



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

T E S I S

“Filiación en la gestación subrogada en el supuesto de  
que la gestante aporte material genético”

Que para obtener el grado de Licenciada  
en Derecho presenta:

Viridiana Cruz Ramírez



México, Distrito Federal a 27 de octubre de 2014.



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.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. ....	I
CAPÍTULO I GENERALIDADES	
1. Filiación. ....	1
1.1. Concepto. ....	3
1.2. Paternidad y maternidad. ....	4
1.3. Derechos y obligaciones que surgen de la filiación. ....	7
1.3.1. Patria potestad. ....	8
1.3.2. Guarda y custodia. ....	10
1.3.3. Alimentos. ....	12
2. Esterilidad e infertilidad. ....	15
2.1. Métodos de reproducción asistida. ....	17
2.1.2. Gestación subrogada. ....	19
3. Interés superior del menor. ....	21
3.1. Protección del menor a nivel nacional e internacional. ....	24
CAPÍTULO II MARCO HISTÓRICO	
1. Siglo XX, surgimiento de la inseminación artificial. ....	26
1.1. Robert G. Edwards y Patrick Christopher Steptoe: antecedentes de la fecundación <i>in vitro</i> (60s). ....	30
1.1. Primera implantación (70s). ....	32
1.1.1. Nacimiento de Louise Brown, era de los “bebés de probeta” (1978). ....	33
2. Siglo XXI. ....	35
2.1. Desarrollo de nuevas tecnologías. ....	35
2.1.1. Trasplante de ovarios. ....	35
2.1.1.1. Oktay (2000). ....	37
2.1.1.2. Radford (2001). ....	38
2.1.1.3. Jacques Donnez (2004). ....	38

2.1.1.4. Dror Meirou, trasplante y fecundación <i>in vitro</i> .	39
2.2. Nuevas técnicas de reproducción.	40
2.2.1. Donación de óvulos y espermatozoides.	46
2.2.1.1. Identidad genética entre padres e hijos.	48

### CAPÍTULO III MARCO JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO

1. Normatividad en México.	54
1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	61
1.2. Código Civil para el Distrito Federal.	64
2. Regulación en Estados Unidos de América del Norte.	68
3. Regulación en América latina.	70
3.1. Colombia.	70
3.2. Panamá.	72
3.3. Chile.	75
3.4. Argentina.	77
3.5. Venezuela.	80
4. Regulación en Europa.	83
4.1. España.	83
4.2. Francia.	88
4.3. Italia.	90
4.4. Portugal.	91

### CAPÍTULO IV DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MATERIA DE FILIACIÓN

1. Proyecto de ley sobre la maternidad subrogada para el Distrito Federal.	94
--	----

1.1. Exposición de motivos. . . . .	95
1.2. Situaciones que deja de contemplar. . . . .	98
1.2.1. Caso en el que la madre o el padre legales estén imposibilitados para aportar material genético. . . . .	99
1.2.1.1. Infertilidad o esterilidad. . . . .	101
1.2.1.2. Contraindicación médica. . . . .	103
1.2.2. Caso en el que la madre gestante aporta material genético. . . . .	108
1.2.2.1. Cómo establecer el vínculo filial. . . . .	110
2. Proyecto de la ley de los métodos de reproducción asistida para el Distrito Federal. . . . .	115
3. Adecuada regulación para la maternidad subrogada. . . . .	116
3.1. Fijación de la filiación en la subrogación de la gestación. . . . .	119
3.1.1. Adopción del menor. . . . .	120
3.2. Salvaguarda de los derechos de la madre gestante hasta el nacimiento del menor. . . . .	128
4. Derechos del niño en la materia, reconocidos a nivel internacional y nacional. . . . .	129
4.1. Salvaguarda del derecho que tiene el menor a conocer su identidad (origen genético). . . . .	131
CONCLUSIONES. . . . .	134
BIBLIOGRAFÍA. . . . .	139

## INTRODUCCIÓN

El avance en el campo de la ciencia y la tecnología es una realidad inminente que hoy en día se ha convertido en un verdadero desafío para el derecho en cualquiera de sus ramas, especialmente en el ámbito del derecho familiar. Desde la prueba de ADN para comprobar la paternidad respecto de un niño hasta la complejidad que tienen las diversas formas artificiales para conseguir la procreación de un ser humano.

A lo largo de este trabajo veremos el impacto que tiene en nuestra sociedad el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, lo trascendental que es para el derecho no contar con la legislación adecuada en la materia y las situaciones no previstas que pueden darse debido al fenómeno que esto representa como el caso de la gestación subrogada, por ejemplo.

Como punto de partida trataremos aspectos generales de las cuestiones que, desde nuestro punto de vista, se ven afectadas cuando no contamos en nuestro país con los instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente a problemáticas que trascienden al derecho, estamos hablando de figuras jurídicas como la filiación, patria potestad y las obligaciones inherentes a ellas, siempre a favor del menor de edad.

Entender la razón de ser e importancia de la gestación subrogada, así como de cualquier forma artificial para concebir un nuevo ser, es cuestión de echar un vistazo a la historia para conocer su evolución con el paso del tiempo, observando que el avance se fue dando, hasta el día de hoy, de acuerdo a las necesidades y los cambios que va teniendo la sociedad.

Así, hablaremos de los tiempos que narra un documento tan antiguo como la biblia en donde encontramos los primeros antecedentes de la maternidad subrogada, donde el hombre podía concebir un hijo con mujer distinta a su esposa cuando ésta era estéril y al nacer el niño la esposa lo criaba junto con su marido como si fuera hijo suyo.

Para hablar de gestación subrogada es importante conocer lo que implica y cómo funciona, saber que en la historia de los métodos de reproducción humana asistida aparecieron técnicas como la inseminación artificial que comenzó con experimentos en vegetales para luego practicarlo en animales, destacando los trabajos del biólogo Lázaro Spallanzini.

No es sino hacia el año de 1791, aproximadamente, con los trabajos del médico J. Hunter que se da el primer caso de inseminación artificial practicada en humanos, tuvo gran éxito logrando que una mujer quedara embarazada. Luego, con la creación de los bancos de semen surge una técnica más compleja que vendría a revolucionar muchos aspectos de la vida del hombre, la fecundación *in vitro*.

A finales de los años setentas se logra el primer embarazo mediante la fecundación *in vitro*, primera niña nacida con este método llamada Louise Joy Brown conocida mundialmente, todo gracias a la labor del Doctor Robert Geoffrey Edwards en colaboración con el ginecólogo Patrick Christopher Steptoe. Otros grandes logros se dieron más adelante como el trasplante de ovarios, y para el caso de la esterilidad se vio la alternativa de la gestación subrogada como una solución a la imposibilidad de procrear de forma natural.

Debido a que las personas recurren cada vez más al empleo de la gestación subrogada fue necesaria su regulación para dar respuesta a la necesidad de tener, cuidar y educar a un hijo. Sin embargo, la legislación que existe al respecto es distinta de acuerdo al país del que se trate, incluso es distinta en cada estado que integra a una nación, además de ser insuficiente. Veremos cómo es que existe esta figura de acuerdo al marco jurídico que tienen algunos países, entre ellos México.

Sin embargo, concretamente en el Distrito Federal, la gestación subrogada no está regulada en la actualidad, ni siquiera está contemplada en las leyes o códigos que rigen a esta entidad federativa. Y aunque ya hay un proyecto de ley al respecto, éste no ha sido aprobado.

Debido a la gran importancia y a que es un hecho el empleo de la técnica, es necesario contar con instrumentos jurídicos para no contravenir los derechos de ninguna de las personas que intervengan en el proceso, especialmente pensando en no violentar los derechos de los menores de edad. Para ello, haremos una propuesta al respecto pensando en la institución de la adopción como una posible solución.

Es importante saber los alcances que tiene la gestación subrogada, pero sobre todo conocer los efectos jurídicos de la filiación en este sentido y cómo surge ésta a fin de tomar una medida que dé solución a las posibles problemáticas que pudieran surgir con la práctica de esta técnica mundialmente conocida, distinta en cada país y no aceptada por todas las naciones.



## CAPÍTULO I GENERALIDADES

### 1. Filiación

La filiación, es una institución protectora del derecho de familia que nace de la relación que existe entre los padres y sus hijos, enfocada principalmente a la protección del interés del menor. Es un hecho natural regulado por el derecho que mediante la norma jurídica crea derechos y obligaciones para el menor y los padres respectivamente. Y es precisamente esa generación de derechos y obligaciones lo que conforma el vínculo jurídico que une al hijo con sus progenitores.<sup>1</sup>

“...toca una de las fibras más sensibles, que es el establecimiento de la relación paterno filial entre los progenitores y los hijos e hijas. Así el derecho de filiación se ha podido ver como un derecho reflejo, elemento testimonial de una concepción general de la familia.”<sup>2</sup>

La filiación ha ido evolucionando a través de los tiempos en razón de que se dan nuevos hechos que implican modificaciones legislativas y que el derecho está en constante cambio a la par que la sociedad también va cambiando; sin duda por la relevancia de ciertos temas en la materia como es la determinación y pleno conocimiento de la paternidad en primer lugar, y ahora más recientemente con lo que corresponde a la maternidad. “Sin embargo, también es relevante el papel que juega la voluntad en el concepto actual de la filiación, ya que se puede observar cada vez cómo este elemento entra en las relaciones paterno-filiales y cómo puede ser determinante para establecer una paternidad o maternidad”.<sup>3</sup>

Otro tema de gran importancia que debemos tomar en cuenta para platicar sobre la evolución de la filiación es, sin duda alguna, la condición en que se

---

<sup>1</sup> Cfr. Méndez Costa, María Josefa, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1413/2.pdf>, consultada 15 de octubre de 2013 a las 7:18 pm. p. 13.

<sup>2</sup> Guzmán Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. XIX.

<sup>3</sup> Ídem

origina la misma; en las legislaciones de algunas entidades de la República Mexicana se hace una distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, poniendo como ejemplo al Código Civil Federal y al Código Civil para el Estado de Veracruz. Sin embargo, otros Estados como Coahuila, Guerrero, Hidalgo, Puebla, Quintana Roo, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y el Distrito Federal no hacen una distinción del origen de la filiación por esta circunstancia.

Es hasta el Código de 1928 que dejaron de existir diferencias respecto de los derechos de los hijos en razón de su origen. Con las reformas de mayo del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal se elimina cualquier distinción en la filiación de hijos nacidos de matrimonio o fuera de éste. En la actualidad, las consecuencias jurídicas son iguales para todos, independientemente del origen de su filiación.

El Código Civil para el Distrito Federal no hace distinción de la circunstancia en la que nacen los hijos (dentro o fuera del matrimonio) pero lo que sí regula es la prueba de la filiación. En este sentido,... “en casi todo el sistema jurídico mexicano la filiación de los hijos de los cónyuges se prueba con el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres, y la filiación de los hijos nacidos fuera de dicho vínculo se prueba: respecto de la madre sólo por el hecho del nacimiento y el reconocimiento; en cambio, respecto del padre por un acto de voluntad como es el reconocimiento o a través de un medio forzoso como lo es la sentencia que declara la paternidad.”<sup>4</sup> Es decir, que de una u otra forma es importante fijarnos en la situación en la que nacen los hijos tomando esta circunstancia con relevancia didáctica y metodológica para explicar los efectos paterno-filiales. Todos los hijos son iguales ante la ley, pues ésta no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

---

<sup>4</sup> Guzmán Ávalos, Aníbal, Ob. cit., nota 2, p. 20.

## 1.1. Concepto

Etimológicamente la palabra filiación proviene de la acepción latina *filiu filii*, que significa “hijo”. Para dar un concepto de filiación es necesario hablar en dos sentidos; el amplio y el estricto.

De acuerdo con Felipe de la Mata Pizaña “en sentido amplio, por filiación se entiende la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes; y en sentido estricto, se refiere a las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo.”<sup>5</sup>

Por su parte, Javier Tapia Ramírez, afirma que la filiación “es la relación jurídica derivada del hecho natural de la procreación que produce consecuencias de derecho entre el o los progenitores y el engendrado o nacido, quien adquiere el estado de hijo, y éste origina el mayor número de relaciones personales y patrimoniales.”<sup>6</sup>

Para mejor abundamiento, podríamos decir que la filiación en sentido amplio es la relación de parentesco en línea ascendente y descendente. Planiol afirmaba que el concepto tomado desde un punto de vista natural no era más que una descendencia en línea directa que liga a una persona con cualquiera de sus antecesores, así sea muy lejano.

En sentido estricto es la relación que existe entre un hijo y sus progenitores, es decir, hablamos de un nexo sanguíneo y de la calidad de hijo frente a la de padre y madre y es así como, dependiendo si es respecto del padre o de la madre, toma el nombre de paternidad o maternidad que forman parte de esta relación jurídica de la filiación de la que hemos hablado. “No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones. Lo que hace que se

---

<sup>5</sup> De la Mata Pizaña, Felipe, *Derecho familiar*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 229.

<sup>6</sup> Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 290.

estudien separadamente es la diferencia que existe en cuanto a la forma de probar cada uno de estos hechos”.<sup>7</sup>

Por su parte, nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 338 dispone:

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

## 1.2. Paternidad y maternidad

La procreación de un nuevo ser genera un vínculo biológico y jurídico el cual recibe el nombre de paternidad o maternidad, cuando es visto desde el punto de vista de los progenitores. En cambio, cuando enfocamos dicho vínculo en el hijo recibe el nombre de filiación.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Universitario:

**MATERNIDAD.** Relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando el hijo es concebido extramatrimonialmente.

**PATERNIDAD.** Relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente.”<sup>8</sup>

“En el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que, en nuestro sistema jurídico, la

---

<sup>7</sup>Guzmán Ávalos, Aníbal, Ob. cit., nota 3, p. 2.

<sup>8</sup>Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Universitario, 3ª ed., Argentina, Editorial Heliasta, 2007, t.II, pp. 80 y 211.

maternidad es siempre cierta; que, para el derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre”<sup>9</sup> , sin embargo la biotecnología y las técnicas de reproducción asistida que se han desarrollado cuestionan los principios jurídicos que se tienen respecto de la maternidad y paternidad.

Así podemos encontrar que hay paternidad que deriva de una relación genética, es decir, cuando el hombre aporta material genético; una paternidad social que se da cuando el hombre asume todas las responsabilidades que surgen de la misma (pudiendo ser esposo o concubino de la madre).

“Con relación a la maternidad, se presentan tres tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación, y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada”<sup>10</sup>.

Ahora diremos conforme a la doctrina, que la maternidad se define y prueba por el hecho del parto y la paternidad se conceptualiza como un vínculo jurídico social y se identifica mediante presunciones. “La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse.”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>Pérez Duarte, Alicia Elena, El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/82/4.htm>, consultada 15 de octubre de 2013 a las 9:55 pm.

<sup>10</sup> Pérez Duarte, Alicia Elena, El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/82/4.htm>, consultada 15 de octubre de 2013 a las 10:03 pm.

<sup>11</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano: “Derecho de familia”*, t. II, Decimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 638.

Podemos resumir que la maternidad supone dos elementos: el hecho del parto y la identificación entre el hijo que se da a luz y el que después pretende serlo. Esto es, madre es quien da a luz al hijo (dato cierto), lo que podría resultar incierto es si el hijo es precisamente aquel que dio a luz la mujer.<sup>12</sup>

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal la paternidad y la maternidad se pueden probar por cualquier medio ordinario así se desprende de las hipótesis normativas contempladas en los artículos 382, 340, 341 en relación con 324 y 40 los cuales son del tenor literal siguiente:

Art. 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Art. 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Art. 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo...

Dichos preceptos están relacionados con el artículo 324 el cual establece que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos dentro del matrimonio o los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Se aceptará la prueba testimonial sólo en el caso de que no haya registro o hubiera pérdida del acta de nacimiento, tal y como lo prevé el artículo 40 del mismo código.

---

<sup>12</sup> Cfr. Ibídem p. 639.

Al respecto es de indicar que “aunque en el acta de nacimiento se señale el nombre de la madre, si ésta no comparece, aquella no probaría la maternidad. De modo que la madre señalada en el acta podría impugnarla de falsa.”<sup>13</sup> Lo que queremos decir con esto es que la maternidad, hoy día, no es siempre cierta como lo era antes ya que con las diversas técnicas de reproducción asistida con las que contamos resulta que podemos encontrar distintos supuestos en los que hay más de una mujer que pudieran tener el carácter de madre respecto de un menor de edad.

### 1.3. Derechos y obligaciones que surgen de la filiación

Derivado de la filiación surgen obligaciones por parte de los progenitores para con su hijo. Dichas obligaciones se resumen en el cuidado que deben tener éstos sobre aquél proporcionándole lo necesario para su normal y sano desarrollo tanto físico como emocional. "Es deber de los padres, preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, y a la salud física y mental."<sup>14</sup> Es decir, se debe lograr el desarrollo bio-físico-social.

Para este caso, existen en México dos legislaciones que velan por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la relación paterno-filial, una federal y otra local, dichas leyes son la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal. En general, estas leyes regulan el derecho que tienen los niños a tener una identidad, un nombre, a conocer su filiación, y vivir en familia, también dejan en claro el tema de los alimentos y el deber de proporcionar a los niños una vida digna, sin violencia y con estabilidad psicológica y emocional.

---

<sup>13</sup> Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, Segunda edición, Editorial Oxford, México, 2009, p. 229.

<sup>14</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/el/el11.htm>, consultada 26 de octubre de 2013 a las 4:44 p.m.

Todo lo anterior lleva implícita la obligación que tienen los padres de dar a sus hijos el acceso a la educación obligatoria, incentivarlos para que realicen actividades culturales, recreativas o deportivas, que reciban atención médica y de prevención oportuna, todo ello, como ya lo habíamos mencionado, con el objeto de obtener en el menor un desarrollo pleno y armónico con el conocimiento de sus derechos y de cómo ejercerlos.

### 1.3.1. Patria potestad

La patria potestad es una institución jurídica y uno de los principales derechos que derivan de la filiación; al respecto hemos de decir que ésta ha sufrido un gran cambio; su origen en Roma fue una potestad con el carácter de poder absoluto y vitalicio del *paterfamilias* no sólo sobre sus hijos y toda la familia sino también sobre la familia de sus hijos, de los bienes y esclavos. Gramaticalmente la connotación de patria potestad proviene del latín *patria potestas*, lo que significa potestad del *pater familias*.

En ese entonces se llegó al abuso del poder a tal grado que se empleaban castigos atroces que atentaban físicamente contra los hijos. La patria potestad no era sino un medio para tutelar la autoridad del *paterfamilias* ante los intereses de los hijos o de la esposa.

El abuso que se tenía de esa potestad de la que gozaba el *paterfamilias* fue disminuyendo, ya para la edad media la patria potestad era un encargo temporal pues sólo se ejercía durante la minoría de edad del hijo y había una fuerte influencia religiosa por lo que el poder se convirtió en tan sólo una función ejercida por el padre para proteger a quien se encontraba bajo su cuidado.

Durante el siglo XX la autoridad del padre se extendió a la madre para convertirse en un régimen protector de los menores. Este cambio se dio por diversos factores entre los que destacan: “el proceso de integración de la mujer en la vida económica y política, y, por otra, el desenvolvimiento de las



instituciones y órganos para la atención de la infancia, lo cual ha venido a revertir la orientación patriarcal que tuvo la patria potestad en su origen.”<sup>15</sup>

En la época moderna, el Estado asume el deber de vigilar que la patria potestad se ejerza de tal manera que los padres cumplan con las obligaciones y deberes que esta institución les impone durante la crianza de los hijos. La patria potestad toma el carácter de institución “moral y social, cuyo ejercicio no es ya un poder, sino una función primordial y temporal de los padres a favor de la protección e interés del menor hijo.”<sup>16</sup> Deja de ser un poder para ser una función, ya no hablamos de facultades sino de deberes que corresponden a ambos progenitores.

De todo lo anterior deducimos que, los derechos y deberes que se desprenden del ejercicio de la patria potestad son los medios para que los padres proporcionen al menor lo necesario para su protección, educación, alimentación, todo ello para su normal, sano y armónico desarrollo.

Ahora bien, nos referiremos a las características, al menos las más importantes, de la patria potestad. Entre ellas encontramos que: es un cargo de interés público, intransferible, irrenunciable, imprescriptible, temporal, excusable e inalienable.

**Irrenunciable**, porque estamos hablando de un derecho y un deber que es de orden público e interés social y en consecuencia no se permite que los que la ejercen renuncien a dicho cargo. Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra dice:

Art. 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten

---

<sup>15</sup> Cárdenas Camacho, Alejandro, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>, consultada 28 de octubre de 2013 a las 9:50 p.m.

<sup>16</sup> Tapia Ramírez, Javier, Ob. cit., nota 2, p.396.

directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 448 concede a los padres el derecho a **excusarse** cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: si tienen sesenta años cumplidos o por encontrarse en un mal estado de salud que además debe ser habitual.

**Imprescriptible**, éste derecho-deber que tienen los padres no se pierde por el simple transcurso del tiempo, su pérdida requiere de una sentencia judicial que haya causado ejecutoria y en donde se haya demostrado el motivo que da origen a su pérdida. Sin embargo es **temporal** porque sólo dura mientras los hijos cumplen la mayoría de edad o no se hayan emancipado.

