas selectos de derecho internacional público en homenaje a Víctor Carlos García*. Ed. Porrúa. México, 2001.
- **ARELLANO GARCÍA, Carlos.** "Procedimientos Civiles Especiales". Ed. Porrúa. México, 1994.
- **BIALOSTOSKY, Sara.** "Panorama del Derecho Romano". Ed. Porrúa. México, 2007.
- **BONNECASE, Julian.** "Elementos de derecho civil". Ed. José M. Cajica. Tomo II.
- **BRENA SESMA, Ingrid.** "El derecho y la salud. Temas a reflexionar". Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 57. México, 2004.
- **DE LA MATA PIZANA, Felipe, y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto.** "Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal". Ed. Porrúa. México, 2012.
- **DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo.** "Derecho Civil, Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez". Ed. Porrúa. México, 2006.
- **FLORIS MARGADANT, Guillermo.** "El derecho privado romano". Ed. Esfinge, México, 1960.
- **FRAGA, Gabino.** "Derecho Administrativo". Ed. Porrúa. México, 1980.
- **GALINDO GARFIAS, Ignacio.** "Derecho Civil". Ed. Porrúa. México, 1997.
- **GARCÍA VELASCO, Gonzalo.** "Persona Jurídica. Doctrina y legislación mexicana". Ed. Porrúa. México, 2009.
- **GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego et al.** "Curso de derecho internacional público". Ed. Civitas. Madrid, 1998.
- **J.M. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ y J.M. MASSIGOGE BEREGUI.** "La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español". Ed. Dykinson. Madrid, 1994.
- **La Biblia.**
- **LACADENA CALERO, Juan Ramón.** "Manipulación Genética en la especie humana", en "Ingeniería genética y reproducción asistida". Coord. Marino Barbero Santos. Ed. Marino Barbero Santos. Madrid, 1989.
- **LAZCANO, David.** "Jurisdicción y proceso", en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina". Ed. Buenos Aires, Argentina, 1946.
- **LEMA AÑÓN, Carlos.** "Reproducción, poder y derecho". Ed. Trotta, España, 1999.
- **LLEDÓ YAGÜE, F.** "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo" en "La filiación a finales del S. XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Ed. Trivium. Madrid.
- **LUCAS LUCAS, Ramón.** "Bioética para todos". Ed. Trillas. México, 2003.

- **MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo.** “El arrendamiento de vientre en Colombia”. Ed. Universidad de Medellín. Colombia, 2005.
- **MESSINEO, Francesco.** “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Tomo III, Ed. Ejea. Buenos Aires, 1954.
- **MONROY CABRA, Marco Gerardo.** “Derecho Internacional Público”. Ed. Temis. Bogotá, 2002.
- **MORINAU, Óscar.** “El estudio del derecho”. Ed. Porrúa. México, 1953.
- **OVILLA MANDUJANO, Manuel.** “Teoría del Derecho”. Ed. Duero. 1990. México, Distrito Federal.
- **PACHECO ESCOBEDO, Alberto.** “La persona en el Derecho Civil Mexicano”. Ed. Panorama. México, 1985.
- **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo Roberto.** “Contratos Civiles”. Ed. Porrúa. México, 2008.
- **PÉREZ PEÑA, Efraín.** “Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la reproducción, un enfoque integral”, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995.
- **PETERSEN, Peter.** “*Medicina de la reproducción: Un desafío a la actitud científico-médica ante la hominización*”, en “Ingeniería genética y reproducción asistida”. Coord. Marino Barbero Santos. Ed. Marino Barbero Santos. Madrid, 1989.
- **ROJINA VILLEGAS, Rafael.** “Compendio de Derecho Civi. Introducción, personas y familia”. Tomo I. Ed. Porrúa. México, 1993.
- **ROJINA VILLEGAS, Rafael.** “Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones”. Tomo III. Ed. Porrúa. México, 2007.
- **SALAZAR CARRIÓN, Luis.** “*Democracia y Discriminación*”, en “Discriminación, Democracia, Lenguaje y Género”. Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México, 2007.
- **SAN MARTÍN, Hernán.** “Salud y Enfermedad”. Ed. La prensa médica mexicana. México, 1993.
- **SEPÚLVEDA, César.** “Derecho internacional Público” Ed. Porrúa. México, 2002.
- **SOUTO GALVÁN, Beatriz.** “*Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución*” en “Mujeres y Derecho. Feminismos” Tomo 8. Coords. Nieves Montesinos Sánchez, et al. Ed. Nieves Montesinos Sánchez. Alicante, 2006.
- **TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando.** “El derecho y la ciencia del derecho”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1984.
- **VIDAL MARTÍNEZ, Jaime.** “Las nuevas formas de Reproducción Humana”. Ed. Civitas. Madrid, 1988.
- **VILLALAIN BLANCO, José Delfín.** “*El origen de la bioética y su desarrollo*” en “Manual de Bioética” Coord. Gloria María Tomás Garrido. Ed. Ariel. Barcelona, 2001.