Es **inalienable** ya que esta institución no tiene un contenido económico, es decir que la patria potestad no puede transmitirse o enajenar de ninguna manera. Así mismo decimos que esta función no se puede delegar, tiene que desempeñarse de forma personalísima.

### 1.3.2. Guarda y custodia

La guarda y custodia, es el complemento de la función que tienen los padres en la patria potestad, es decir, que se encuentra dentro de esta última. Sin embargo quisimos darle un trato por separado para entender la importancia que tiene el buen ejemplo y comportamiento, los buenos hábitos y costumbres y, en general, el contenido ético que den los padres a sus hijos durante el tiempo de crianza.

“La guarda y custodia es una de las funciones personales que junto a las patrimoniales integran la patria potestad, dirigidas a obtener al (sic) desarrollo adecuado de la personalidad de los hijos menores...En situación de normalidad familiar, la...guarda y custodia se encuentra dentro de la patria potestad dual. Son la misma cosa ejercida por ambos progenitores en convivencia matrimonial

o de pareja de hecho. Comprende las obligaciones de velar por ellos, facilitarles alimentos, formarlos, educarlos, representarlos... »<sup>17</sup>

En este sentido, para ejercer la guarda y custodia del menor, es necesario que se dé un hecho que se convierte en un deber para los padres y en un derecho para el hijo. Nos estamos refiriendo a domiciliar a los hijos menores, involucra a quienes ejercen la patria potestad e implica dar un hogar al niño para tenerlo bajo su cuidado, esto va a constituir el elemento material de los derechos de guarda y custodia ya que hace posible que los padres cumplan con sus deberes principalmente los de vigilar, cuidar y proteger al menor.

Tomando en cuenta la función de la patria potestad y que ello implica la guarda y custodia del menor, haremos referencia al artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo contiene en resumen la finalidad de la función que ejercen los padres sobre sus hijos en la etapa de la crianza. Cerramos el tema de la guarda y custodia, exponiendo en breve su objetivo:

Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

---

<sup>17</sup> Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Editorial La ley temas, España, 2012, p. 41.

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

### 1.3.3. Alimentos

El tema de los alimentos es muy importante porque su contenido y finalidad van enfocados finalmente a formar adultos independientes para que a su vez ayuden a sus padres en la medida que les sea posible cuando éstos lo necesiten.<sup>18</sup>

La palabra alimento proviene del latín *alimentum* que significa nutrir y, en el ámbito jurídico se entiende como: “prestación debida entre parientes próximos cuando quien los recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades.”<sup>19</sup>

De acuerdo con Rafael Rojina Villegas, “Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y comprenden de acuerdo con el artículo 308\* la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto a los menores, comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.”<sup>20</sup>

Por su parte el Seminario Judicial de la Federación define a los alimentos como “la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra llamada deudor alimentario lo necesario para vivir,

---

<sup>18</sup> Cfr. Apuntes de la materia Controversias del Orden Familiar impartida por la profesora Martha Patricia Rojas García de la Cadena en colaboración con el C. Juez Vigésimo Segundo Civil de cuantía menor Arturo González Cortés, impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM en fecha 11 de abril de 2013.

<sup>19</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=alimento> Consultada 6 de noviembre de 2013 a las 10:57 p.m.

\*Aquí el autor se está refiriendo al artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>20</sup> Rojina Villegas, Rafael, Ob. cit., nota 2, p. 167.

derivada de la relación que se tenga con motivo del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio y en determinados casos del concubinato”<sup>21</sup>

Lo que nos va importar en este tema no es tanto un concepto o definición de lo que son los alimentos sino su contenido y cómo es que los padres están obligados a cumplir con ese deber para la subsistencia de su hijo. “Se reconoce que los alimentos son indispensables para que quien no pueda sobrevivir por sí mismo, lo haga, y habrá de proporcionarlos en virtud de los vínculos de asistencia y ayuda mutua que se deben las personas que tienen parentesco.”<sup>22</sup>

Es evidente que esta obligación encuentra su razón de ser en los principios de ayuda y asistencia mutua que nacen de vínculos de parentesco reconocidos por la ley.

De lo anterior se desprende que toda persona que no pueda sobrevivir por sí misma (menores de edad, personas con alguna discapacidad, adultos mayores e incluso cónyuges o concubinos) requieren del apoyo de quien está obligado por ley a cubrir esas necesidades. Al respecto el artículo 311 Bis del Código Civil para el Distrito Federal nos dice lo siguiente:

Artículo 311 Bis. Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.

Es de suma importancia mencionar que los alimentos son una obligación recíproca, es decir que quien los da tiene derecho a pedirlos cuando así lo necesite y quien los recibió en su momento tiene el deber de darlos de acuerdo a sus posibilidades.

---

<sup>21</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas selectos de Derecho Familiar: alimentos*, s.e., México, 2010, p. 7.

<sup>22</sup> Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derechos de los padres y de los hijos*, Editorial Cámara de Diputados LVIII legislatura, México, 2000, p. 35.

De tal manera que los padres están obligados con sus hijos y a falta o imposibilidad de éstos los demás ascendientes más próximos en grado; los hijos se obligan a dar alimentos a sus padres, a falta o imposibilidad están obligados los descendientes más próximos en grado; a falta de todos los anteriores la obligación recaerá sobre los parientes colaterales hasta el cuarto grado (hermanos, primos, tíos). Y de acuerdo con el artículo 302, de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos.

Como ya hemos mencionado, al hablar de alimentos lo más importante es saber su contenido, cómo es que los padres quedan obligados y cómo pueden cumplir con dicha obligación.

El contenido jurídico de los alimentos es más amplio que el gramatical, el cual está regulado en el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal y describe que los alimentos comprenden comida, vestido, hogar, atención médica hasta hospitalización, educación hasta proporcionar un oficio, arte o profesión tratándose de menores; y debiéndose procurar la integración del adulto mayor al núcleo familiar de ser posible.

Tratándose de menores de edad, los padres que ejerzan la patria potestad y/o la guarda y custodia deben cumplir con ese deber ya que está reconocida en la ley y es una disposición a nivel internacional formando parte de los derechos de los niños como veremos más adelante.

Hay dos formas de cumplir con la obligación alimentaria: integrando al acreedor alimentario a la familia y de no ser posible esto por diversas situaciones que pueden darse lo correcto es fijar una pensión alimenticia. La pensión alimenticia la determina un Juez de lo Familiar y se tiene que asegurar mediante prenda, fianza, hipoteca o depósito de cantidad suficiente.<sup>23</sup> En caso de incumplimiento por un período de noventa días la persona se constituirá en

---

<sup>23</sup> Apuntes de la materia de Derecho familiar y Sucesiones impartida por la Doctora Ma. Leoba Castañeda Rivas en la Facultad de Derecho de la UNAM en fecha 27 de septiembre de 2011.

un deudor alimentario moroso y se podrá solicitar al juez la inscripción del mismo en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) implementado en 2011 en el Distrito Federal.

## 2. Esterilidad e infertilidad

Es sabido por nosotros los abogados que tanto a nivel internacional como nacional existen los derechos reproductivos establecidos en tratados internacionales y, en el caso de México, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La ilusión de casi todas las parejas casadas o que viven en concubinato es la de procrear un hijo; desgraciadamente esto no siempre es susceptible de lograrse ya que existe la posibilidad de tener dificultades para lograr un embarazo con buen término.

“Se consideran parejas infértiles a (sic) aquellas que se ven incapacitadas de engendrar un hijo luego de haberlo intentado por un espacio de al menos doce meses, manteniendo relaciones sexuales regulares sin usar ningún tipo de anticonceptivo.”<sup>24</sup>

“...Es un problema relativamente frecuente que consiste en la no concepción tras un año de relaciones sexuales sin ningún medio de planificación...esa infertilidad es curable en más del 70% de los casos si se hace un diagnóstico adecuado.”<sup>25</sup>

En cambio, la esterilidad es la incapacidad total de concebir. Al encontrarse la pareja en la imposibilidad de procrear ya sea por esterilidad o infertilidad, es necesario determinar el origen del problema, es decir, si se halla en el hombre, en la mujer o en ambos. Esto es importante porque veremos que de aquí parte en gran medida la decisión de emplear alguna técnica de reproducción asistida

---

<sup>24</sup> Merlyn Sacoto, Sonia, *Derecho y reproducción asistida*, Editorial Cevallos, Quito, 2006, p. 37.

<sup>25</sup> Amato, María Inés, *Víctimas de la violencia, abandono y adopción*, Editorial La rocca, Buenos Aires. 2006. p.159.

o recurrir a otras opciones como la adopción, todo ello con la finalidad de curar el duelo del hijo soñado.

Cuando la infertilidad o esterilidad es de la mujer se le define como la "...patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Las causas son múltiples y complejas, y pueden responder a factores orgánicos o psicológicos."<sup>26</sup>

Hay diversos factores que pueden ocasionar infertilidad tales como la edad (más de 35 años), anormalidades menstruales, enfermedad uterina y/o trompas uterinas, cirugías pélvicas, o simplemente por prescripción médica al resultar peligroso llevar a término un embarazo, entre otras.<sup>27</sup>

La infertilidad masculina también se da por circunstancias como alteraciones en la calidad del semen debido a hábitos como el tabaquismo y el alcoholismo, cambios en la conducta sexual, etc.

Por otro lado, "Existe cierto consenso a la hora de determinar como causas más importantes de la infertilidad:

-El aplazamiento de la maternidad.

-El deterioro del semen debido, sobre todo, al efecto de factores tóxicos medioambientales.

Otras posibles causas son:

-El estrés al que están sometidos el hombre y la mujer en la vida diaria.

-La obesidad extrema.

-La anorexia.

-El alcohol y el tabaco.

---

<sup>26</sup> Chiapero, Silvana María. *Maternidad subrogada*, Editorial Astrea, Bogotá, 2012, pp. 87 y 88.

<sup>27</sup> Cfr. <http://www.imss.gob.mx/profesionales/guiasclinicas/Documents/621GRR.pdf> Consultada 7 de noviembre de 2013 a las 10:00 p.m.



-La quimioterapia, etc.”<sup>28</sup>

Es evidente que la esterilidad o la infertilidad pueden llegar a ocasionar gran daño emocional en la pareja que anhela tener un hijo. Sabemos que dentro de la naturaleza del ser humano está el hecho de concebir y procrear y al encontrarse imposibilitado para ello, como ya hemos mencionado anteriormente, se podrá recurrir a técnicas mediante las cuales se tiene la posibilidad y esperanza de realizarse como padres. “La procreación humana no es, entonces, un simple acto instintivo, sino la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y, a través de ella, prolongar la nuestra.”<sup>29</sup>

## 2.1. Métodos de reproducción asistida

Mucho se ha hablado sobre las técnicas de reproducción asistida, sus orígenes han sido muy discutidos, sin embargo, no es sino hasta el siglo XX cuando estas técnicas alcanzan un desarrollo más notable.

Los seres humanos, tenemos derechos reproductivos reconocidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

En la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo en el Cairo en septiembre de 1995 y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing 1995 “...se estableció que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.”<sup>30</sup> En nuestro sistema jurídico tenemos esta disposición de

---

<sup>28</sup> <http://www.ades.org/informe%20tecnicas%20de%20reproducci%F3n.pdf> Asociación Pro Derechos Civiles, Económicos Y Sociales. Consultada 9 de noviembre de 2013 a las 8:14 p.m.

<sup>29</sup> Chiapero, Silvana María, Ob. cit., nota 2, p. 43.

<sup>30</sup> Merlyn Sacoto, Sonia, Ob. cit., nota 2, p. 30.

manera expresa en el artículo cuarto constitucional, del cual hablaremos más adelante.

Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos destinados a ayudar en forma artificial a que se produzca la fecundación del óvulo y la implantación en la cavidad uterina para lograr el embarazo deseado.

Existen técnicas de mayor complejidad que otras. Las de menor dificultad son aquellas que se hacen a través de la inseminación artificial y a contrario sensu la fertilización *in vitro* (FIV), transferencia de gametos en la trompa de Falopio (GIFT), transferencia de embriones en la trompa de Falopio (ZIFT) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI), por ejemplo.

La inseminación artificial es aquella técnica en la cual se emplea semen que puede ser de la pareja de la mujer o de un donante (“anónimo”). El semen se recoge y procesa en el laboratorio, se inserta en la cavidad uterina de la mujer para que de esta manera surja el embarazo.

Fertilización *in vitro* “Se retira un óvulo del cuerpo de la mujer y luego, en un laboratorio, se lo mezcla con espermatozoides. Por último, se coloca en el útero de la mujer la mezcla de óvulo y espermatozoide o bien un embrión de 2 a 3 días de edad.”<sup>31</sup> Con la transferencia de gametos en la trompa de Falopio es exactamente el mismo procedimiento con la única diferencia de que, como su propio nombre lo indica, la mezcla de óvulo con espermatozoide se inserta en la trompa de Falopio.

Cuando hablamos de la transferencia de embriones en la trompa de Falopio nos estamos refiriendo a la misma técnica empleada para GIFT pero en este caso la fecundación se da en el laboratorio hasta que las células se desarrollan en la etapa embriónica llamada blastocito y la implantación se da después.

---

<sup>31</sup> Amato, María Inés, Ob. cit., nota 2, p. 167.

Por último, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos se trata de inyectar un espermatozoide único en el óvulo. El embrión que resulte de esta mezcla se implanta en el útero de la mujer o puede ser congelado para utilizarse en el futuro.

En estas circunstancias y ante el deseo de procrear, el médico se compromete a poner todo lo que esté a su alcance para lograr el embarazo en la pareja infértil. Es indudable que las técnicas de reproducción asistida son una verdadera ayuda para lograr tener descendencia, realizar el deseo que se tiene de ser padres pero no curan ni previenen la infertilidad, "... las Técnicas de Reproducción Asistida equivalen a la pastilla antigripal que disminuye los malestares de la gripe pero no combate al virus que la produce..."<sup>32</sup>

#### 2.1.2. Gestación subrogada

En la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo se reconocieron los derechos reproductivos, es decir, derecho a procrear, a determinar el número y espaciamiento de hijos así como el momento para tenerlos. En nuestro país esto se ve reflejado en el artículo 4, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quiere decir que todo mexicano goza del derecho a elegir si quiere o no tener hijos, cuántos quiere y en qué momento y el intervalo de tiempo entre uno y otro.

De tal manera que al encontrarse uno imposibilitado para procrear un hijo de manera natural se tiene la posibilidad de recurrir a alguno de los métodos o técnicas que existen actualmente como herramientas para hacer realidad el anhelo de ser padres.

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que no es absolutamente nueva en la historia de la humanidad. El nacimiento de un hijo procreado mediante este método se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo (madre gestante)

---

<sup>32</sup> Merlyn Sacoto, Sonia, Ob. cit., nota 3, p. 39.

bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a entregar al nacido a aquellos que han solicitado sus servicios quienes serán reconocidos como la madre y/o el padre recayendo en ellos los deberes establecidos por el derecho de familia.

De acuerdo con el profesor Aníbal Guzmán Ávalos, la gestación subrogada o la subrogación de la maternidad, como la llama él, "...consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado...pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos: los proveedores del óvulo y esperma; finalmente la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo."<sup>33</sup>

"El origen de la maternidad subrogada se encuentra principalmente en razones médicas que impiden la gestación, pero también puede radicar en la decisión voluntaria de gestar por otro."<sup>34</sup> Es decir, que el primer supuesto de la gestación subrogada se da en la esterilidad femenina mientras que en el segundo pudiera ser por otra causa igualmente médica, por ejemplo el riesgo que representa para la vida de la mujer.

Debemos considerar que esta gestación, como técnica de reproducción asistida, produce consecuencias que trascienden al ámbito jurídico y que hoy en día no se encuentran reguladas en nuestra legislación. Un ejemplo muy claro es la determinación de la filiación al estar involucradas tres o más personas pudiendo existir dos o tres madres y dos padres de un solo niño al mismo tiempo.

A pesar de que se habla de una verdadera gestación subrogada sólo en el supuesto en que la portadora únicamente gesta al producto de la fecundación;

---

<sup>33</sup> Guzmán Ávalos, Aníbal, Ob. cit., nota 4, p. 188.

<sup>34</sup> Chiapero, Silvana María, Ob. cit., nota 3, p. 87.

también lo es que puede darse el caso en que quien gesta además aporte el óvulo a fecundar, en este caso sería tanto madre gestante como madre genética.

### 3. Interés superior del menor

En ese orden de ideas, si se desea regular adecuadamente la gestación subrogada se debe de tomar en cuenta el interés superior del menor.

Para que podamos abordar el tema que nos compete es necesario conocer el término -menor-. En México, de acuerdo con los tratados, convenios y acuerdos que han adquirido a nivel internacional, el menor es primordialmente una persona que amerita protección debido al estado de vulnerabilidad en el que se encuentra pues aunque es titular de derechos y cuenta con capacidad jurídica de goce, no tiene la de ejercicio, pues su capacidad de obrar o actuar se encuentra limitada. Esto justifica la función tuitiva de la patria potestad.

El menor es, ante todo una persona no sólo en su dimensión jurídica, es decir titular de derechos sino también en su dimensión humana o sea ser que siente y piensa. En consecuencia “si atendemos exclusivamente a la...connotación aludida de menor, es decir, a la jurídica, es necesario tener como consigna la *salvaguarda de sus derechos fundamentales*...El menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva a proteger los derechos de su propia personalidad, así como el derecho al respeto de su dignidad. Lo anterior comprende...una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor.”<sup>35</sup>

Ahora bien, debemos aclarar que el término -menor- no es sinónimo de incapaz como se ha manejado en la doctrina, éste es la persona que se

---

<sup>35</sup> González, Nuria y Rodríguez, Sonia, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>, consultada 12 de noviembre de 2013 a las 7:47 p.m.

encuentra en la minoría de edad la cual lleva implícita la protección y ciertas limitaciones como ya lo hemos afirmado.

Estamos ante una época en la que se ha superado la igualdad en los términos “menor” e “incapaz”, la frontera entre ambos conceptos está claramente marcada, sin embargo ambos encuentran su similitud en que se refieren a la protección de un grupo poblacional vulnerable.

El hecho de que el actuar de los menores se encuentre limitado debido a sus características físicas y psicológicas no quiere decir que estén imposibilitados para tomar decisiones de incumbencia personal e incluso patrimonial. Anteriormente, el menor se encontraba totalmente sujeto a las decisiones que tomaran las personas que lo tenían bajo su cuidado a pesar de que éstas fueran erróneas y perjudicaran el interés del menor.

En ese orden de ideas “...el menor se define en la actualidad con signo positivo desde que éste ya no es considerado un ser capitidismuido, sino un ser humano con sus derechos específicos que en razón de su edad ha de gozar de un tratamiento especial.”<sup>36</sup>

Por otra parte, para comprender adecuadamente el interés superior del menor, para ello es necesario mencionar al artículo 4 párrafos VIII y IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se establece que:

Art. 4. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano

---

<sup>36</sup> González, Nuria y Rodríguez, Sonia, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>, consultada 12 de noviembre de 2013 a las 8:13 p.m.

esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

En complemento la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, niños y Adolescentes, reglamentaria del artículo 4 constitucional dice:

Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Con estos fundamentos queremos llegar a la conclusión de que el interés superior del menor no es otra cosa más que la preferencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas, para garantizarles un desarrollo adecuado en todos los aspectos de su vida. El principio del interés superior del menor es reconocido a nivel mundial, pues se han creado instrumentos internacionales con el objetivo de proteger a este sector poblacional y de obligar a los Estados a cumplir con los mismos.

### 3.1. Protección del menor a nivel nacional e internacional

Como se ha indicado todos los niños y niñas son hoy en día reconocidos como sujetos de derechos, ya no son considerados simples objetos de protección; sin embargo, al tratarse de un sector poblacional vulnerable gozan de un trato especial el cual se traduce principalmente en la obligación que tiene el Estado de garantizar a través de ordenamientos jurídicos el bienestar y protección de todos los niños y niñas, de la misma manera las personas que se encuentren al cuidado de un niño están obligados a velar y exigir el cumplimiento de sus derechos. Esta obligación de la que hablamos no sólo es a nivel nacional sino que también estamos comprometidos a través de instrumentos internacionales pues, como se ha dicho, la importancia del tema de los niños y sus derechos es una cuestión internacional.

A decir de Jorge Cardona Llorens "...a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se ha ido cambiando poco a poco el paradigma en relación con los grupos de personas consideradas "vulnerables". Ya se trate... de los niños, de las personas con discapacidad, etc. Todos estos grupos habían sido... considerados más como "objeto" de regulación jurídica que como "sujeto" de derechos."<sup>37</sup>

Los niños, como sujetos de derechos, les son protegidos y reconocidos en el marco jurídico de todos los países. En el nuestro, como el octavo párrafo del artículo 4 constitucional el cual da pauta a una serie de derechos para la niñez.

Derivado de este artículo, se crea la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, la cual en su artículo 3, expone lo siguiente:

Art. 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un

---

<sup>37</sup> González Martín, Nuria, *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 3.



desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Este artículo hace mención de los principios que rigen los derechos de los niños los cuales son: interés superior del menor, la no discriminación y la igualdad sin distinción de ningún tipo, tener una familia, una vida sin violencia, corresponsabilidad entre Estado, sociedad y miembros de la familia para respetar sus derechos humanos y garantías constitucionales. Por supuesto que dentro de los derechos de la niñez también se encuentra el de conocer su identidad, es decir saber su filiación de origen.

En el Código Civil Federal y para el Distrito Federal existe una vasta regulación respecto a los menores, abarcando todo lo referente a filiación, patria potestad, alimentos, tutela, adopción, etc. En el ámbito internacional hemos de mencionar que existen distintos instrumentos que contemplan a la infancia y van en el sentido de garantizar sus derechos, como ejemplo citaremos algunos:

- Convención sobre los Derechos del Niño,
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, y
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Hablaremos de estos textos en el capítulo tercero, queremos que quede claro la protección con la que cuentan los menores de edad y la serie de obligaciones que tenemos los adultos para el respeto y cumplimiento de sus derechos, ello es el fundamento del presente trabajo.

## CAPÍTULO II MARCO HISTÓRICO

### 1. Siglo XX, surgimiento de la inseminación artificial

Para hablar de la inseminación artificial desde sus orígenes es necesario remontarnos a los tiempos de los babilonios y árabes, se sabe que practicaron la polinización en palmeras para la obtención de mayor cantidad y calidad de dátiles. Hacia el año 1322 (siglo XIV) ya se utilizaba esta práctica en animales. Era común que lo hicieran para adulterar la estirpe de los caballos de sus enemigos. "...Un árabe de Daifur con gran éxito inseminó a una yegua con espermatozoos de un semental de la tribu enemiga; en el siglo XVII Malphigi y Bibbiena intentaron fecundar huevos de gusano de seda y Jacobi y Abbe Lázaro Spallanzini fecundaban animales (truchas y pájaros) en el siglo XVIII."<sup>38</sup>

"Los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales y en el siglo XV, se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registró en Inglaterra por el médico J. Hunter..."<sup>39</sup> A este médico se le atribuye el primer caso de inseminación artificial, mismo que se realizó exitosamente en la esposa de un mercader que padecía un defecto congénito de la uretra (hipospadias).

Al parecer el primer intento de ésta se dio en España en el siglo XV, fue utilizada por la segunda esposa de Enrique IV, la reina Juana de Portugal. Se practicó con semen del mismo rey pero no tuvo éxito debido a la esterilidad que éste padecía.

Así, fueron más los que se dedicaron a la investigación y práctica de la inseminación artificial para dar a las parejas una solución a la esterilidad que les impedía procrear hijos de forma natural. "Importantísimas se han considerado las experimentaciones del abate naturalista SPALLANZINI. En 1779, prosiguió sus prácticas en vivíparos, con resultados positivos en una perra de raza

---

<sup>38</sup> Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas: "Un nuevo modo de filiación"*, Ed. UV, México, 2001. pp. 27, 28.

<sup>39</sup> <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1334/3.pdf>, consultada 7 de enero de 2014 a las 5:57 p.m.

Barbets, de la que nacieron tres crías.”<sup>40</sup> A las pruebas y experimentos de Spallanzini le siguieron muchos otros, entre ellos el profesor de lógica y metafísica de Pisa, P. Rossi quien repitió el método del anterior científico en la misma raza y con gran éxito.

Para el año de 1785 las pruebas en humanos se hicieron constantes. Thouret, decano de la Facultad de Medicina de París fecundó a su mujer mediante una inyección intravaginal con una jeringa de estaño, lo hizo con su propio semen; en 1791 el cirujano inglés Hunter consiguió que una mujer tuviera un hijo mediante la técnica de la inseminación.

En 1838 aproximadamente, el doctor Sancho Martín (en Valencia) creó un instrumento ideado para la realización de las inseminaciones artificiales, esto a través de una operación, pero fue rechazado principalmente porque lo creían inútil y contrario a la moral tanto de la mujer, el hombre y el médico. Sin embargo, en 1876 se dieron a conocer casos en los que la operación había tenido éxito.

A finales del siglo XIX la inseminación artificial era totalmente conocida y había progresado maravillosamente, pese a eso, la sociedad e incluso la profesión médica en general no la aceptaban del todo pues consideraban que traería consigo problemas de índole moral y jurídica.

No obstante los rechazos que recibía esta técnica de reproducción, en 1883, la Sociedad de Medicina Legal de París se declara a favor de la inseminación artificial, se publica en la citada ciudad<sup>41</sup> la novela *Le faiseur d'hommes*, de Debut Laforet y Rambaud, apoyando la inseminación con donante. La inseminación artificial ahora contaba con la posibilidad de realizarse mediante

---

<sup>40</sup> Moro Almaraz, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 27.

<sup>41</sup> En 1885, mismo tiempo en que se publica una tesis que era una contribución a la historia de la fecundación artificial y la cual fue rechazada por la Facultad de medicina. Un año antes, el Tribunal de primera Instancia de Burdeos le niega honorarios a un doctor por practicar la técnica.

una donación lo que implicaba mayor posibilidad para las personas de realizarse como padres.

En 1897, se produjo uno de los hitos más importantes: la Congregación del Santo Oficio de Roma, en fecha 24 de marzo declara a la inseminación artificial como no lícita, Pío XII matizó algunos puntos en ciertos discursos a los médicos.

Más allá de los antecedentes que pudieran existir sobre el tema, es en el primer tercio del siglo XX donde todo esto tiene mayor importancia y se iniciaba una nueva etapa en la cual era posible eliminar el contacto entre los cuerpos para llegar a la procreación.

Es en el mencionado siglo cuando la inseminación se propagó por los estados más avanzados de religión protestante, principalmente en Estados Unidos, Inglaterra, Suecia y Rusia.

Se crearon bancos de semen alrededor de los años cuarenta pero para que existieran era importante saber cómo conservarlo y precisamente en el año de 1939 Lardy y Phillips dieron a conocer una forma muy natural de conservación, nos estamos refiriendo a la yema de huevo. Fue el primer paso para el almacenamiento de esperma. En 1940 se estableció en Estados Unidos el primer banco de semen; en 1953, Sherman obtuvo la primera inseminación utilizando semen congelado, resultando con éxito un embarazo.<sup>42</sup>

Es a partir de esta época en que empezaría a surgir la fecundación *in vitro*, compleja y extraordinaria al mismo tiempo, enfocada a combatir la esterilidad para lograr la procreación en aquellas personas que por diversas circunstancias no podían concebir hijos por medios naturales. Sin embargo, la inseminación artificial no era desplazada ya que la fecundación *in vitro* aún era simple experimentación.

---

<sup>42</sup> Brena Sesma, Ingrid, Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>, consultada el 07 de enero de 2014 a las 11:56 p.m.

A pesar de la investigación y experimentación que existía sobre la fecundación *in vitro* como una nueva técnica, la aplicación de la inseminación se hizo de forma masiva en los años 1943 a 1945, es decir, en la Segunda Guerra Mundial, se inseminaba a las mujeres de los soldados combatientes, transportando sus semen hasta donde estaban ellas.<sup>43</sup>

Al llegar a oídos de otros países esto causó cierta preocupación y en Suecia se nombró una Comisión para emprender un proyecto de regulación de la inseminación artificial aunque la intención de regularla no funcionó, sin embargo, en Italia comenzaron a surgir los primeros conflictos ante tribunales debido a esta técnica de reproducción.<sup>44</sup>

“El llamado caso de Padua despertó en su día gran interés: Se presenta demanda por adulterio de una mujer casada (separada) que había tenido un hijo sin que hubieran mediado relaciones con el marido. La citada mujer había sido inseminada artificialmente después de la separación, de cuya operación había concebido al hijo. En primera instancia, la Prefectura de Padua absuelve en 1958; el Tribunal de apelación de Padua de 16-2-1959 la condena, y el Tribunal Supremo, en St. 16-1-1961, la absuelve también. La sentencia del Tribunal de Roma de 30 de abril de 1956, será pionera en el debate sobre el valor del consentimiento que presta el marido a la IA de su mujer en orden a la filiación, admitiendo la posibilidad de impugnar la paternidad que aceptó.”<sup>45</sup>

Mientras tanto, se seguía con experimentos de fecundación *in vitro*, es decir, continuaba la fecundación extracorpórea logrando mantener a la mórula por más tiempo pero sin implantarla en el útero materno. Es entonces cuando se inicia el verdadero desarrollo de la fecundación *in vitro* y el nacimiento de los primeros “niños probeta”.

---

<sup>43</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 32.

<sup>44</sup> *Ibíd*em, p. 33.

<sup>45</sup> *ídem*.

### 1.1. Robert G. Edwards y Patrick Christopher Steptoe: antecedentes de la fecundación *in vitro* (60s)

Desde los años cuarenta ya se tenían ideas sobre un modo de reproducción en donde se fecundara y cultivara un óvulo *in vitro*, es decir, de forma extracorpórea. 1949, se iniciaron los proyectos relacionados con la fecundación *in vitro* (FIV), al igual que en la inseminación artificial, las investigaciones y experimentos comenzaron con animales "... Hammond demostró la posibilidad de cultivar embriones de ratón. Casi diez años más tarde, Whitten confirmó el descubrimiento de Hammond y demostró, a su vez, que era posible desarrollar *in vitro* desde embriones de dos células, cuando se introducía un pequeño cambio de componentes en el medio de cultivo."<sup>46</sup> Así se siguió con los experimentos hasta que en 1959 se consigue la primera fertilización *in vitro* en conejos.

El año de 1969 se consiguió aislar a un gen y hacerlo visible al microscopio (este hecho se atribuye a tres personajes: Beckwith, Shapiro y Eron). También es en este año cuando australianos e ingleses trabajaron arduamente para lograr el primer embarazo por fecundación *in vitro*. Sin embargo, no consiguen y sería Robert G. Edwards y Patrick Christopher Steptoe, en Inglaterra, quienes a finales de los años setentas lograrían el primer embarazo mediante esta nueva técnica.

Robert Geoffrey Edwards, fisiólogo británico pionero en la investigación en medicina reproductiva y fecundación *in vitro*. A mediados de los años cincuenta Edwards vio la posibilidad de extraer de una mujer su óvulo y fecundarlo con el espermatozoide de un donante en un laboratorio. "En la década de los sesenta pudo determinar con precisión, además de los cambios preovulatorios que ocurrían en los folículos del ovario, el tiempo de maduración de las células sexuales y el momento exacto en el que éstas pueden ser colectadas para su

---

<sup>46</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 17 y 18.

cultivo en preparaciones aisladas. Además, hizo posible el control de estos procesos mediante la administración previa de hormonas, lo que constituye un antecedente de gran importancia en el desarrollo de la FIV<sup>47</sup> (Fecundación *In Vitro*).

Un grupo de investigadores que formaron un equipo de trabajo con el Royal Women's Hospital siguieron los trabajos del doctor Edwards. Dicho grupo, desde 1970 tomaban óvulos en intervenciones quirúrgicas y en 1973 comenzaron los primeros intentos de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, sin éxito alguno.

Patrick Christopher Steptoe, ginecólogo británico pionero del tratamiento para la infertilidad, junto con Edwards desarrollaron la técnica de la fecundación *in vitro*. Desarrolló "...la técnica de la laparoscopia dentro del campo de la ginecología, que consiste en la introducción de un delgado tubo en la cavidad abdominal, lo que permite la visualización y el estudio del desarrollo de los folículos ováricos *in vivo*...."<sup>48</sup>

Ambos genios reportaron en los años setenta sus primeras observaciones sobre la fertilización *in vitro* en donde mostraron cómo se producía la penetración del espermatozoide, su fusión con los óvulos cultivados y la formación del embrión en medios artificiales. Después de esto el siguiente paso era la implantación del embrión en el útero de la mujer. Sin embargo, luego de catorce implantaciones, para 1974 ninguna había tenido éxito.

En 1976 lograron su primera implantación, sólo que ésta la hicieron en el lugar equivocado, por lo que el embarazo tuvo que ser interrumpido. Sin darse por vencidos, en 1978 mediante comunicado al editor de la revista *Lancet* titulado "Nacimiento consecutivo a la reimplantación de un embrión humano" revelan lo que cambiaría todo lo conocido hasta ese momento sobre la

---

<sup>47</sup> Flores, Javier y Blazquez Graf, Norma, "Tecnologías de reproducción asistida en el siglo XXI y su impacto social", en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción Asistida*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 20.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 21.

reproducción humana mostrando que “...varios de los procesos biológicos esenciales, incluidas la fertilización y la formación del embrión, pueden ocurrir fuera del cuerpo y dar lugar al nacimiento de seres humanos perfectamente sanos.”<sup>49</sup>

Es sobre esta línea que el 25 de julio de ese mismo año, 1978, se da el nacimiento de la primera niña concebida mediante la técnica de fecundación *in vitro* a la que llamaron Louise Joy Brown.<sup>50</sup>

En Francia se vio el primer caso de fecundación *in vitro* en el año de 1982 bajo la dirección de los doctores Friedman y Testard; es España ocurrió en el mismo año con el nacimiento de Victoria Anna, trabajo de los doctores Dexeus y Barri en conjunto con la bióloga Ana Veiga; el 13 de abril de 1984 nace en Australia la niña Zoe, producto de un embrión congelado que implantó el doctor Woode.

## 1.2. Primera implantación (70s)

El doctor Steptoe creyó posible superar la infertilidad en la mujer extrayendo de ella un óvulo para fecundarlo con el esperma, todo ello fuera del útero, manteniendo viva la mórula que resultara de la fecundación hasta que se formara el embrión (desarrollo en blastocitos) para implantarlo en el útero. Para Steptoe, la experiencia y el conocimiento del doctor Edwards fue de gran inspiración e impulso, Edwards sabía el momento indicado de madurez del óvulo y el oportuno para que se diera la fusión del mismo con el espermatozoide. Por otro lado, Steptoe a través de la laparoscopia desarrolló un procedimiento para extraer los óvulos maduros y en el año de 1969 ambos consiguen la fertilización de un óvulo en laboratorio.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>50</sup> Fue un acontecimiento mundial con gran difusión, trajo consigo grandes cambios sobre la concepción de la reproducción humana, comenzó una nueva era: la de los famosos “bebés de probeta”.



### 1.2.1. Nacimiento de Louise Brown, era de los “bebés de probeta” (1978)

En el otoño de 1976, una mujer con las trompas de Falopio bloqueadas acudió al Kershaw's Cottage Hospital en busca de un tratamiento para tener un hijo propio, el 10 de noviembre de 1977, se sometió a un procedimiento, en el cual se empleó la laparoscopia, que más tarde se conocería oficialmente como fecundación *in vitro*, desarrollado por Patrick Steptoe y Robert Edwards.

El 26 de julio de 1978 nació en Inglaterra Louise Joy Brown, la primera niña concebida mediante la novedosa técnica. Fue entonces cuando se convencieron de que un embrión podía ser creado en un laboratorio donde gametos femeninos y masculinos se unieran sin la necesidad de que exista el contacto sexual.

A pesar de que todos los medios se referían a Louis Joy Brown como la “bebé probeta” en realidad su concepción tuvo lugar en una placa de Petri (es un artefacto de vidrio o plástico un poco profundo y lo utilizan los biólogos para el cultivo de células, se llama así debido a que su inventor es Julius Richard Petri). Posteriormente, cuatro años después de nacer Louis nació Natalie Brown, su hermana, mediante la misma técnica de fecundación *in vitro*.

El empleo de la fecundación *in vitro* siguió junto con el embarazo exitoso y nacimiento de muchos niños concebidos por esta técnica, así el segundo nacimiento se produce en Calcuta el 3 de octubre del año 1978, a partir de embrión previamente congelado; el tercer nacimiento se produjo en Edimburgo el 14 de enero de 1979. En España logran su primer niño mediante fecundación *in vitro* en julio del año 1984; en octubre del mismo año nacen los primeros gemelos a partir de la misma técnica y el 4 de diciembre se consigue el primer embarazo en el centro de la Seguridad Social de Cruces (Baracaldo) donde ya había un gran número de mujeres en espera para someterse a esta técnica.

Es a partir de los acontecimientos que sucedieron en 1984 que se les comenzó a llamar “niños probeta”. Pero lo más importante y trascendente para

efectos de nuestro trabajo es que se comienzan a dar los supuestos en que la madre genética no coincide con la que gestó al niño. Por lo anterior es importante referir los siguientes casos donde se presenta la situación descrita con antelación.

“El doctor WOOD, de la Monash University de Melbourne, fecundó en laboratorio en óvulo donado por una mujer con semen del marido de una segunda estéril por causas ováricas. También el doctor J. BUSTER, del Harbor-Ucla Medical Center de Torrance (California), inseminó a una mujer estéril con semen del marido de una mujer estéril, por las mismas razones. Extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera y lo introdujo en la matriz de la segunda, donde tuvo lugar el resto del desarrollo embrionario.”<sup>51</sup>

Desde Louise Joy Brown, la primera niña fruto de una fecundación *in vitro*, a nuestros días el panorama científico ha cambiado enormemente, se han logrado cosas que se pensaba que sólo estaban en la ciencia ficción. Animales clonados, embriones libres de una enfermedad hereditaria, la concepción del ser humano sin la necesidad del contacto físico entre dos personas, investigaciones con células madre embrionarias, en fin, cuestiones con una clara implicación moral, que no pasan desapercibidas y sobre las que es necesario legislar.<sup>52</sup>

Con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida han acontecido una serie de conflictos jurídicos y sociales y es necesario que el derecho regule este tipo de situaciones tan importantes en donde se ven involucradas y afectadas diversas instituciones de derecho familiar, inmiscuyendo a los seres humanos más frágiles que son los niños. Desde el comienzo de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* algunos países se preocuparon por esta circunstancia y comenzaron proyectos para regular los efectos que sobrevenían con todo esto.

---

<sup>51</sup> Moro Almaraz, Ma. Jesús, Ob. Cit., nota 2, p. 37 y 38.

<sup>52</sup>Cfr. Cristina de Martos, El mundo.es, “Treinta años después del nacimiento de Louis”, Salud, España, 2008. <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/16/mujer/1216227057.html> Consultada 5 de febrero de 2014 a las 6:57 p.m.

## 2. Siglo XXI

Es en este siglo cuando la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* están en su más grande apogeo, dando origen a otras formas para combatir la infertilidad y esterilidad, formas que son en nuestros días cada vez más recurrentes y que se originaron gracias al avance de la ciencia, la tecnología y a los antecedentes que ya se tenían para darle a las personas una posibilidad de revertir la esterilidad o infertilidad, en su caso, siendo posible realizarse como padres.

### 2.1. Desarrollo de nuevas tecnologías

Luego de las aportaciones de los doctores Edwards y Steptoe, en el siglo XXI hay avances tecnológicos que favorecen el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida para rezagar a la infertilidad. Junto con ello se dan nuevas armas para comprender mejor la reproducción humana y los procesos biológicos de la misma, sin dejar de mencionar que se evolucionó de tal manera que la reproducción humana no sólo es posible lograrla en vida sino que ésta se extendió después de la muerte. Esto gracias a que, como ya lo habíamos mencionado, los gametos femeninos y masculinos pueden conservarse por largos períodos a muy bajas temperaturas y si una mujer al enviudar decidiera que quiere tener un hijo de su esposo fallecido sería posible siempre y cuando así lo hayan prevenido y cuente con las células sexuales de su esposo almacenadas.

#### 2.1.1. Trasplante de ovarios

Con los avances en el campo de las tecnologías de reproducción asistida han hecho posible la existencia de más formas para combatir la infertilidad, entre ellas destaca como la más actual la conservación prolongada de pequeños fragmentos de ovarios y el posterior trasplante de este tejido ovárico.

Esta técnica que comenzó a utilizarse a inicios del siglo XXI es el trasplante de ovarios. Todo esto tiene un origen meramente terapéutico pues resulta que

las mujeres que sufren de alguna enfermedad mortal como el cáncer, al someterse a los tratamientos para erradicar la enfermedad (quimioterapia o radioterapia) éstos son tan agresivos que provocan daños irreparables en la función ovárica.

Es por esa razón principalmente que se desarrolla el trasplante de ovarios, básicamente consiste en una cirugía en la que se le trasplanta tejido ovárico a la mujer luego de haber concluido con su tratamiento para combatir la enfermedad que padece. El trasplante se practica con tejido ovárico de la misma mujer, antes de ponerse en tratamiento ésta se sometía a un procedimiento mediante laparoscopia mediante el cual extraían pequeños fragmentos de tejido ovárico y lo ponían a conservación, de manera que al derrotar a la enfermedad se sometía al trasplante de ovarios para preservar las células sexuales femeninas.