### Hemerográficas.

- **ARRIGHI, Arturo y COGORNO Miguel;** *Infertilidad* en TOZZINI, Roberto Ítalo; et al. p. 352. PÉREZ PEÑA, Efraín.
- **BARRAGÁN C. Velia Patricia.** *La reproducción humana asistida: marco jurídico.* En Revista IUS, número 3. Diciembre. Durango, México, 1991.
- **PANTALEÓN, Fernando.** “Técnicas de reproducción asistida y constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* Núm. 15. Mayo-Agosto, 1993.
- **SILVA RUIZ, Pedro F.** “El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler”, en Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en *Tapia, octubre de 1987, año VII, número 36, pp. 78 a 81.*
- **SILVA RUIZ, Pedro.** Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta, en Anuario, volumen 21, 1998, Valencia; Venezuela.
- Periódico español **“El País”**. Versión en línea consultada en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968\\_419291.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968_419291.html)

### Diccionarios.

- **DE PINA, Rafael.** “Diccionario de Derecho”. Ed. Porrúa. México, 1977.
- **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** Vigésima segunda edición. Versión en línea <http://www.rae.es/rae.html>
- **TULLIO, Ángel Antonio.** “Diccionario Médico Legal”. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

### Electrónicas.

- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1586/4.pdf>
- <http://www.bioeticaweb.com/content/view/250/918/>
- <http://www.codigocivil.argentina.ar/notas/C1-anteproyecto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-unificado.php>
- <http://www.lacapital.com.ar/la-region/Considerere-el-interes-de-la-menor-y-el-derecho-a-la-nacionalidad-20120704-0029.html>
- <http://www.lanacion.com.ar/1488504-ya-hay-alquileres-de-vientres-en-el-pais>
- <http://www.sitioandino.com/nota/42590-india-es-el-lugar-para-alquilar-vientres-baratos/>
- <http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/features/womb-rent-surrogate-mothers-india> 18/03/2013

## Legislaciones.

- Código Civil Argentino consultado en:  
<http://www.codigocivil.argentina.ar/advf/documentos/4f997912226b8.pdf>
- Código Civil de Coahuila. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Civil de Querétaro. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Civil del Estado de Colima. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Civil del Estado de Puebla. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Civil del Estado de Tabasco. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Civil Federal. Consultado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código de Familia para el Estado de Sonora. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código de Hammurabi, edición preparada por Federico Lara Peinado. Editora Nacional. Madrid, 1982.
- Código Familiar de San Luis Potosí. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Familiar para el Estado de Michoacán. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Familiar para el Estado de Morelos. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Familiar para el Estado de Zacatecas. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/ambest.php>
- Código Federal de Procedimientos Civiles. Consultado en:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>
- Código Penal Español consultado en:  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf)
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud, consultado en:  
[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal. Consultada en [www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf](http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf)
- Ley General de Salud. Consultada en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php>
- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology* (Informe Warnock). Consultado en: [www2.uah.es/bioetica\\_alcala/INFORME%20WARNOK.pdf](http://www2.uah.es/bioetica_alcala/INFORME%20WARNOK.pdf)