A continuación explicaremos las características de esta técnica en palabras del doctor Javier Flores (Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México y Departamento de Investigaciones Educativas del Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional):

“...joven que padece algún tipo de cáncer. Antes de recibir la quimioterapia se obtiene con su consentimiento una parte de su tejido ovárico, que se preserva a muy bajas temperaturas. Una vez concluido su tratamiento y que el cáncer ha sido erradicado –lo que implica meses o años-, ella puede decidir embarazarse. Mediante un procedimiento técnico muy simple y a la vez riguroso se obtienen pequeños cortes del tejido almacenado, que pueden ser de aproximadamente 2 x 2 milímetros, los cuales, mediante laparoscopia, se llevan al interior de los ovarios que ya no son funcionales, o a regiones cercanas a éstos... Se trata en este caso de un autotrasplante, con lo que se eliminan los problemas de rechazo. El tejido trasplantado recupera su capacidad para la producción de

hormonas, lo que influye en todo el organismo para el restablecimiento el (sic) ciclo sexual.”<sup>53</sup>

Es importante mencionar que esta técnica surgió no con el fin de realizar trasplantes sino con el propósito de conservar las células sexuales femeninas en mujeres que padecían cáncer, es decir, que el objetivo era lograr que se pudiera concebir un hijo luego de estar sometida a un tratamiento tan agresivo como lo es la quimioterapia.

#### 2.1.1.1. Oktay (2000)

El doctor Kutluk Oktay, “es uno de los principales expertos del mundo en la preservación de la fertilidad, así como la estimulación ovárica y la fertilización *in vitro* para los tratamientos de infertilidad. Él desarrolló y realizó primero los procedimientos de trasplante de ovario en el mundo, así como nuevos protocolos de estimulación ovárica pioneras para el embrión y la congelación de ovocitos para... pacientes con cáncer de endometrio.”<sup>54</sup> También fue quien desarrolló la técnica de la laparoscopia.

En el año 2000, junto con su grupo de colaboradores, Kutluk Oktay de la Universidad de Cornell en Nueva York mostró que la función ovárica podía ser reestablecida luego de trasplantar tejido ovárico a dos mujeres en el antebrazo.

Luego de años de investigación sobre este procedimiento de trasplante de ovarios, en tiempos más recientes, año 2013, descubrió los factores que disminuyen la fertilidad de la mujer cuando ésta va envejeciendo. Esto es un descubrimiento que podría darle a las mismas una vida reproductiva más larga, aumentando sus esperanzas de procrear un hijo incluso a una edad en la que hoy en día se cree imposible por diversas cuestiones que no favorecen ni a la madre ni al bebé.

---

<sup>53</sup> Flores, Javier y Blazquez Graf, Norma, Ob. cit., nota 2, p. 26.

<sup>54</sup> <http://www.nymc.edu/people/kutluk.oktay/> Consultada 5 de febrero de 2014 a las 11:23 p.m.

#### 2.1.1.2. Radford (2001)

Radford mostró con su trabajo de investigación que la conservación y el posterior trasplante de tejido ovárico permitía reestablecer la función ovárica en una paciente que había sido tratada por linfoma.

En 1997 los médicos diagnosticaron a una mujer un linfoma de Hodgkin, un tipo de cáncer del sistema linfático (El sistema linfático está formado por una serie de vasos que recorren todo el cuerpo y por ganglios que son como unos colectores. Los ganglios linfáticos son como unas pequeñas bolsitas o racimo de uvas que se encuentran en zonas como el cuello, las axilas, las ingles, el tórax, el abdomen y la pelvis). Tenía tan sólo 25 años y antes de someterse al tratamiento contra el cáncer, los médicos extrajeron muestras de uno de sus ovarios para mantenerlas congeladas dejando el otro ovario intacto.

En 2003, totalmente curada de la enfermedad, la mujer recibió un trasplante de su propio tejido ovárico, conservado hasta entonces mediante una técnica conocida como criopreservación (que no es más que el almacenamiento de los gametos femeninos a muy bajas temperaturas para poder conservarlos en buenas condiciones por mucho tiempo). A los cuatro meses su organismo volvió a ovular y a tener la menstruación normalmente, logrando quedar embarazada.

#### 2.1.1.3. Jacques Donnez (2004)

Ouarda Touirat que ahora tiene 42 años, es la mujer de la que hablamos en el punto anterior quien para luchar por su vida tomó la decisión de someterse a tratamiento de quimioterapia y radioterapia. Al saber las consecuencias que los tratamientos contra el cáncer podían traer en su salud reproductiva optó por congelar parte de su ovario izquierdo para someterse a un tratamiento experimental que le permitiera restaurar su fertilidad cuando se recuperara del cáncer.

Fue en febrero de 2003 cuando Ouarda recibió la noticia de que le había ganado la batalla al cáncer. En julio de ese mismo año ginecólogos belgas le

reimplantaron el tejido congelado, pero en este intento no tuvieron éxito. Sin embargo, los médicos probaron por segunda vez y tuvieron éxito. La mujer empezó a ovular y tres semanas después, logró quedar embarazada de forma natural. La gestación y el parto se desarrollaron sin complicaciones.

En Bélgica en el año 2004, nació la hija de Ouarda convirtiéndose en la primera niña producto del trasplante de ovario, lo más importante de este nacimiento es que la fecundación ocurrió de forma natural. Este logro fue por supuesto de Jacques Donnez y su grupo colaborador en la Universidad Católica de Lovaina en Bruselas. Pero, como siempre ocurre, el éxito que se había logrado obtuvo fuertes críticas pues decían que incluso después de la quimioterapia los ovarios podrían conservarse sin ningún daño y que por lo tanto el trasplante no tenía razón de ser.

Luego de dos años, en 2006, Donnez demostró la efectividad de la técnica de trasplante pues se había comprobado que estos tratamientos causaban daños irreversibles en el tejido ovárico lo que impedía que las mujeres recuperaran su fertilidad.

#### 2.1.1.4. Dror Meirou, trasplante y fecundación *in vitro*

Tras las críticas que recibió Donnez, al año siguiente (2005) el doctor Dror Meirou del centro médico de Sheba en Tel Aviv, Israel reportó el nacimiento de una niña mediante una técnica muy similar a la que se había utilizado en 2004, la diferencia entre ambos nacimientos fue que la segunda no se concibió por medios naturales sino mediante la fertilización *in vitro*. Y es así como se demuestra que la técnica de trasplante de ovarios funciona en ambos planos, es decir, teniendo la concepción de forma natural y artificial.

Al término de la primera década del siglo XXI eran más de diez niños sanos los que nacieron mediante el trasplante de ovarios.

## 2.2. Nuevas técnicas de reproducción

Dentro de este tema quisiéramos abordar el de la gestación subrogada, que por supuesto no es algo nuevo pues la subrogación de la maternidad tiene sus orígenes incluso desde el viejo testamento, pero es una de las técnicas más controvertidas que existen en la actualidad.

En el pasado era común que un hombre tuviera un hijo con una mujer casada y que hicieran pasar como hijo del matrimonio al menor o que la esposa aceptara como suyo, ante la sociedad, el hijo de su esposo con otra mujer. Desde luego, son situaciones que hoy día siguen ocurriendo pero que no son bien vistas por la sociedad.

Como ya lo mencionábamos se ha sugerido que los orígenes de la gestación subrogada vienen desde la historia bíblica de Abraham y Sara, en este caso, Sara no había podido dar hijos a Abraham y pensó que quizás a través de otra mujer, Agar, podría darle un hijo a su esposo y es así como pasó, Agar y Abraham tuvieron un hijo al que llamaron Ismael. Esto se repetiría con Jacob y sus esposas Raquel y Lía, sin embargo, los doctrinarios especialistas en el tema que nos atañe opinan que el texto del antiguo testamento no puede ser el origen de la gestación subrogada ya que en los pasajes de la biblia la que da a luz siempre es la madre.

Nosotros tomaremos el origen por razones médicas como el más coherente, razones médicas en virtud de la esterilidad que puede sufrir la mujer, es decir, aquella incapacidad para lograr un embarazo. Al no poder solucionar el problema de la esterilidad a través de tratamiento farmacológico o mediante alguna cirugía, que implica las técnicas antes vistas, existe la posibilidad de que otra mujer realice la función de gestar.

La esterilidad implica que los gametos femeninos no son funcionales, por lo tanto además se debe recurrirse a la donación de óvulo y por supuesto a la que se conciba y geste por medio de otra mujer.



No perdamos de vista que esta técnica no obedece única y exclusivamente al deseo de la mujer de ser madre, hay hombres solteros que anhelan la paternidad o incluso parejas homosexuales que desean tener un hijo; y que esto es aceptado en países como España. Para no dejar de lado los antecedentes de la gestación subrogada pasemos a hablar sobre lo que podría decirse el primer acontecimiento de esta naturaleza, de subrogación de la maternidad.

Si queremos saber sobre los casos en que por primera vez se habló de una gestación o maternidad subrogada, debemos remontarnos al año de 1975. En Estados Unidos de América, aparece en un diario de California un anuncio en el que se solicitaba a una mujer para que se le practicara una inseminación artificial con el objetivo de procrear un bebé mismo que sería entregado a una pareja que padecía de esterilidad. La mujer que aceptara hacer esto debía aportar su propio óvulo, el anuncio hizo mención de una remuneración.

Vemos como la idea original de la maternidad subrogada consistía en la aportación de óvulo propio de la que sería la portadora, es decir, de la mujer que llevaría la gestación del bebé hasta su término. De ahí que en la doctrina de los Estados Unidos de América conceptualiza a la maternidad subrogada de la siguiente manera:

“La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico...”<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Coleman, “*Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions*”, Tennessee Law Review, No. 50, p. 71, citado por Chiapero, Silvana María, Ob. Cit, nota 4, p.94.

Algunos países como Estados Unidos y España han regulado el tema de la gestación subrogada, cosa que no se ha hecho íntegramente en nuestro país, pero antes de que ya estuviera regulada se habían creado instituciones de maternidad en Francia e Inglaterra. Dichas instituciones tenían el fin de darle a las parejas que no podían concebir hijos la posibilidad de hacerlo a través de otra mujer, sin embargo, pese a que se dieron muchos nacimientos mediante esta técnica países de Europa comenzaron a limitar o prohibir esta práctica, en cambio, en Estados Unidos de América esta práctica es muy común y las normas que la regulan son más flexibles. Parejas de diversas nacionalidades, principalmente de países europeos acuden a este país para realizar el anhelo de ser padres.

Nunca falta la opinión religiosa en este tipo de temas tan delicados y siendo la iglesia católica “protectora” de la familia y de las cosas que surgen por su propia naturaleza, se mostró en contra de la subrogación de la maternidad al ser contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación del ser humano además de representar una falta a las obligaciones del amor materno y de la fidelidad conyugal.<sup>56</sup>

El primer caso de maternidad subrogada del que se tiene registro en Estados Unidos ocurrió en el año de 1989 “se trataba de una pareja americana, el matrimonio Stern, que al no poder tener descendientes contrató a la señora Whitehead, casada, para que esta última fuera inseminada con los gametos del señor Stern y posteriormente, entregara el nacido a la pareja. Todo ello a cambio de un precio. Sin embargo, llegado el momento, la señora Whitehead, que dio a luz a una niña, se negó a entregarla. El caso fue resuelto en apelación

---

<sup>56</sup> Cfr. Vela Sánchez, Antonio J., *La maternidad subrogada: “Estudio ante un reto normativo”*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 21.

por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concedió la custodia al matrimonio Stern.”<sup>57</sup>

En México, sólo los Estados de Tabasco y Sinaloa tienen regulación al respecto; Tabasco desde 1997 cuenta con una ley en la materia quedando plasmada esta figura de la gestación subrogada en su Código Civil. En el año 2012, la práctica tuvo gran auge ya que se adicionó a la regulación el reconocimiento legal de hijos nacidos mediante la subrogación de vientre. A decir el artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco en su tercer y cuarto párrafos contempla:

Art. 92, párrafos tercero y cuarto. 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.

---

<sup>57</sup> Hernández Ramirez, Adriana y Santiago Figueroa, Jose Luis, *Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/el/el11.pdf> Consultada 9 de febrero de 2014 a las 9:17 p.m.

Actualmente, con los avances tecnológicos, buscar una mujer para que preste su vientre incluyendo a veces donar su óvulo está a un click de distancia pues se han encontrado infinidad de anuncios por internet en el que se solicita una mujer para someterse a esta técnica. Esto se da tanto en nuestro país, “incluso, hay páginas en redes sociales y sitios de ventas, como la de Facebook que tiene el nombre expreso de “Madre subrogada alquiler de vientre en México”, donde existe intercambio de peticiones y solicitudes con mujeres de varios estados como Tamaulipas, Sinaloa, Coahuila, Jalisco y D.F., entre otros.”<sup>58</sup>

En la gestación subrogada podemos hablar de dos tipos: “la subrogación parcial (genética) cuando la concepción ocurre usando el esperma del padre y el óvulo de la madre sustituta; y la subrogación completa (no genética), cuando ambos, el óvulo y el esperma son de los padre que hacen el encargo.”<sup>59</sup>

Tenemos diversos escenarios, a saber, con la práctica de la gestación o maternidad subrogada podemos encontrar diversificación de funciones maternas: la maternidad genética cuando hay aportación de material genético (óvulo); maternidad de gestación, no hay aportación de gameto; y la atribución de la función jurídico-social, es decir la maternidad legal o jurídica. Nuestro escenario se complicaría más cuando cada una de estas funciones corresponde a una mujer distinta.

Nos enfocamos en la subrogación total o genética, cuando una mujer incapaz de concebir y gestar acepta que se utilice el esperma de su esposo y que sea fecundado con el óvulo de otra mujer, misma que llevará a cabo la gestación para después entregar el bebé a la pareja solicitante. En este orden de ideas será que hablemos en el capítulo cuarto al abordar la problemática que esto trae como consecuencia para definir la filiación del menor respecto de los padres “legales”.

---

<sup>58</sup> Cfr. Barboza, Roberto, “Renta de úteros, a un click de distancia”, El Universal, Estados, México, 16 de diciembre de 2013.

<sup>59</sup> Golombok, Susan, “Nuevas formas familiares”, en Esteinou, Rosario (coord.), *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos*, México, Ed. CIESAS, 2012, p. 44.

Con referencia a los dos párrafos anteriores, sabemos a través de la doctrina y ciertas cuestiones naturales que desde antes que apareciera la subrogación de vientre la paternidad siempre se ha considerado como algo incierto y que en caso de controversia debía probarse, en cambio la maternidad (anterior a la gestación subrogada), siempre era cierta, desde el axioma romano *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta).

En nuestro primer capítulo, mencionamos los supuestos con los que se demuestra la maternidad, éstos supuestos son lo que le dan fuerza al principio romano del que hablamos: el parto de la madre y la identidad del hijo, es decir, que sea efectivamente el hijo que dio a luz. “La máxima *mater semper certa est* se traduce en la certeza del hecho directo e indubitado de la gestación y el parto, de modo que la maternidad se anuncia por el embarazo y se manifiesta por el alumbramiento. La relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación biológica y jurídicamente (sic).”<sup>60</sup> Con la técnica que estamos tratando el principio romano queda desechado.

Aunque Antonio José Vela Sánchez opina que la madre portadora debe ser considerada como la madre jurídica ya que de la gestación se desprende una estrecha relación entre ella y el concebido, es decir, que la madre portadora contribuye con todo su cuerpo para formar en óptimas condiciones al nuevo ser.

Con dicha opinión estoy totalmente de acuerdo y si a eso le sumamos que es la portadora del material genético para la concepción no cabe duda de que tendría todos los derechos y deberes inherentes a la maternidad, por ello no es posible que al dar a luz se desprenda de ellos por la simple existencia de un acuerdo sino que para que se constituyan a favor de la solicitante debe hacerse mediante un acto más complejo.

---

<sup>60</sup> Vela Sánchez, Antonio J., Ob. cit., nota 2, pp. 31 y 32.

### 2.2.1. Donación de óvulos y espermatozoides

Es en este tema donde nos importa hablar bien de la criopreservación, que como hemos dicho, se trata de una técnica empleada para conservar gametos sexuales a muy bajas temperaturas, conservarlos en congelación por largos periodos. En 1983, en el hospital australiano de Monash informaron sobre el embarazo que tuvo lugar al transferir un embrión que había sido congelado por un período de cuatro meses. Desafortunadamente el embarazo tuvo complicaciones y se interrumpió dos semanas después de haber sido implantado.

Al siguiente año del incidente comentado nació la primera niña con la utilización de la criopreservación de embrión, fue con este acontecimiento que los laboratorios australianos se llevaron el título de pioneros en la congelación y criopreservación de gametos y embriones humanos.<sup>61</sup>

Cuando hablamos de la donación de un óvulo o de espermatozoide debemos fijar la idea de que el producto de una inseminación o de una fecundación *in vitro* estará genéticamente relacionado únicamente con uno de los padres.

Por ello es muy común que la mayoría de los padres que tienen un hijo a través de la donación de gametos no hablan del tema con sus descendientes, es decir, ocultan la forma en que fueron concebidos y por lo tanto están limitando el derecho que tiene el menor de conocer su origen. Afortunadamente, países como Estados Unidos de América le dan mucha importancia al conocimiento de los orígenes genéticos de toda persona; en Estados Unidos, por ejemplo, el banco de esperma de California ha instituido un programa de revelación de la identidad, por el cual los niños que son concebidos mediante la donación de gametos puedan obtener información respecto de su identidad genética con la sola condición de que podrán acceder a esa información al cumplir 18 años.

---

<sup>61</sup> Cfr. Alkorta Idiakez, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, Ed. Aranzadi, España, 2003, p.40.

El primer nacimiento de un niño procreado mediante la donación de óvulo fue en Los Ángeles, California en el año de 1984. Diez años más tarde, una mujer italiana de edad avanzada dio a luz gracias a que se le implantó un óvulo proveniente de una donadora, debido a sus años tuvo que someterse a tratamiento para crear las condiciones necesarias para que el embarazo se diera en las mejores condiciones y no pusiera en riesgo su bienestar.

Al contrario, la donación de espermatozoides es aún más antigua, los bancos de gametos fue una idea desarrollada desde el siglo XVIII por el italiano Lázaro Spallanzini, idea que no pudo ser concretizada. Después de casi cien años, el también italiano Montegazza experimentó y logró que algunos espermatozoides sobrevivieran a muy bajas temperaturas con lo cual comenzó el almacenamiento de semen para parejas que fueran estériles.

A partir de Montegazza se fue expandiendo esta idea y como lo hemos dicho anteriormente, se crearon los primeros bancos de esperma en Estados Unidos alrededor de los años cuarenta que junto con la tecnología de la criopreservación fue posible almacenar los gametos masculinos para que una mujer con el deseo de ser madre pudiera cumplirlo.

Obviamente los donadores de gametos deben cumplir con ciertos requisitos que acrediten salud física y la capacidad jurídica para hacerlo. Nos referimos a que tenga la edad suficiente como para estar consciente de lo que implica un hecho de esta naturaleza y que de la misma forma cuente con buen estado de salud (sin enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que puedan ser transmisibles).

Pasa lo contrario con los óvulos en la técnica de la criopreservación, los gametos femeninos son muy sensibles a los cambios de temperatura y no sobrevivirían a la congelación o de hacerlo su estructura se vería afectada corriendo el riesgo de quedar disfuncionales.

Sí hay casos registrados de embarazos logrados a partir de óvulos descongelados, en 1996 comenzaron con la congelación de gametos femeninos pero en su momento fue muy debatido si el número de embarazos que se han logrado con esta técnica de criopreservación es el suficiente como para decir que es una técnica segura y viable como lo es con los gametos masculinos.

En tiempos más actuales se ha desarrollado la criopreservación en óvulos, a medida que se iba perfeccionando la técnica de congelación y descongelación de óvulos la criopreservación se convirtió en una constante y se utilizaría como una prevención de la esterilidad en mujeres que se sometieran a tratamientos contra algún tipo de cáncer ya que se había demostrado que quienes llevaban tratamientos de quimioterapia o radioterapia sufrían daños irreparables principalmente en los ovarios, lo que hacía que sus gametos no funcionaran para la procreación de un nuevo ser. Posteriormente esta técnica la emplearían quienes quisieran retrasar su maternidad.<sup>62</sup>

#### 2.2.1.1. Identidad genética entre padres e hijos

Desde hace ya algunos años se ha iniciado la consolidación de uno de los derechos humanos que se atribuyen a la persona: identidad personal y biológica, que en nuestra opinión, es el que diferencia a una persona de otra y la hace única.

Cabe mencionar en este tema a tratar que el interés superior del menor cobra relevancia ya que conocer su origen e identidad genética se ha convertido en un derecho fundamentales para los niños.

Para entender y adentrarnos un poco más en el tema es preciso que demos un pequeño panorama sobre el surgimiento y evolución de los derechos de los niños.

---

<sup>62</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 187.



Antiguamente la protección de los niños era impensable pero, ya lo hemos dicho, al ver que son personas que deben tener un cuidado y trato especial surgió en Francia, siglo XIX, la idea de brindar la protección que necesitaban estas personas quienes eran consideradas en la edad media como “adultos pequeños”.<sup>63</sup>

“A partir de 1841, las leyes comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo y, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a una educación.

A principios del siglo XX, comenzó a implementarse la protección de los niños, incluso en el área social, jurídica y sanitaria. Este nuevo desarrollo, que comenzó en Francia, se extendió más adelante por toda Europa.”<sup>64</sup>

Después en septiembre de 1919 y tras la creación de la Liga de las Naciones Unidas se creó un Comité para la Protección de los Niños. En 1924 dicha Liga aprobó la Declaración de los Derechos de los Niños o Declaración de Ginebra misma que otorgaba derechos específicos a los menores y obligaciones y responsabilidades a los adultos. Con la Segunda Guerra Mundial hubieron menores víctimas por lo que en 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, mejor conocido como la UNICEF. En 1953 esta organización extendió su función y comenzó a ayudar a niños de países en vías de desarrollo.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos textos complementarios a la Declaración Universal de los Derechos Humanos los cuales retoman el tema de los derechos de los niños, los textos de los que estamos hablando son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce entre otras cosas el derecho a la educación y a la

---

<sup>63</sup><http://clubensayos.com/Acontecimientos-Sociales/DERECHOS-DEL-NI%C3%91O/1785157.html>, Consultada el 12 de febrero de 2014 a las 9:25 p.m.

<sup>64</sup> Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño, <http://www.humanium.org/es/historia/> Consultada 12 de febrero de 2014 a las 9:55 p.m.

atención médica; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se reconoce el derecho a poseer un nombre y una nacionalidad.

Ya para el 20 de noviembre de 1989 fue adoptada y abierta a ratificación la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se regula que todos los niños y niñas tienen derecho a preservar su identidad. En seguida copiamos al tenor literal los artículos 7 y 8 de la citada Convención:

#### Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

#### Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Vemos cómo estos dos artículos se están enfocando a un derecho más específico, se centran en la identidad de origen, de tal suerte que dejan abierta la posibilidad de toda persona a indagar sobre sus orígenes genéticos, a obtener su verdad biológica.

En España uno de los principios que rigen la filiación es el de veracidad biológica “de éste se deduce, o es su consecuencia directa, el derecho a conocer el propio origen biológico. Es un derecho fundamental, por su conexión, íntima, con la dignidad de la persona, en tanto que incumbe a su identidad personal.”<sup>65</sup> Un aspecto inherente a este principio es el de conocer el origen biológico.

Hemos mencionado a la dignidad humana, ésta juega un papel relevante en el tema pues en tema de las técnicas de reproducción asistida se encuentran en juego aspectos muy personales de los seres humanos. Para lo que nos concierne, se está involucrando todo lo referente al desarrollo integral de la personalidad del menor que viene de la mano de una figura paterna y materna.

El tema de la identidad genética entre padres e hijos deriva del derecho que tiene todo individuo a conocer su origen. Este derecho no es algo nuevo (hemos explicado un poco acerca de su origen respecto de los menores), pero ha tomado cierta relevancia ahora que tenemos al alcance diversas formas de concebir un hijo, diversas técnicas de reproducción asistida.

Además de que este derecho es de gran importancia para conocer nuestro origen y nuestra historia lo es también por aquellas cuestiones médicas, nos estamos refiriendo a cuestiones de salud, por ello es vital contar con la información genética adecuada para determinar el estado de salud actual y el futuro, de esta manera saber las posibles enfermedades genéticas a las que se está expuesto.

---

<sup>65</sup> Romero Coloma, Aurelia María, *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Ed. Bosch, España, 2009, p. 24.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto mediante una crónica, que trata el tema del conocimiento de la identidad biológica como derecho de los menores, escrita por el licenciado Arturo Díaz San Vicente diciendo que “es a través de la genética que se intenta explicar cómo se heredan y se modifican las características de los seres vivos, por lo que se ha convertido en un medio de prueba indispensable en distintas materias del derecho, particularmente la civil, al permitir demostrar la identidad biológica y el parentesco entre las personas a partir de tejidos orgánicos.”<sup>66</sup>

“El derecho a la identidad personal presenta en su contenido dos aspectos diversos que, asociados, son valorados como bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Una dimensión está relacionada con la identificación del sujeto: nombre, nacionalidad, imagen, su emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética. En la otra dimensión, todo lo asociado al plan de vida del sujeto, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, bagajes culturales, entorno social, sus acciones sociales... Se han denominado a esta (sic) dos dimensiones como “*faz estática*” –primera dimensión- y la “*faz dinámica*” –segunda dimensión- del derecho a la identidad.”<sup>67</sup>

Conocer la identidad biológica ha ido tomando mucha importancia en distintos países al grado de reconocer en su legislación que se trata de un derecho del ser humano que debe ser protegido. Suiza lo regula en su Constitución; Alemania lo reconoce en la doctrina como un derecho de la personalidad teniendo como base la dignidad humana; en los países bajos mediante una sentencia del Tribunal Supremo se aceptó entre otros derechos del niño el de conocer la identidad de sus padres biológicos; Francia promulgó una ley sobre el acceso al origen de la persona, con ella se creó un Consejo Nacional para la búsqueda de los Orígenes Personales.

---

<sup>66</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Derecho de los menores a conocer a su (sic) progenitores a través de la prueba del ADN”, Amparo en revisión 1166/2005, Contradicción de tesis 81/2002-PS

<sup>67</sup> <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf> Consultada 12 de febrero de 2014 a las 10:35 p.m.

Así podemos seguir mencionando más países en donde se considera el conocimiento de la identidad biológica como un derecho que debe ser reconocido y protegido.

Es claro que desde los orígenes de las técnicas de reproducción asistida han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en estos procedimientos combatientes de la infertilidad y esterilidad una solución a sus problemas de procreación.

## CAPÍTULO III MARCO JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO

### 1. Normatividad en México

En nuestro país el marco jurídico en materia de gestación subrogada es escaso en cuanto a que sólo en un par de estados como Tabasco y Sinaloa está permitida, por si fuera poco, la regulación de dicha figura es deficiente pues descuida aspectos fundamentales del ámbito familiar y se ven afectados directamente derechos e intereses de los menores.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco se regula el derecho de los cónyuges a planificar el número y espaciamiento de sus hijos así como usar cualquier medio de reproducción artificial para procrear, esto en su artículo 165 párrafo segundo.

Debemos comentar que Tabasco es uno de los Estados que regula la gestación subrogada desde 1997 cuando publicó un nuevo Código Civil. Es también la primera entidad federativa que reguló este tema. Primero hablaremos del artículo 327 del Código Civil para el Estado de Tabasco, el cual regula la protección para el menor que nace mediante alguna técnica de reproducción asistida al enunciar que:

Art. 327. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

Al respecto, es importante comentar que, en este sentido, impera el consentimiento del marido para que su esposa haga uso de una técnica para

procrear y de no hacerlo, éste tiene la posibilidad de impugnar la paternidad. La hipótesis normativa en comento se asemeja al artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone:

Art. 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

En el artículo 165 del Código Civil para el Estado de Tabasco se contempla el derecho que tienen los cónyuges a decidir de manera libre el número y espaciamiento de sus hijos, emplear cualquier tipo de técnica de reproducción asistida para lograr tener su propia descendencia.

Sin embargo, lo que a nosotros nos interesa es lo referente al tema en estudio, la gestación subrogada, y para ello citaré el artículo 347, párrafo II del Código Civil para el Estado de Tabasco en su parte conducente:

Art. 347...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser

considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

En primer término, esta disposición deja abierta la posibilidad de que la madre gestante pueda aportar su óvulo y que en caso de que no lo haga la “madre contratante” será considerada como la madre legal del menor. Con esto interpretamos que si la gestante aporta su óvulo ella es quien, en primer lugar, debería ser considerada como la madre legal del niño. Todo esto aplica tanto para cónyuges como para concubinos.

El artículo 92 del mismo Código diferencia en su párrafo IV dos tipos de madre en cuanto a la gestación subrogada; menciona lo que debe entenderse por madre gestante sustituta y por madre subrogada, es decir, marca una diferencia dependiendo del supuesto en el que se encuentre la situación.

Artículo 92...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.

Aunque en el Código Civil del Estado de Tabasco se hace un esfuerzo por regular la figura de la gestación subrogada es, como lo comentábamos, una regulación superficial y deficiente y creemos que hasta cierto punto es natural que así sea pues lo poco que tenemos de gestación subrogada en nuestro país ha sido trasladado del derecho comparado, esto implica que la forma en la que se regula en otros países como por ejemplo Estados Unidos es totalmente distinta a la nuestra y mucho se critica el hecho de que se quiera copiar esta técnica de reproducción asistida.



Para no trastocar instituciones y principios fundamentales del derecho familiar es importante que el legislador se sienta a analizar los posibles conflictos que pueden suscitarse y sobre todo tomar en cuenta los intereses y derechos de las personas involucradas, principalmente pensar en los menores porque son las personas más vulnerables y a las que hay que proteger especialmente.

En el Estado de Sinaloa, en su Código Familiar hay expresamente un capítulo que se denomina “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada” y su artículo 283 expone lo que implica la subrogación de la maternidad. Dicho numeral a la letra establece:

Art. 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Esta disposición establece que la maternidad subrogada consiste en que una mujer gesta el producto de la unión de los gametos de una pareja imposibilitada para llevar a cabo la gestación, es decir, no habrá nexo biológico entre la gestante y el producto. Esto supone que la madre gestante no puede ser la biológica, con lo cual se deja de lado la posibilidad de hacer más eficiente el empleo de la técnica de gestación subrogada.

El mismo Código Familiar del Estado de Sinaloa se contradice al disponer en su artículo 284 que la gestación subrogada tendrá las modalidades de total, parcial, onerosa y altruista. En la fracción primera regula la gestación subrogada total estableciendo que ésta se da cuando la gestante aporta su propio óvulo. Aquí es donde podemos ver que la regulación al respecto no es congruente.

Por otro lado, un aspecto importante del artículo que tratamos es que no especifica si se trata de cónyuges o concubinos y su redacción es más abierta al decir que gestará el producto fecundado por un hombre y una mujer lo cual, para nosotros, es un descuido del legislador sinaloense pues de esta forma podrían hacer uso de esta técnica una pareja cualquiera que no tenga la intención de hacer una vida en común y de formar una familia.

El artículo 283 del código en mención pone un límite de edad para la madre gestante, debe tener entre 25 y 35 años de edad además de haber tenido un hijo consanguíneo que goce de buena salud en general. Y haciendo una comparación con el Código Civil para el Estado de Tabasco es evidente que Sinaloa ha tomado en cuenta otros aspectos para regular, sin embargo siguen siendo deficientes porque no se están tratando aspectos jurídicamente relevantes como la filiación.

En su siguiente artículo el Código Familiar del Estado de Sinaloa permite ciertas modalidades de la maternidad por sustitución:

*Art. 284.* I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad

cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

Con lo anterior tenemos que la mujer que gesta también puede aportar material genético y en este sentido sería la madre biológica. Pero sobre este artículo hay que hacer algunos comentarios:

En la fracción tercera, la modalidad es la subrogación onerosa y hace referencia a que la gestante recibirá una cantidad cierta y determinada más los gastos que se ocasionen por la gestación que lleve a cabo, todo ello como si se tratara de una prestación de servicios. Creemos que la gestación subrogada, cualquiera que sea su modalidad, debe ser gratuita pues de otro modo se convertiría en un negocio. Se le estaría poniendo precio a algo que en nuestro marco jurídico no se encuentra en el comercio, el ser humano. Lo que sí debe cubrir son todos los gastos que se originen por la gestación, sobre todo los médicos.

La fracción cuarta dispone de la subrogación altruista, es decir la gratuita, pero si estamos rechazando la modalidad de la subrogación onerosa esta fracción no tendría sentido. Para nosotros no debe diferenciarse entre la gestación subrogada onerosa y la gratuita, simplemente debe entenderse como una técnica que da la posibilidad de tener un hijo a los cónyuges o concubinos que así lo desean pero les es imposible concebir por medios naturales y que la mujer que acepta gestar para después entregar al niño lo hace de buena fe y sin ninguna intención de lucro.

En el artículo 285 del mismo Código se establecen los requisitos que la madre gestante deberá cubrir por cuestiones de salud y bienestar físico tanto de ella como del producto que se va a desarrollar en su vientre. Así se impone una

visita a su domicilio por personas de trabajo social que puedan corroborar la forma y el estado de vida de la mujer.

Los artículos siguientes 286, 287, 288, 290, 293 y 295 disponen sobre el instrumento jurídico en el que se plasmará este acuerdo de voluntades, se hará mediante escritura pública ante Notario y deberán comparecer los padres que utilizan esta técnica, la mujer que gestará, el director del hospital donde se realizará el procedimiento y el intérprete en su caso. Una vez firmado el instrumento, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil.

Como podemos ver, en el Estado de Sinaloa hay mayor regulación pero ocurre lo mismo que con el Estado de Tabasco, ambas legislaciones dejan vulnerables puntos esenciales como es la determinación de la filiación. Incluso, nos llama la atención que Sinaloa por una parte contempla el supuesto en el que la gestante aporta material genético y más adelante, cuando señala de la notificación del instrumento jurídico a la Secretaría de Salud y al Juez del Registro Civil, hace ver que los padres biológicos necesariamente tienen que ser los “padres subrogados”, a continuación se transcribe el artículo en cuestión:

Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.

La figura aún no es de nuestro dominio pero es una realidad inminente, recordando que el derecho no es estático y que a la par que la sociedad va evolucionando surgen nuevas problemáticas, la legislación debe estar siempre actualizándose para que tengamos a nuestro alcance los medios para

solucionar todos los conflictos que se van generando pues de lo contrario van quedando lagunas en la ley que afectan a principios e instituciones fundamentales como las del Derecho Familiar, en este caso.

Muy importante es tomar en cuenta que debido al gran avance e importancia que tienen hoy las distintas formas de reproducción asistida y a que es una realidad social desde hace varios años, debemos buscar la manera de regular las situaciones que se dan con las técnicas de reproducción asistida, situaciones que se convierten en verdaderos problemas jurídicos cuando hay vacíos en la ley.

### 1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En la Constitución no hallamos regulación concreta sobre el tema pero sí encontramos las bases para fundamentar la existencia de las técnicas de reproducción asistida, cualquiera que sea.

Los autores Alicia Elena Pérez Duarte y N. Miguel Alejandro López Olvera que “el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la primera referencia que encontramos sobre este tema. Los derechos que se establecen en este artículo respecto de la maternidad son dos: el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número o espaciamiento de los hijos y el derecho a la protección de la salud; tiene, además, en derecho varios efectos: con relación a la filiación, al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones...”<sup>68</sup>

Para comenzar con esta pequeña exposición es necesario mencionar el artículo cuarto constitucional, ya que en su párrafo segundo se consagra implícitamente el derecho que tienen los seres humanos a la reproducción planificando el número y espaciamiento de sus hijos.

---

<sup>68</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I-O, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 3471.

Art. 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

En el párrafo cuarto trata sobre el derecho a la salud:

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.

Art. 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

Esta disposición lleva implícito el derecho que tienen las personas a tener descendencia propia, es decir el derecho a la libertad de procreación. No hay prohibición expresa al uso de técnicas de reproducción asistida por lo tanto está permitido su uso. Recordemos aquel principio de derecho que dice *“lo que no está prohibido, está permitido”* siempre respetando la esfera de los derechos ajenos y del orden público.

Para ejercer de forma plena este derecho es importante y necesario ampliar la cobertura de salud asegurando el acceso a los servicios de planificación familiar que no sólo incluyen los métodos anticonceptivos sino que también entran ahí

los de reproducción asistida, brindando la información y orientación adecuadas para la buena toma de decisiones.

El derecho a la salud contemplado en la Constitución, mismo artículo cuarto, no es más que la obligación que tiene el Estado con cada uno de los mexicanos de poner a su alcance los elementos necesarios para lograr su bienestar físico, mental y social pues eso permite su adaptación y desarrollo en el ambiente en que interactúa.

En este sentido podemos decir que el uso de técnicas artificiales para procrear incluyendo la técnica de la maternidad subrogada son formas que sirven para ejercer los derechos que acabamos de comentar y que están contemplados en nuestra máxima ley que es la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos.

Además de todo lo anterior no hay que olvidar que este precepto constitucional es el protector de la familia del derecho a la salud y de los derechos del menor, son éstos los que están en juego porque no se tiene el marco jurídico necesario para regular todo lo referente a la procreación de manera artificial, cualquiera que sea su modalidad.

Por su parte, la Ley General de Salud dispone en su artículo 67, párrafo I y II lo siguiente:

Art. 67. La planificación familiar tiene carácter prioritario...

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.

También la Ley General de Salud protege desde su perspectiva el desarrollo de la familia y la integridad de los niños:

Art. 6. El Sistema Nacional de Salud tiene los siguientes objetivos:

...IV. Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez;...

Lo que la Constitución señala en su artículo cuarto es tan importante que se vuelve la base para que los ordenamientos de los diversos Estados que conforman la República Mexicana y el Distrito Federal hagan alusión al derecho que tienen los seres humanos a la procreación. De ahí la licitud de utilizar cualquier método para lograr la descendencia propia.

## 1.2. Código Civil para el Distrito Federal

El Código Civil, permite el uso de técnicas de reproducción asistida para que cónyuges o concubinos que tengan alguna imposibilidad para procrear de forma natural puedan hacerlo artificialmente. Esto con el argumento de que tenemos derecho a tener hijos, elegir el número y espaciamiento de los mismos (artículo 162, párrafo II) como lo contempla el artículo cuarto constitucional.

Art. 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.



En el caso del concubinato no hay disposiciones específicas por lo que debemos aplicar, en lo que le fuere posible, las de la familia, según el artículo 291 Ter del Código en comento.

Por lo anterior, el código permite el uso de técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogada es una de ellas, eso quiere decir que nuestra legislación no prohíbe el uso de este método, sin embargo no hay regulación sobre los efectos jurídicos de la misma. Esta práctica ha sido muy recurrente en los últimos años y aunque existen dos iniciativas de ley, una en 2009 (aprobada en 2010) y otra en 2011 (que modificaba a la anterior en un 90%) enfocadas específicamente a la subrogación de la maternidad, aún no hay una publicación oficial al respecto.

Seguimos con la misma línea sobre la importancia de ver en primer lugar el respeto a los derechos de los menores y pensar que son ellos los principales afectados cuando no contamos con una regulación adecuada sobre una figura que pudiera ser vulnerable a un mal uso transgrediendo el interés superior del menor.

Sobre la filiación el Código Civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

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

En seguida el artículo 338 Bis, señala:

Art. 338 Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

Con el artículo anterior tenemos, por lo menos, la protección en cuestión de filiación de los niños que nacen mediante alguna técnica de reproducción humana asistida entre las cuales se encuentra la maternidad subrogada, es muy claro al decir “cualquiera que sea su origen”.

Como podemos ver, el legislador no fue lo suficientemente claro al definir la filiación, nos dice que es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo pero no aclara qué tipo de relación. Es por ello que surgen muchos cuestionamientos al tratar el tema de las técnicas de reproducción humana asistida refiriéndonos a la filiación, en especial cuando hablamos de maternidad subrogada.

En conferencia sobre la maternidad subrogada y su regulación jurídica, la Maestra María Elodia Robles Soto Mayor señaló que cuando estamos ante la maternidad subrogada, aunque la madre gestante no aporte material genético se dan una serie de aspectos que transmite al futuro bebé (emociones, pensamientos, nutrientes, etc.); por lo tanto, se da una relación entre ella y el producto, imaginemos que sí aporta su óvulo para la fecundación: la relación entre ella y el producto es mucho más fuerte.

¿Es esa la relación a la que se refiere el legislador? Pues bien, quizás la respuesta la encontramos en el mismo código. Debemos recordar que de la filiación se deriva el parentesco y en este sentido el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que la ley reconoce únicamente el parentesco por consanguinidad, por afinidad y el que se crea mediante la adopción.

Art. 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora.

Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se 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.

Al determinarse la filiación se establecen, derechos y obligaciones. De manera que sólo quien tenga el vínculo de filiación y una relación de parentesco con el menor se le atribuyen éstos que forman parte y contribuyen al desarrollo físico y emocional del niño.

A lo que queremos llegar es a que necesariamente debe haber un tipo de parentesco (consanguíneo o por adopción) con el menor para que se refuerce el vínculo filial y de esta manera haya una mejor protección para el niño.

Y ya por último, cabe mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal en el Título séptimo llamado de la filiación nos dice los supuestos en los que se presumen hijos de los cónyuges.

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

## 2. Regulación en Estados Unidos de América del Norte

En este país todo va a depender del Estado del que se trate, cada uno tiene competencia para legislar sobre derecho familiar, al igual que en otros ámbitos del derecho. “Al observar las distintas legislaciones estatales, podemos concluir que, si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la maternidad subrogada, tampoco las hay aquellas que la prohíban y por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica.”<sup>69</sup>

La maternidad subrogada tiene como fundamento el derecho a la privacidad que tienen los ciudadanos norteamericanos sumado el derecho a la procreación, con esto fundamentan el uso de técnicas de reproducción humana asistida para tener sus propios hijos.

“El derecho a la privacidad, conforme a la carta magna norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a excepción de que éste, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de Leyes Estatales en relación con la procreación.”<sup>70</sup>

La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad se desarrolló especialmente en casos relacionados a los derechos reproductivos. Por este motivo está afianzada en esta área, este derecho se limita por lo general y protege la privacidad de la familia, el matrimonio, la maternidad, la procreación y la crianza de los niños.

---

<sup>69</sup> <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> Consultada 19 de marzo de 2014 a las 6:35 p.m.

<sup>70</sup> <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> Consultada 19 de marzo de 2014 a las 6:40 p.m.

“Este derecho a la privacidad ha evolucionado hasta convertirse en un derecho fundamental protegido por la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda constitucional...”<sup>71</sup>

Ahora bien, el hecho de que no existan leyes que prohíban o reglamenten la subrogación en cuestión ha sido la causa para que la práctica aumente poco a poco sin dejar de mencionar que la gestación subrogada en Estados Unidos se ha vuelto un negocio próspero debido a la validez que tienen los contratos que celebran y lo flexibles que son.

Son diecisiete los Estados de la Unión Americana los que cuentan formalmente con legislación sobre la materia, dichos Estados son los siguientes: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin. Por lo tanto podemos decir que la figura de la maternidad subrogada en los Estados Unidos existe jurídicamente.<sup>72</sup>

Sin embargo, el Estado de California acepta esta figura y las personas que acuden a esta técnica de reproducción asistida lo formalizan mediante contrato o acuerdos privados los cuales tienen coercibilidad y valor legal. Ahora, sobre el tema de la filiación se considera como padres del menor a los que aportan el material genético, es decir, a los padres biológicos a quienes se les conceden los derechos y deberes derivados de ello.

Hay otro grupo de estados en la Unión Americana en donde cuentan con proyecto de ley en el que se admite la maternidad subrogada con y sin contraprestación económica: Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, New Yersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina. El Estado de Michigan promulgó una ley en la que prohíbe la retribución económica para la

---

<sup>71</sup>[http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho\\_a\\_la\\_privacidad\\_autonom%C3%ADa\\_de\\_las\\_personas](http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho_a_la_privacidad_autonom%C3%ADa_de_las_personas) Consultada 20 de marzo de 2014 a las 12:40 p.m.

<sup>72</sup>Cfr. Roy Jones Harry Le, Estados Unidos de América, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/666/19.pdf> Consultada el 20 de marzo de 2014 a las 02:56 p.m.

madre gestante, es sólo en este caso donde están claros los fines altruistas de la maternidad subrogada.<sup>73</sup>

De los proyectos de ley que existen en los distintos Estados, cinco pretenden prohibir la práctica (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin) y otros siete intentan eliminar la gestación subrogada llevada a cabo mediante una contraprestación económica (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania).<sup>74</sup>

En cuatro Estados más (Columbia, Florida, New York y Wisconsin), aceptan sólo la práctica gratuita. Por otra parte, los proyectos legislativos de al menos doce Estados están de acuerdo con los contratos de maternidad subrogada, tanto onerosos como gratuitos (California, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania y South Carolina). El proyecto de New Jersey autoriza la práctica de subrogación de la maternidad, poniendo límite a la cantidad que recibirá la madre gestante como contribución no excediendo los diez mil dólares. Pasa al contrario en el Estado de South Carolina ya que la madre gestante no recibe más que los gastos médicos y sólo para el caso en que llegara a abortar durante o después del quinto mes.

### 3. Regulación en América latina

#### 3.1. Colombia

“El tema de la maternidad subrogada, o vientres de alquiler, se está debatiendo mucho en Colombia, donde muchas son las mujeres que ofrecen prestar su útero, a veces por motivos económicos. Hasta ahora la ley no impone ninguna norma acerca de la maternidad subrogada, aunque hay una tendencia

---

<sup>73</sup> Cfr. Roy Jones, Harry Le, Estados Unidos de América, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/666/19.pdf> Consultada el 20 de marzo de 2014 a las 03:05 p.m.

<sup>74</sup> Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> Consultada 20 de marzo de 2014 a las 8:50 p.m.

respaldada por la Asociación Colombiana de Fertilidad y Esterilidad a considerar el alquiler de vientre lucrativo como ilegal.”<sup>75</sup>

En Colombia no hay regulación expresa sobre la gestación subrogada, sin embargo las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la que a nosotros nos importa, son consideradas lícitas en virtud de estar contempladas en el marco jurídico de su Constitución Política, como lo establece el artículo 42 de la misma.

Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...<sup>76</sup>

El artículo 42 de la Constitución Política colombiana reconoce los derechos reproductivos que tienen los cónyuges o concubinos al mencionar que tienen derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número de sus hijos además da la posibilidad de procrear descendencia de manera artificial si es que tienen la imposibilidad para hacerlo de forma natural.

---

<sup>75</sup><http://www.co-padres.net/leyes-alquiler-de-vientre-en-Colombia.php> Consultada 20 de marzo de 2014 a las 3:37 p.m.

<sup>76</sup>[http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia\\_20100810.pdf](http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf) Consultada 20 de marzo de 2014 a las 7:54 p.m.

Por otro lado, en su legislación civil a través del artículo 90 del Código Civil Colombiano deja entrevisto que la maternidad se fija con el hecho del parto. Se requiere que haya una identidad entre la mujer que dio a luz y el hijo.

Art. 90. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.<sup>77</sup>

En Colombia, la legislación determina la maternidad por el hecho del parto, deducimos que no le da importancia a la procedencia del material genético. Esto quiere decir que si hablamos de la gestación subrogada, la mujer que gesta, aunque no haya aportado su óvulo, será considerada legalmente como la madre y la mujer que encarga a otra la gestación del producto de la fecundación de su óvulo con el espermatozoide de su cónyuge o concubino no tendrá elementos para que el hijo sea considerado como suyo.

### 3.2. Panamá

La filiación, según el artículo 235 del Código de la Familia de Panamá, es la relación que existe entre el hijo y sus progenitores, en relación a la madre se le denomina maternidad y en relación al padre paternidad. Y el artículo 236 nos dice que la filiación tiene lugar por consanguinidad o por adopción, ambas con los mismos efectos.

Art. 235. La filiación es la relación existente entre el hijo o la hija y sus progenitores. En relación a la madre, se le denomina maternidad. En relación al padre, se le denomina paternidad.

---

<sup>77</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf) Consultada 20 de marzo de 2014 a las 8:40 p.m.



Art. 236. La filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción.

La filiación por consanguinidad y por adopción surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.<sup>78</sup>

Para que se fije la maternidad, el Código de la Familia de la República de Panamá establece una presunción a favor de la mujer con el parto siempre y cuando ella pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo, en su artículo 243:

Art. 243. La maternidad se presume para todos los efectos legales cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo o hija.<sup>79</sup>

Reforzando este precepto, los artículos 86 y 87 de la Ley 31/2006 de 25 de julio, que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas, también reorganiza la Dirección Nacional del Registro Civil del Tribunal Electoral, establecen lo siguiente:

Art. 86. De resultar satisfactorio el cotejo de las huellas dactilares en el ámbito de la identificación de la persona que aduce ser la madre del menor, el Oficial del Registro Civil procederá, en el acto, a inscribir el nacimiento, previa rectificación del parte clínico, y en el evento de que no se pueda efectuar el cotejo correspondiente, la decisión la adoptará la Dirección Nacional del Registro Civil, mediante resolución motivada.

---

<sup>78</sup> <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html> Consultada el 21 de marzo de 2014 a las 12:13 p.m.

<sup>79</sup> <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html> Consultada el 21 de marzo de 2014 a las 12:17 p.m.

Art. 87. En caso de que no fuera posible cotejar las huellas dactilares por impresiones borrosas o por haberse omitido estas en los archivos médicos, se procederá a requerirle a la presunta progenitora dos testigos que declararán bajo la gravedad del juramento, así como pruebas documentales que corroboren el hecho de la maternidad y sus circunstancias.<sup>80</sup>

Tratándose de la filiación cuando se hace uso de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida caben varios supuestos, pero para fines de nuestra investigación utilizaremos el siguiente supuesto basándonos en el tratamiento que le da la legislación de Panamá:

Óvulo de la madre gestante con el espermatozoide del esposo o concubino de mujer contratante. “El hijo sería consanguíneo de la gestante y del hombre de la pareja que la contrató. El criterio para determinar la filiación materna sería...el parto y la identidad del hijo, por lo tanto se mantiene la situación de la maternidad legal de la madre gestante. La filiación paterna...correspondería al hombre de la pareja que contrató a la madre portadora, éste podría inscribir al niño como hijo suyo y de la gestante, sin que haya fraude de ninguna clase, pero no podría inscribirlo como hijo suyo y de su esposa o concubina sin cometer delito.”<sup>81</sup>

Ahora bien, el artículo 310 del Código de la Familia Código de la Familia de la República de Panamá hace la equiparación del parentesco por consanguinidad con el que se deriva de la adopción:

Art. 310. La adopción crea un vínculo de parentesco entre el o la adoptante y el adoptado, igual al existente entre padre o madre e hijos biológicos, vínculo del cual se

---

<sup>80</sup> <http://www.refworld.org/pdfid/51e3b4f64.pdf> Consultada el 25 de marzo de 2014 a las 9:06 a.m.

<sup>81</sup> Carrillo B., Vanessa L., “La falta de validez del contrato para maternidad subrogada o sustituta, de acuerdo a las normas vigentes en Panamá, sobre contratos civiles, filiación y derecho de menores”, *Anuario de Derecho*, Panamá, año XXVIII, núm. 34-35, 2005-2006, p. 122.

derivan los mismos derechos y deberes del parentesco por consanguinidad.

Este parentesco legal se extiende a los descendientes del adoptado y a la familia del adoptante.<sup>82</sup>

Por lo anterior, podríamos decir que si la filiación materna se determina por el parto, hablando de maternidad subrogada en el supuesto que la gestante aporte material genético, quien sería la madre legal es precisamente la gestante. El artículo 310 del Código de la Familia, equipara el parentesco que surge de la adopción con el parentesco por consanguinidad por lo que la adopción del menor por la mujer solicitante sería una solución a este problema.

### 3.3. Chile

“Chile no dispone de una ley sobre la maternidad subrogada. Ningún centro de fertilidad chileno propone esta opción, y aunque no sea tampoco ilegal, prevalece la discreción cuando un médico acepta ayudar a una pareja por vía de una gestación subrogada altruista.”<sup>83</sup>

En ese orden de ideas el Código Civil Chileno en el artículo 183 regula que la maternidad se determina por dos hechos: el parto y la identificación del niño, es decir la mujer que efectivamente a luz a un niño que pase por suyo.

Art. 183. La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

---

<sup>82</sup> <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html> Consultada el 25 de marzo de 2014 a las 9:41 a.m.

<sup>83</sup> <http://www.co-padres.net/leyes-alquiler-de-ventre-en-Chile.php> Consultada 25 de marzo de 2014 a las 10:54 a.m.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.<sup>84</sup>

Sin embargo, la maternidad se ha fraccionado debido al gran avance científico que hemos tenido en la última década. De lo que hemos leído, la doctrina chilena ha hecho una clasificación de la maternidad siendo plena en el caso en que recaiga en una sola mujer el aspecto genético y gestacional; y parcial cuando sólo sea madre gestante o madre genética. Por otro lado, la educacional o afectiva que se atribuye a la mujer que va a criar al niño.

No importa tanto la clasificación de la maternidad, lo que realmente nos interesa es saber si en Chile está permitida o no la maternidad subrogada, sobre todo queremos saber cómo se regula, y el aspecto de la filiación.

Al respecto de la filiación ya hemos mencionado el artículo 183 del Código Civil Chileno que establece la determinación de la maternidad y es importante porque debemos saber que la maternidad viene íntimamente relacionada con la filiación ya que es la relación jurídica que tiene una mujer respecto de sus hijos.

“De acuerdo con las normas civiles vigentes en el país, el hijo concebido a partir de gametos aportados por sus padres, será legítimo siempre y cuando la referida concepción tuviera lugar dentro del matrimonio verdadero o nulo de acuerdo con el artículo 122 del Código Civil Chileno, todo esto sin importar si la fecundación tuvo lugar en el aparato reproductor femenino, o bien dentro de un laboratorio...Entonces, podemos concluir que en Chile actualmente la filiación se basa en el criterio del hecho de la procreación, o sea, un criterio biológico absoluto.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup>[http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO\\_CIVIL\\_CHILENO.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf)  
Consultada el 25 de marzo de 2014 a las 12:38 p.m.

<sup>85</sup>Gana Winter, Claudia, “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, Revista Chilena de Derecho, Chile, núm. 4, octubre-diciembre de 1998, p.853.

Art. 122, párrafo I. El matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.<sup>86</sup>

Autores como Jean Carbonnier dice que no basta sólo con el vínculo biológico sino que debe existir también la voluntad de procrear, esto pensando en el interés superior del menor ya que hay niños que nacen en hogares donde no son queridos porque no había la voluntad de tenerlos. Por ello le dan sumo valor a este deseo de procrear.

Otros sostienen una doctrina intermedia de vínculo natural y jurídico que se deriva en una responsabilidad social. Esta idea apareció por primera vez en la institución de la adopción donde la filiación es la que se da entre el menor y la pareja o persona que lo adopta, sin importar si hay un vínculo biológico o no.

### 3.4. Argentina

En la República de Argentina no hay regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y como consecuencia no hay en su legislación la figura de la maternidad subrogada, pero tampoco hay disposición que prohíba estas técnicas.

La ley argentina siempre se ha pronunciado respecto de la maternidad que ésta se atribuye a la mujer que dio a luz al niño, así lo dice el artículo 242 del Código Civil de la República Argentina:

Art.242. La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá

---

<sup>86</sup> [http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO\\_CIVIL\\_CHILENO.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf)  
Consultada el 25 de marzo de 2014 a la 1:05 p.m.

realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo...<sup>87</sup>

Lo que sí contempla la legislación civil argentina es el aspecto de cómo se determina la filiación, el artículo 240 dispone en primer lugar que existe la filiación natural y la adoptiva y en segundo lugar dice que ambas tendrán los mismos efectos. Por lo tanto, en Argentina pasa lo mismo que en nuestro país, se hace la equiparación del parentesco por adopción al consanguíneo.

Actualmente en Argentina la maternidad subrogada no se encuentra regulada y quienes quieren tener un hijo mediante esta técnica tienen que viajar a otros países en los que sí hay una regulación que hace de la gestación subrogada una alternativa jurídicamente más eficaz, sin embargo, en palabras de Ana Barón quien es médica psiquiatra “La maternidad subrogada está contemplada en el anteproyecto de reforma del Código Civil. Eso quiere decir que dentro de poco tiempo puede ser una realidad en Argentina...”<sup>88</sup>

Argentina ha analizado cómo se regula la maternidad subrogada en los distintos países y al respecto la doctrina se ha pronunciado en que definitivamente no aceptarían que se llevara a cabo de forma contractual pues sería considerado nulidad absoluta al ir en contra de su legislación civil, esto por el artículo 953 del Código Civil Argentino el que es del tenor literal siguiente:

Art.953. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de

---

<sup>87</sup> [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf) Consultada el 25 de marzo de 2014 a la 1:40 p.m.

<sup>88</sup> <http://www.baires-salud.com.ar/novedades-27/la-maternidad-subrogada-puede-ser-una-realidad-en-argentina-4035.html> Consultada 25 de marzo de 2014 a las 2:01 p.m.

la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.<sup>89</sup>

Es una realidad que cada vez se hace más recurrente la maternidad subrogada en Argentina, como en todos los países, es por ello que hay un proyecto de reforma al Código Civil Argentino con el que se pretende incluir a las técnicas de reproducción asistida tratando de forma especial el tema de la filiación que surge de ellas.

En el proyecto de reforma, al que nos estamos refiriendo, se hace mención de algunos de los requisitos que deberán cumplirse para que proceda la maternidad subrogada, entre ellos los siguientes:

- “Que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño que va a gestarse.
- Que la gestante tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica.
- Que al menos uno de los comitentes haya aportado sus gametos.
- Que el o los comitentes posean imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.
- Que la gestante no aporte sus gametos, no reciba retribución y no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y por último que haya dado a luz por lo menos a un hijo propio.”<sup>90</sup>

Además el proyecto de reforma señala que los solicitantes deberán contar, previo al implante del embrión, con una autorización judicial pues en caso de que éste se hiciera sin la misma, la filiación se determinará conforme a las reglas de la filiación natural; esto implicaría que la maternidad sería

---

<sup>89</sup>[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf) Consultada el 25 de marzo a las 5:11 p.m.

<sup>90</sup>“Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma”  
[http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem\\_SUBROGADA\\_SOFIA\\_TELLO.pdf](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf)  
Consultada 26 de marzo de 2014 a las 2:32 p.m.

determinada por el hecho del parto, correspondiendo a la gestante la maternidad legal.

En Argentina se tiene la idea de que la gestación subrogada atenta contra la dignidad de la persona porque se considera inmoral, de ser acordado se decretaría nulidad conforme lo dispuesto por el art. 953 de su Código Civil que contempla el acto contrario a las buenas costumbres y lo que no está en el comercio, encontrando a las personas fuera de él. Por otro lado, la maternidad se ve afectada al transformarla en una actividad lucrativa.

De acuerdo con el proyecto de reforma a su Código Civil y Comercial de la Nación el nombre más adecuado para esta técnica es el de “gestación por sustitución” además de que se incluirán disposiciones de Derecho Internacional Privado encaminadas a la salvaguarda del interés superior del menor.

### 3.5. Venezuela

Venezuela no tiene una ley que prohíba la maternidad subrogada pero tampoco hay una que la regule. Sin embargo la práctica de la maternidad subrogada es un hecho y al respecto la Sala Constitucional ha manifestado que la maternidad y paternidad se otorgará a las personas que tengan la intención procreacional y no a quienes se han prestado para que la procreación se haya dado con éxito.

No obstante, se salvaguarda un derecho fundamental que es el de conocer la identidad. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Art. 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la



rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos...<sup>91</sup>

Por otro lado, el Código Civil de Venezuela determina la filiación materna por el nacimiento la cual se prueba con el acta en donde consta la identificación de la madre, esto lo podemos corroborar consultando el artículo 197 del código en comento.

De la misma manera la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes contempla el derecho a la identificación, y de dicha identificación se determina la filiación con la madre. Esto lo podemos encontrar su artículo 17, el cual establece:

#### Art. 17. Derecho a la identificación

Todos los niños y niñas tienen el derecho a ser identificados o identificadas, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y las recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre.<sup>92</sup>

De este artículo se desprende que la maternidad se determina por el nacimiento, fijándose con ello la filiación entre la madre y el hijo. Respecto al tema de las técnicas de reproducción asistida la ley, en este sentido, es omisa y no hace mención sobre el tema de la determinación de la maternidad o de la filiación.

El Código Civil de Venezuela y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que acabamos de comentar en el párrafo anterior no hacen alusión sobre las técnicas de reproducción asistida por lo que es

---

<sup>91</sup> [http://www.cne.gob.ve/web/normativa\\_electoral/constitucion/titulo3.php#cap1](http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo3.php#cap1) Consultada el 26 de marzo de 2014 a las 3:57 p.m.

<sup>92</sup> <http://www.hsph.harvard.edu/population/trafficking/venezuela.child.07.pdf> Consultada el 26 de marzo de 2014 a las 4:21 p.m.

impensable que haya alguna disposición sobre la maternidad subrogada. Sin embargo, existe una ley en Venezuela llamada Ley para Protección de las familias, la maternidad y la paternidad la cual contempla el uso de técnicas artificiales para procrear garantizando así el derecho a la maternidad y paternidad.

En el artículo 20 de la Ley para Protección de las familias, la maternidad y la paternidad nos dice que dentro de los servicios de salud que se ofrecen a los venezolanos está el servicio de reproducción asistida, a continuación el artículo 20 a la letra.

Art. 20. EL ministerio del poder popular con competencia en materia de salud, incluirá dentro de sus unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida, dotado del personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad con el objeto de garantizar el derecho a la maternidad y a la paternidad.<sup>93</sup>

Venezuela es otro de los países en donde no hay prohibición del uso de técnicas de reproducción humana asistida. Cosa distinta, y como pasa en la mayoría de los países, es que no haya regulación sobre ello o que la poca regulación que se tiene sea escasa.

En la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes la cual prohíbe recibir dinero por la promesa de entrega de un niño que esté bajo su cuidado. De incurrir en ello será penado con prisión.

Art. 267. Lucro por entrega de niños, niñas o adolescentes.

---

<sup>93</sup> [http://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_proteccion\\_familia\\_maternidad\\_paternidad\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Ley_proteccion_familia_maternidad_paternidad_Venezuela.pdf)  
Consultada el 26 de marzo de 2014 a las 5:06 p.m.

Quien prometa o entregue un hijo, hija, pupilo, pupila o a un niño, niña o adolescente bajo su Responsabilidad de Crianza a un tercero, mediante pago o recompensa, será penado o penada con prisión de dos a seis años.

Quien ofrezca o efectúe el pago o recompensa incurre en la misma pena.<sup>94</sup>

Si esta disposición estuviera regulada, el convenio o contrato que se celebrara para ello sería de forma altruista y no oneroso. Al decir “quien prometa o entregue un hijo, hija... mediante pago o recompensa” y, tomando en cuenta que la maternidad se fija con el nacimiento de la misma manera la filiación la madre gestante, al entregar al niño a la pareja solicitante, deberá hacerlo en forma gratuita pues de lo contrario será acreedora a una pena privativa de la libertad.

La misma pena será aplicada a la persona que ofrezca pago o recompensa por la entrega de un niño, es decir que no sólo la madre gestante incurriría en delito sino que los solicitantes también se harían acreedores a estar en prisión. Es por ello que el legislador tendría que fijarse en las disposiciones de las leyes involucradas en la materia para que Venezuela tenga una adecuada regulación al respecto y no surjan contradicciones.

#### 4. Regulación en Europa

##### 4.1. España

A modo de introducción diremos que es el primer país en emitir una ley que regula la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, hablamos de la 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, es preciso mencionar que dicha ley ya está derogada en nuestros tiempos.

---

<sup>94</sup> <http://www.hsph.harvard.edu/population/trafficking/venezuela.child.07.pdf> Consultada el 27 de marzo de 2014 a las 10:11 a.m.

Existe otra ley, hoy en día vigente, sobre la determinación de la filiación al tratarse de técnicas de reproducción humana asistida; se trata de la 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida la cual dispone en su artículo 7.1 que se regulará conforme a la legislación civil.

Art. 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por la Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.<sup>95</sup>

Según el Código Civil de España, en el artículo 108, la filiación se determina por naturaleza y por adopción, ambas surten los mismos efectos. Como bien lo dice el artículo 7 de la ley 14/2006 es así como se determinará la filiación de los niños que nazcan mediante alguna técnica de reproducción asistida, salvo los casos de los siguientes tres artículos dentro de los cuales se encuentra el artículo 10 relativo a la maternidad subrogada.

En este país la maternidad subrogada no está permitida, así lo estableció la ley 35/1988 y la actual 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, esta última establece en su artículo 10 lo siguiente:

Art. 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

---

<sup>95</sup> <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf> Consultada el 27 de marzo de 2014 a las 12:37 p.m.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.<sup>96</sup>

Sobre este aspecto la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es determinante ya que prohíbe la práctica de la maternidad subrogada, sin embargo, reconoce que la filiación quedará determinada por el parto en caso de que llegara a darse el supuesto. Pensamos que con esto se pone un candado para aquellas parejas que deseen recurrir a esta técnica para concebir un hijo pues obviamente será entre la madre gestante y el niño que dé a luz entre quienes se formará el vínculo filial.

Si no existiera disposición en la que se establece la nulidad del contrato de gestación subrogada éste sería nulo de acuerdo con el artículo 1275 del Código Civil de España por inexistencia o ilicitud de la causa cuando es contraria a las leyes o a la moral.

Art. 1275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.<sup>97</sup>

También sería nulo el contrato “por razón del objeto, pues no sólo la capacidad de gestar es indispensable, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium*... sino también el cuerpo humano en sí, por lo que sería un contrato nulo al carecer de objeto... o por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público...”<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup><http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf> Consultada el 27 de marzo de 2014 a la 1:29 p.m.

<sup>97</sup> <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm> Consultada el 27 de marzo de 2014 a las 2:08 p.m.

<sup>98</sup> Vela Sánchez, Antonio J., Ob. cit., nota 3, p. 41.

Art. 1271, primer párrafo. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Art. 1261.- No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

...2º) Objeto cierto que sea materia del contrato.

Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.<sup>99</sup>

Por su parte la Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, conocidas también como “Informe Palacios” de 1987 sigue tres recomendaciones que prohíben la práctica de la maternidad subrogada:

- Recomendación 115: “Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia”.
- Recomendación 116: “Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen”.
- Recomendación 117: “Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

Desde 2010 se permite la inscripción en el Registro Civil Nacional de los niños, hijos de españoles, que nazcan mediante la técnica de maternidad

---

<sup>99</sup> <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm> Consultada el 28 de marzo de 2014 a las 11:34 a.m.

subrogada realizada en países donde es permitida. Con el fin de no perder de vista el interés superior del menor. Lo anterior lo sabemos por la instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución publicada en el Boletín Oficial del Estado publicado el 7 de octubre de 2010.

La citada instrucción menciona en uno de sus párrafos lo siguiente: “Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor... en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación (sic) tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico...”<sup>100</sup>

La inscripción en el Registro Civil de éstos niños se hará siempre y cuando los solicitantes presenten al encargado del Registro civil una resolución judicial en la que determine la filiación del nacido. Con la intención de cerciorarse de que se haya cumplido con lo pactado en el convenio de maternidad subrogada y que esté de acuerdo al derecho del país donde se realizó la práctica, pero sobre

---

<sup>100</sup> Boletín Oficial del Estado, de 7 de octubre de 2010, España  
<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf> Consultada 28 marzo a las 12:53 p.m.

todo el propósito es asegurarse de que la madre gestante ha obrado con plena capacidad jurídica.

#### 4.2. Francia

Cabe mencionar que en este país se aprobaron tres leyes muy importantes en el año de 1994, cada una de ellas tiene relación con la materia que estamos estudiando. Una de ellas regula el tratamiento de los datos que se manejan en el área de la salud; otra de ellas trata sobre el respeto que debe tenerse al cuerpo humano y sobre la filiación que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida, de esta ley surgieron modificaciones al Código Civil Francés; y la tercer ley regula lo relativo a la donación de órganos del cuerpo humano y la procreación asistida.

El derecho francés prohíbe la maternidad subrogada, todo convenio de gestación será nulo y tal nulidad es de orden público, esto derivado de la sentencia del Tribunal de casación de 31 de mayo de 1991 en la cual se resolvió el caso de una mujer que se comprometió a concebir y llevar a cabo la gestación de manera gratuita. El Tribunal consideró que se contravenían principios de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

Lo anterior está fundado en el artículo 16.7 del *Code* en su redacción establecida por la ley 1994-653 del 29 de julio de 1994 donde se dice explícitamente que la procreación o gestación por cuenta de otro es nula, el artículo 16.9 del mismo *Code* nos dice que dicha nulidad será de orden público.<sup>101</sup>

La práctica de la maternidad subrogada en Francia es tan prohibida que, incluso en el Código Penal Francés regula una sanción para quienes utilicen esta práctica como medio para procrear. El artículo 227-12, párrafo III establece lo siguiente:

---

<sup>101</sup> Cfr. Vela Sánchez, Antonio J., nota 4, Ob. cit., p. 37.



Art. 227-12. Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.<sup>102</sup>

Las penas a las se refiere dicho artículo son las de un año de prisión y multa de 15,000 euros, la tentativa de este delito se castiga de la misma forma, como si se hubiera cometido.

El mismo código penal en sus artículos 345 y 353 establece que el contrato de maternidad subrogada celebrado en Francia carecerá de validez al atentar contra la integridad de la persona humana y además porque esta cuestión es considerada como de orden público.

A pesar de que la maternidad subrogada está prohibida en Francia, existen las asociaciones denominadas Asociación Nacional de Inseminación Artificial por sustitución desde julio de 1983 y la Asociación *Meres D'Accueil* (madres de acogida) desde octubre del mismo año, cuya función es la de acoger a los menores de edad que por alguna circunstancia no pueden permanecer en el núcleo de su familia biológica para brindarles un entorno familiar seguro y afectuoso, así como un sano desarrollo.

Se realizó una propuesta de ley el día 18 de mayo de 1984 y fue presentada a la Asamblea Nacional Francesa en la misma fecha, la cual establece que todo contrato de maternidad subrogada que se realice, será nulo de pleno derecho.

---

<sup>102</sup> Código Penal Francés, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080616\\_45.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf) Consultada el 28 de marzo de 2014 a la 1:28 p.m.

### 4.3. Italia

“En Italia, conforme al artículo 12, 6°. (sic) de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, de manera que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la maternidad subrogada. La nulidad de este contrato de maternidad subrogada implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, para efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.”<sup>103</sup>

“...no existe una ley que rijan y defina en específico la práctica de subrogación; el país está reglamentado únicamente por la ley número 40 del 19 de febrero de 2004, la cual concierne a la normativa sobre la procreación médicamente asistida. A través de dicha ley, es posible deducir las prohibiciones adoptadas por el gobierno italiano en relación con la sustitución de maternidad.”<sup>104</sup>

La prohibición de la maternidad subrogada en Italia se dio primordialmente por un caso en el año 2000: una Juez de Roma decidió autorizar la práctica emitiendo una sentencia y dando la orden para que se pudiera exportar a Estados Unidos el embrión congelado de un matrimonio. La sentencia favorable que logró obtener la pareja partió del supuesto de la imposibilidad de tener hijos debido a una enfermedad que padecía la mujer en el aparato genital femenino.

Derivado del caso descrito en el párrafo anterior se crea la ley 40/2004 de 19 de febrero sobre normas en materia de procreación médica asistida, para prohibir la maternidad subrogada. En su artículo 12.6 pone una sanción que

---

<sup>103</sup> Ídem.

<sup>104</sup> Baffone, Cristiana, *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf> Consultada 28 de marzo de 2014 a las 5:17 p.m.

consiste en la nulidad del contrato de gestación por sustitución en caso de realizar esta técnica.<sup>105</sup>

#### 4.4. Portugal

En Portugal no existe regulación sobre las técnicas de reproducción humana asistida. En 2012 se realizó un proyecto de ley en el que se pretendía incluir la técnica que da lugar a nuestra investigación, sin embargo, no fue aprobada por cuestiones jurídicas y quizás de moral.

En palabras de Daniel Serrão, experto en bioética “la fecundación médicamente asistida transforma el significado mismo de la paternidad. En particular, la denominada “heteróloga” no ofrece la garantía al nascituro (sic) de haber sido deseado dentro de una relación interpersonal exclusiva y viola el derecho a conocer su identidad familiar. La paternidad es fragmentada en una multiplicidad de figuras: los padres biológicos (los llamados “donantes”), la madre gestante, los padres sociales.”<sup>106</sup>

Cuando hablamos de temas como el de la maternidad subrogada, es importante entender cómo es que se establece la filiación y la maternidad, según el Código Civil de Portugal. De acuerdo con el artículo 1796, numeral uno del Código Civil Portugués, la filiación se establece de facto por el nacimiento y al tratarse de filiación materna de conformidad con el artículo 1803.<sup>107</sup>

La maternidad deberá ser motivo de identificación al momento de registrar el nacimiento del niño, así lo dice el artículo 1803, numeral uno al expresar que aquel que debe registrar el nacimiento deberá, siempre que pueda, identificar a la madre del registrado. Esto quiere decir, bajo nuestra interpretación, que la

---

<sup>105</sup>[http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos\\_pdf/3\\_10\\_2009.pdf](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/3_10_2009.pdf) Consultada 31 de marzo de 2014 a las 2:06 p.m.

<sup>106</sup> Cfr. <http://www.zenit.org/es/articulos/portugal-estudia-aprobar-la-maternidad-subrogada> Consultada 02 de abril de 2014 a las 11:31 a.m.

<sup>107</sup> Cfr. <http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf> Consultada 02 de abril de 2014 a las 11:54 a.m.

maternidad se establece de la identificación que existe entre la madre que da a luz y el hijo; como pasa en la mayoría de los países que hemos analizado esta relación tanto de filiación como de maternidad se fija en un primer momento del hecho del parto, así la mujer que da a luz es la madre legalmente reconocida.\*

En cuanto a la presunción de la maternidad, de acuerdo con el artículo 1816, numeral 2, incisos a y b del Código Civil, se presume la maternidad cuando el hijo es reputado y tratado como tal por la presunta madre y por la sociedad. Esto es lo que nosotros conocemos en nuestro Derecho como “posesión de estado de hijo”; también hay presunción de maternidad cuando exista carta u otro escrito en el que la presunta madre declara inequívocamente su maternidad.<sup>108</sup>

A pesar de no existir regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida en Portugal, en la Constitución Política de Portugal en su artículo 36, numeral 1 dispone que todos tendrán derecho a constituir una familia.<sup>109</sup>

En la Constitución Política de Portugal no hay un artículo que disponga expresamente del derecho que tienen los seres humanos a la procreación, pero el artículo citado en el párrafo anterior contempla el que tienen las personas a constituir una familia. Esto podría ser la pauta para reconocer que los seres humanos, al querer formar una familia y tener ese derecho reconocido a nivel constitucional, tienen derecho a tener hijos para lograr su propia descendencia.

La cuestión es que en Portugal aún no están reconocidas las técnicas artificiales para lograr la procreación, es muy importante que el legislador portugués tome en cuenta los avances científicos que, sobre la materia, se tienen y que se ha convertido en una necesidad legislativa a nivel mundial.

---

<sup>108</sup> Cfr. <http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf> Consultada 02 de abril de 2014 a las 12:04 p.m.

<sup>109</sup> Cfr. <http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm> Consultada el 02 de abril de 2014 a las 12:59 p.m.

Además de que, como sabemos, el derecho a la procreación es reconocido a nivel internacional y no contar con él dentro de la legislación un país implica dejar de lado una de las necesidades psicológicas, emocionales y afectivas más importantes del ser humano como lo es la de procreación.

A pesar de que la maternidad subrogada es una realidad desde hace ya algunos años, la mayoría de los países que analizamos en el presente capítulo no tienen una legislación concreta sobre esta técnica de reproducción asistida. Es por eso que los interesados tienen que viajar a países donde esta práctica está permitida y regulada, a cambio hay que pensar que los derechos reproductivos que tenemos son vulnerados además de que implica hacer un gasto con el hecho de viajar al extranjero para ejercer el derecho del que hablamos.

Lo que los países de los que hablamos tienen en común, para regular la gestación subrogada, es la prioridad del interés superior del menor, velar por los niños para que ninguno de sus derechos se vea vulnerado y puedan crecer y desarrollarse en un medio y ambiente adecuados. No olvidan de, igual manera, los de la madre gestante y los intereses de los solicitantes pero por razones jurídicas tienen mayor importancia los derechos de los niños, sobre los de cualquier otra persona.

## **CAPÍTULO IV DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MATERIA DE FILIACIÓN**

### 1. Proyecto de ley sobre la maternidad subrogada para el Distrito Federal

En más de una ocasión se ha intentado legislar en materia de gestación subrogada (término que utilizaremos como propio para la figura que estamos estudiando), sin embargo ninguno de los proyectos que se tienen en puerta se ha concretado.

El 26 de noviembre de 2009, por iniciativa del Partido de la Revolución Democrática de la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), presentada por la Diputada Maricela Contreras Julián, en sesión ordinaria, se discutió sobre la necesidad de crear una ley sobre la maternidad subrogada aludiendo a que dicha iniciativa tenía como antecedente la presentada por la Diputada Leticia Quezada Contreras el 18 de noviembre de 2008.

La iniciativa de 2009 fue aprobada por la ALDF en noviembre de 2010 surgiendo puntos controvertidos al darse cuenta del descuido que tuvieron sobre aspectos que se consideraron como fundamentales. En primer lugar el proyecto de ley sólo incluía a los matrimonios de personas heterosexuales dejando de lado a las parejas unidas en concubinato, a las parejas homosexuales y a las personas solteras; por lo que podía ser señalada como violatoria de derechos humanos y discriminatoria. En segundo lugar, se quería dotar a los embriones de personalidad jurídica, protegiéndolos como personas; y como aspectos subjetivos se discutía el término adecuado para la ley: maternidad o gestación subrogada.

Se hicieron consultas a instituciones expertas en el ámbito médico y jurídico especializadas en el tema de gestación subrogada, entre ellas se encuentra el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México para que, junto con la Consejera Jurídica del Gobierno del Distrito

Federal, se hiciera una revisión más adecuada y consciente del proyecto y se realizaran las modificaciones pertinentes.

En el año 2011 se presentó otra iniciativa que, no era otra cosa más que las modificaciones de la que se había aprobado en la ALDF en 2010. Los cambios más relevantes consistieron en considerar a toda persona para recurrir a este método de reproducción asistida; se precisó el concepto de interés superior del menor y su importancia respecto de los derechos de cualquier otro individuo; y, el cambio más relevante fue que se sustituyó el término “maternidad” por “gestación”, esto porque el término “gestar” se vincula mayormente a la figura que se intenta regular, quedando como Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal.

Posteriormente, en el año 2012, se optó por guardar esa iniciativa para ponerse a trabajar en una ley más completa que abarcara no sólo la gestación subrogada sino todos los métodos de reproducción humana asistida. A pesar de todas las discusiones que se tuvieron al respecto, no se logró concretar el proyecto de ley y hasta la fecha no contamos con legislación en la materia, por lo que el sistema jurídico mexicano sigue teniendo esa laguna jurídica que acarrea demasiados conflictos sin una posible solución.

### 1.1. Exposición de motivos

Comienza con aspectos históricos, principalmente antecedentes sobre la esterilidad, hablando desde tiempos tan lejanos como los de la antigua Mesopotamia y la Grecia clásica. Trata el tema de los avances científicos en la biología que se han tenido con el paso del tiempo, mismos que han sido determinantes para el progreso en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

Otro de los aspectos que se manejan es la necesidad de contar con una legislación sobre gestación subrogada ya que otros países tienen regulada esta

figura en su ordenamiento jurídico como un medio para garantizar el derecho de las personas a la procreación, protegido a nivel internacional.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, conocida también como la Conferencia de El Cairo (capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva) se señala lo siguiente:

*“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos... La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.*

*Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.*

*También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios...”<sup>110</sup>*

Como podemos observar, internacionalmente lo que se pretende proteger es la salud reproductiva que se traduce en los derechos que tienen las personas

---

<sup>110</sup> <http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf> Consultada el 22 de abril de 2014 a las 6:30 p.m.



respecto de su reproducción. Estos derechos llevan implícito el de decidir libremente tener hijos, así como el número y espaciamiento entre uno y otro.

Por lo anterior, la exposición de motivos contiene una gama de derechos consagrados en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, con el hecho de que muchas mujeres no pueden concebir por sí mismas afectando diversos aspectos de su vida, el Estado está obligado a brindar y garantizar las herramientas necesarias para lograr que el derecho a procrear sea ejercido por toda persona.

El artículo cuarto Constitucional es la base de reflexión de la que parten los legisladores para hacer énfasis en la necesidad de crear una ley que garantice el derecho de las personas a procrear y formar su propia familia regulando el empleo de técnicas artificiales como la fertilización *in vitro* y otras más complejas. Mantener salvaguardados los derechos reproductivos es lo que sustenta la regulación de una técnica como la gestación subrogada. La “iniciativa de Ley busca que se brinde certeza jurídica el (sic) derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los Derechos Reproductivos, entendidos estos como parte de los Derechos Humanos.”<sup>111</sup>

Los legisladores ven la necesidad de adecuar el derecho a las situaciones que se van generando con el constante cambio de la sociedad, uno de ellos es el surgimiento (desde hace muchos años) de métodos para concebir de forma artificial entre los que se encuentra la gestación subrogada. Al respecto, en la exposición de motivos: “...necesidad de introducir y regular el empleo de técnicas de fertilización y sus implicaciones en relación con la filiación, en nuestro sistema jurídico, como una nueva forma de garantizar los “derechos reproductivos” a los ciudadanos de la capital de la República Mexicana.”<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> <http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf> Consultada el 22 de abril de 2014 a las 11:38 p.m.

<sup>112</sup> González Alcántara, Juan Luis, *Perspectivas del juzgador al proyecto de ley de maternidad subrogada del Distrito Federal*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/12.pdf> Consultada el 23 de abril de 2014 a las 2:56 p.m.

## 1.2. Situaciones que deja de contemplar

Del proyecto de Ley de Gestación subrogada del Distrito Federal, se advierten situaciones que el legislador no toma en cuenta para ser reguladas. Es importante que la ley observe el supuesto en el que la madre gestante aporta material genético para llevar a cabo la fecundación extracorpórea y posteriormente le sea implantado el embrión que resulte del procedimiento.

Lo anterior porque puede darse el caso en que la mujer solicitante de la gestación esté imposibilitada para aportar su óvulo debido a un problema de esterilidad, dar la posibilidad de que la madre gestante aporte material genético con el único fin de gestar y posteriormente entregar al menor cuando éste nazca.

Con esta inclusión faltaría regular el aspecto de la filiación al utilizar esta técnica, pues a pesar de que de acuerdo con el proyecto de ley del Distrito Federal en la materia el vínculo filial se crea entre los padres solicitantes y el menor, lo cierto es que buscamos regular el hecho de que la madre gestante aporte el óvulo cuando la mujer solicitante no pueda hacerlo.

Lo anterior, por supuesto conllevaría en principio a un conflicto. Ya de por sí el hecho de que la gestante, sin ser la madre genética, entregue al menor implica una cuestión compleja para el ámbito jurídico, la ética y la moral; imaginemos lo que será entregar al menor que no sólo gestó sino que además lleva su sangre. En este mismo capítulo abordaremos la forma que proponemos para dar solución a este problema.

Para que la madre gestante, que también es la genética (en nuestro supuesto), pueda entregar al menor a los solicitantes es necesario romper los lazos que la unen con el nacido porque al ser hijo consanguíneo surgen obligaciones que debe cumplir con él y que son de carácter primordial por estar dirigidas a crear una esfera de bienestar y sano desarrollo para el niño. Todo

esto derivado de la maternidad como lazo que surge entre la madre gestante-genética y el bebé producto de la técnica de maternidad subrogada.

Es por la creación de derechos y obligaciones que debe existir entre los padres solicitantes y el menor que esa conexión existente entre éste y la madre gestante debe romperse, de tal manera que la mujer que solicita sea a quien se le atribuya la maternidad y pueda asumir su papel de madre para cumplir todas las obligaciones y responsabilidades que por su calidad le correspondan. Así asegurar el buen desarrollo físico y psicológico del niño.

Un aspecto que es muy importante y que no omitiremos comentar más adelante con mayor amplitud, es la cuestión de la adopción como una posible solución a conflictos que pudieran suscitarse derivado del empleo de una técnica como la gestación subrogada. La adopción como una institución que formalice aquel acuerdo que celebren las partes ante Notario con el fin de que la mujer que aporte el óvulo para la fecundación y gaste el producto de la misma, al término del embarazo entregue al menor a los solicitantes, mediante la adopción que solidifique el lazo de filiación entre el menor y la mujer solicitante.

1.2.1. Caso en el que la madre o el padre legales estén imposibilitados para aportar material genético

Llamamos padres legales a las personas que finalmente serán quienes tengan la patria potestad del menor que nazca mediante la técnica de gestación subrogada. Ya hemos hecho alusión en esta investigación a la clasificación que puede llegar a existir respecto de los padres, siendo ésta: padres genéticos, padres legales y padres sociales.

En el caso particular, es la mujer solicitante quien tendría la calidad de madre legal ya que el padre lo sería por genética al utilizar su espermatozoide para la fecundación extracorpórea. Esto sucede al pensar que es la mujer quien se

enfrenta a la enfermedad de la esterilidad, identificando a ésta como la imposibilidad absoluta para embarazarse.

En el supuesto al que nos estamos refiriendo, es decir la esterilidad, la mujer que está solicitando la gestación subrogada no tiene la capacidad biológica para concebir un hijo por sí misma al verse afectada por esta patología que los médicos llaman irreversible o sin cura. En tal caso, se ofrecen posibilidades a la pareja o a la persona para que a últimas instancias puedan tener la dicha de ser padres.

La adopción de niños que están bajo el cuidado del Estado es una de las opciones más comunes que el médico hace ver a las personas. Sin embargo, hoy en día la tecnología ofrece algo más que eso; el desarrollo de las técnicas artificiales para tener un hijo ha abierto las puertas a la esperanza de muchas personas. Con la gestación subrogada, por ejemplo, se puede lograr que una mujer geste el producto que resulte de la fecundación entre el óvulo y espermatozoide de una pareja o de una persona que desee tener un hijo y un donador.

¿Qué pasa cuando la mujer padece esterilidad? No puede aportar el óvulo porque simplemente no funcionaría y la fecundación sería fallida. Es entonces cuando hay que buscar la forma en la que podemos sacar provecho de la figura de la gestación subrogada, pero sobre todo ver cómo aplica de acuerdo al caso concreto.

Es necesario primero que la gestación subrogada se regule en los ordenamientos jurídicos del Distrito Federal como el Código Civil para el Distrito Federal para que pueda crearse una ley sobre técnicas de reproducción asistida en donde la figura se encuentre insertada, luego que se contemple el caso de la esterilidad en la mujer solicitante para que se permita que la gestante sea quien aporte el óvulo y al finalizar la gestación entregue al menor a la mujer que lo desea y que finalmente será la madre legal.

### 1.2.1.1. Infertilidad o esterilidad

Las causas más comunes por las que una pareja no logra concebir un hijo es la infertilidad y la esterilidad. Cotidianamente, utilizamos los términos como sinónimos, sin embargo es importante saber que aunque impliquen una imposibilidad de procrear, ambas son diferentes.

“Por *pareja estéril* se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia...Por *pareja infértil* entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección.”<sup>113</sup>

Con lo anterior tenemos que la infertilidad es una de las causas por las que las parejas no logran la concepción de un hijo, sin embargo, mediante tratamiento ésta puede dejar de ser obstáculo para la procreación. En cambio cuando se trata de esterilidad no hay tratamiento alguno que la revierta. En resumidas cuentas la infertilidad es la imposibilidad para llevar a término un embarazo y la esterilidad es la imposibilidad absoluta para concebir.

En nuestro planteamiento decimos que la madre gestante es quien, además de permitir que se geste un producto en el aparato reproductor de quien aporta material genético, aporta material genético debido a que la mujer solicitante se encuentra imposibilitada para hacerlo, lo cual tendría que ser por una cuestión de esterilidad y no de infertilidad.

La esterilidad, tiene origen por diversas causas. En la mujer puede tener razón de ser en la falta de ovulación por una cuestión hormonal;

---

<sup>113</sup>Rodríguez López, Dina, *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> Consultada el 5 de mayo de 2014 a las 11:27 p.m.

malformaciones en el aparato reproductor; tratamientos como la radiación y quimioterapia contra el cáncer; secuelas que deje alguna enfermedad; formación de tumores benignos, ésta última podría ser más una causa de infertilidad porque al ser extirpados estos tipos de tumores la mujer podría embarazarse luego de recuperarse, sin embargo, en ocasiones este problema se agrava al extremo de ser necesaria una cirugía llamada *histerectomía* para extirpar el útero.

En cuanto a la esterilidad masculina, ésta se puede presentar: por genética; porque la producción de semen está por debajo de la necesaria para la fecundación del óvulo; movilidad defectuosa de los espermatozoides u obstrucción de los conductos por donde transitan; disfunción eréctil; sometimiento a tratamientos como la quimioterapia o radiación; y se ha dicho que también causa esterilidad el tabaquismo, alcoholismo y drogadicción.

Sea cual sea el origen de la esterilidad en un hombre o en una mujer lo cierto es que a muchas de las personas que padecen esta enfermedad les causa algún conflicto psicológico-emocional. Cuando descubren que no pueden concebir un hijo, en la mayoría de los casos, se vive una experiencia de trauma y frustración comenzando a experimentar ciertas emociones que van en cadena: sorpresa, negación, aislamiento, enojo, culpa y auto devaluación, depresión, sufrimiento, duelo y finalmente aceptación.

Cuando las personas caen en la aceptación de su estado (esterilidad o infertilidad) es cuando tienen la capacidad para ver las posibles soluciones a su problema, que van desde tomar la decisión de adoptar a un niño hasta emplear alguna de las técnicas artificiales de reproducción humana.

“...Podemos decir que hoy las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja. Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se

obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida.”<sup>114</sup>

Como se ha mencionado en varias ocasiones, las técnicas de reproducción humana, que con los avances de la ciencia y la biología se han desarrollado, han sido utilizadas con el fin de darles a los individuos la posibilidad de hacer realidad el anhelo de tener un hijo. Y precisamente la técnica de gestación subrogada es reciente en nuestro país para garantizar los derechos reproductivos de aquellas personas que por cualquier razón no pueden dar vida a un ser humano a través de medios naturales.

Es ésta una excelente posibilidad para hacer realidad el deseo de ser padres, pero debemos tener presente que no estamos satisfaciendo del todo el derecho porque de nada sirve enunciar la gestación subrogada en una ley o en el Código Civil como una técnica permitida si no estamos dando el tratamiento adecuado para dar solución a posibles conflictos que pudieran surgir como el caso de la mujer que solicita la gestación subrogada.

#### 1.2.1.2. Contraindicación médica

Ya hemos hablado de esterilidad y la infertilidad como las principales causas por las que no se puede llegar a la concepción de un nuevo ser humano, sin embargo, hay otros impedimentos no precisamente biológicos o genéticos que impiden el embarazo en la mujer.

La contraindicación médica, es cuando existe un riesgo al estar en la etapa de gestación, es decir que la vida de la mujer y/o del producto corren riesgo al intentar llevar un embarazo. Son diversas las causas por las que un médico determina que un embarazo puede resultar perjudicial para la mujer.

---

<sup>114</sup> Rodríguez López, Dina, *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> Consultada el 8 de mayo de 2014 a las 12:01 a.m.

Un embarazo de alto riesgo es aquel en el que se presentan riesgos de obstetricia materna y/o patologías médicas que se ven asociadas con el incremento de enfermedades y de la mortalidad respecto de la madre y el feto o el recién nacido.<sup>115</sup>

De acuerdo con un informe sobre el embarazo de alto riesgo realizado por el Doctor Agustín Conde Agudelo los factores de riesgo pueden ser de dos tipos, a decir:

1. De tipo causal: el factor desencadena el proceso. Como ejemplo que aplica a nuestro tema: malformaciones congénitas que se dan durante el periodo de gestación.

2. De tipo predictivo: las características del factor de riesgo se conectan con el daño causado pero están asociadas a causas subyacentes, por ejemplo, algunos riesgos que surgen durante el embarazo más las propias causas de riesgo que implica el embarazo por sí mismo.<sup>116</sup>

Independientemente de la clasificación de los factores de riesgo, la magnitud del mismo depende de ciertas circunstancias como la temporalidad de gestación en la que se descubre la patología que afecta y pone en riesgo a la madre.

Algunas complicaciones médicas que pueden resultar mortales para la madre y para el embrión son las siguientes:

- Enfermedades cardiovasculares, tales como la hipertensión arterial; insuficiencia cardiaca, etc.
- Enfermedades hematológicas, como la anemia.

---

<sup>115</sup>Conde Agudelo, Agustín, *Embarazo del alto riesgo*, [https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/item/4375/1/061\\_Embarazo\\_alto\\_risgo.pdf](https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/4375/1/061_Embarazo_alto_risgo.pdf), Consultada el 09 de mayo de 2014 a las 03:10 p.m.

<sup>116</sup>Conde Agudelo, Agustín, *Embarazo del alto riesgo*, [https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/item/4375/1/061\\_Embarazo\\_alto\\_risgo.pdf](https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/4375/1/061_Embarazo_alto_risgo.pdf), Consultada el 09 de mayo de 2014 a las 05:47 p.m.



- Enfermedades pulmonares, como la neumonía; tuberculosis; asma, etc.
- Enfermedades urinarias, esta patología es muy común en un embarazo, sin embargo, cuando se presenta de manera aguda resulta muy peligrosa; cálculos urinarios; insuficiencia renal aguda.
- Enfermedades endocrinas, la más peligrosa es la diabetes la cual incluye la diabetes gestacional, entre otras.
- Enfermedades del hígado, la más conocida es hepatitis.
- Enfermedades infecciosas, varicela; rubeola; SIDA y demás enfermedades de transmisión sexual. Aquí es relevante comentar que embarazarse en una situación así sería un verdadero acto de inconciencia ya que la mujer, además de poner en riesgo su vida pone en peligro el bienestar físico y de salud del producto, poniéndolo en gran desventaja para tener una vida sana y normal.
- También están las enfermedades neoplásicas que son aquellas mortales por su naturaleza, son el cáncer en sus diversas modalidades.

En todos estos casos el médico debe informar de manera correcta a la mujer que pretende embarazarse sobre las condiciones de salud en las que se encuentra para que esté consciente de que la gestación podría poner en peligro su bienestar físico y emocional.

Cuando la indicación del médico para la mujer es no embarazarse, ella debe saber que cuenta con otras opciones que le permitirán llevar a cabo la maternidad no desde el punto de vista gestacional pero sí en la forma de los cuidados que dará a un nuevo ser, estas opciones se ven reflejadas en las diversas técnicas de reproducción asistida.

En su momento hablamos de la salud reproductiva de forma muy somera; en este tema, vamos a retomar un poco sobre lo que debemos entender por ella, la salud reproductiva no sólo trata de evitar que la madre y el embrión o feto (según sea el avance de la gestación) enfermen o mueran durante el proceso

de gestación, sino que el embarazo se lleve a cabo en un estado de completo bienestar físico y mental.

La salud reproductiva implica que el individuo pueda tener una vida sexual satisfactoria, la capacidad para reproducirse y la decisión sobre cuándo y cada cuándo hacerlo. “Además, está implícito el derecho de la mujer que le permite el acceso a servicios médicos que provean un embarazo y parto seguro y que incremente la probabilidad de las parejas de tener un niño sano.”<sup>117</sup>

El médico está comprometido con su profesión y de acuerdo a su ética deontológica está obligado a ofrecer siempre a sus pacientes la prevención en salud mediante el temprano reconocimiento de los factores de riesgo que puedan presentarse para su salud. Así, en cuestiones de embarazos, debe advertir a la paciente sobre los síntomas y signos que presenta y que le hacen pensar que su salud, e incluso su vida, se ven amenazadas.

Es importante mencionar que la noción de salud sexual y reproductiva surgió por primera vez en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, efectuada en el año de 1994 en el Cairo. Y es a partir de ésta que se amplía el concepto de la salud sexual y reproductiva cuidando el aspecto de la información y el asesoramiento en métodos anticonceptivos y métodos de reproducción asistida, con lo que se obtiene la buena planificación familiar.

Sin embargo, la noción de salud materna se desarrolla a partir del convenio relativo a la protección de la maternidad aprobado por la Organización Internacional del Trabajo 1952, esto con la finalidad de dar mayor protección a las trabajadoras que se encontraran embarazadas, indicando una serie de consideraciones y precauciones para el bienestar de la madre y del hijo durante y después del embarazo.

---

<sup>117</sup> <http://saludreproductiva.about.com/od/Glosario/g/Salud-Reproductiva.htm> consultada 18 de mayo de 2014 a las 08:14 p.m.

Retomando otro punto en el ámbito nacional, hemos afirmado que el hecho de tener hijos y formar una familia es un derecho establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contemplado también en tratados internacionales, sin embargo concebir un hijo propio de manera natural no siempre es posible. En ocasiones, hacer válido este derecho pone en riesgo la salud de la mujer gestante y no sólo la de ella sino la del *naciturus* también.

Lo que no queremos es contraponer un derecho a otro, es decir, la decisión de procrear por el anhelo de ser madre frente a otro tan importante como es la salud física y psicológica y, en el peor escenario, la vida. Pretendemos salvaguardar ambos derechos con el uso de técnicas de reproducción asistida. En el caso particular hablamos de la gestación subrogada como una opción viable para dar la satisfacción de realizarse como padres a una pareja de matrimonio, de concubinato e incluso a una sola persona.

El Estado tiene la obligación de proporcionar los medios suficientes y adecuados, así como información bastante a los ciudadanos respecto de los derechos reproductivos. Es garante, por lo tanto debe cuidar que cada una de las personas cuente con lo necesario (información, oportunidad, posibilidad) para que entonces sí se pueda ejercer ese derecho tan importante para la vida humana.

“En México, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente los de reproducción asistida, es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación.”<sup>118</sup> A continuación se transcribe el artículo 73 constitucional, en su fracción XVI base primera la cual establece:

Art. 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización,

---

<sup>118</sup> <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf> Consultada 18 de mayo de 2014 a las 12:32 a.m.

colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

Constitucionalmente es el poder ejecutivo de quien depende el Consejo de Salubridad General que tiene como uno de sus objetivos emitir disposiciones obligatorias en materia de salubridad general y ahí es donde interfiere el ejecutivo federal para dar cumplimiento a lo establecido por el artículo cuarto de nuestra Constitución.

Es una realidad que aunque la Constitución Política reconozca los derechos humanos, entre ellos los reproductivos, el marco jurídico de nuestro país se ve algo retrasado respecto a la permisibilidad y regulación jurídica de figuras que son en la sociedad una realidad y para no dejar lagunas es necesario un análisis para la adecuada legislación.

El empleo de la gestación subrogada nos parece una buena alternativa para las parejas o personas solteras que deseen tener un hijo y no hayan podido concebirlo, donde se combina el avance científico para procrear con el hecho biológico más maravilloso de la gestación en el que se forma una nueva vida, un nuevo ser.

#### 1.2.2. Caso en el que la madre gestante aporta material genético

Con lo que se ha desarrollado en el presente trabajo, sobre todo el capítulo III, referente al marco jurídico en México y en diversos países, se deduce que muchos de ellos ven la gestación subrogada como una figura jurídica en la que una mujer desarrolla en su vientre el producto que resulta de la fecundación de los gametos de una pareja, es decir, la madre portadora no proporciona material genético y los padres genéticos son los solicitantes.

Sin embargo, hemos dicho que nuestra Constitución contempla en su artículo cuarto el derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de hijos así como el momento para tenerlos, implícitamente el derecho a formar una familia. Aunque a veces ese se ve mermado por situaciones ajenas a la voluntad de las personas.

Son diversas las circunstancias por las que la mujer solicitante no puede aportar el óvulo para la fecundación, pero esto no quiere decir que va a perder la posibilidad de tener su propia descendencia, es decir, el derecho a tener hijos no lo pierde y puede hacerlo en el momento que quiera siempre y cuando no contravenga disposiciones de orden público o afecte derechos de terceros.

Es cuando surge la inquietud, al plantear la posibilidad de recurrir a la gestación subrogada, el caso donde la solicitante no puede aportar su gameto para la fecundación, y siendo que la mujer portadora será quien lleve a término el embarazo; que mejor persona que ella para aportar la célula femenina.

Lo anterior es importante porque antes de llegar a un acuerdo para la práctica de la técnica en estudio, como lo indica el proyecto de Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, la mujer portadora deberá someterse a una rigurosa revisión médica para determinar que efectivamente se encuentra en buen estado de salud y por lo tanto es candidata para aportar su óvulo y gestar el producto.

Al permitirse la gestación subrogada en esta circunstancia, se estarían respetando los derechos reproductivos de los que tanto hemos hablado y defendido. Sin olvidar que, al nacer el bebé, la prioridad sería la protección de sus derechos en atención al interés superior del menor, por lo que debemos asegurar el bienestar del menor, comenzando por establecer la filiación de donde se generan la mayoría de las responsabilidades de los padres.

Una circunstancia que vale la pena comentar es aquella donde la madre gestante es también la genética porque inevitablemente se habla de filiación

tomando en cuenta que en principio ésta surge como lazo consanguíneo entre el hijo y los padres con el dicho de que todos tenemos necesariamente dos progenitores que sin duda deben ser un hombre y una mujer pues sólo con ambos gametos (femenino y masculino) es posible la fecundación.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la gestante es la madre genética? Hay un lazo de sangre que une al bebé con la mujer gestante, al nacer el menor se formará el lazo de filiación entre ambos y la gestante estará obligada en primera instancia a cumplir con los deberes que nacen de dicho lazo, y no sólo ella sino que se extiende a sus parientes. La cuestión está en romper toda relación entre el menor y la mujer que subroga a otra en hecho de la gestación para que la solicitante pueda asumir su maternidad legalmente y de la forma más conveniente para el menor.

#### 1.2.2.1. Cómo establecer el vínculo filial

Durante el desarrollo de nuestra investigación, se ha mencionado sobre la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida como métodos de “reciente creación”, en específico de la gestación subrogada con la que se pretende dar a las personas la posibilidad de concebir un hijo en aras de hacer efectivo el derecho constitucional contenido en el artículo cuarto.

En la doctrina, de los autores que tratan el tema de la gestación subrogada son la mayoría quienes desaprueban la técnica como tal pues, a su manera de pensar, se trata de una figura jurídica perjudicial para los derechos del futuro ser al ocultar su filiación de origen perturbándose con ello la base de la familia consanguínea.

Sin embargo, se debe regular la gestación subrogada en nuestro país incluyendo el supuesto en el que la mujer que gestará al producto dé su material genético al aportar su óvulo para la fecundación. Sabemos los problemas que pudieran surgir, entre ellos la problemática para fijar la filiación

entre el menor y la madre solicitante, que no sería la madre genética; y el tema del conocimiento de la propia identidad como un derecho.

La filiación queda establecida de manera natural al nacer, formándose un lazo entre el hijo y los padres, esto de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal:

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Lo anterior presupone que la filiación surge a partir del nacimiento y que es un vínculo existente entre el hijo y sus progenitores, específicamente un parentesco consanguíneo existiendo presunción de maternidad y paternidad en los supuestos establecidos por el artículo en cita.

Por otro lado, existe en el Código Civil para el Distrito Federal un supuesto en el que surge parentesco equiparado al de consanguinidad entre un menor y una o dos personas, dicho supuesto es el acto jurídico de la adopción constituyendo el Juez de lo Familiar una relación irrevocable de filiación. Así lo establece el artículo 390 del código en comento:

Art. 390. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado,

al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.

El último párrafo del artículo anterior indica el resultado del cumplimiento adecuado de las obligaciones que como padres deben cumplir las adoptantes, mismas que nacen al formarse la filiación con el menor y que tienen el objetivo de garantizar el desarrollo íntegro del niño para hacer de él una persona adulta independiente y responsable.

Lo que nosotros proponemos en este capítulo para dar solución al planteamiento primordial de la tesis el cual es “filiación en la gestación subrogada en el supuesto que la madre gestante aporte material genético”, es hacer uso de una de las instituciones del Derecho familiar, la adopción.

La adopción es una institución del derecho familiar de suma importancia, y las normas que la regulan son de orden público ya que el Estado es garante del cumplimiento de las disposiciones que la envuelven subsistiendo al mismo tiempo el interés social. No obstante que ésta como todas las demás instituciones del Derecho va cambiando a la par que la sociedad; por la importancia y valor que tiene es necesario mantener siempre su esencia y no perder de vista su razón de ser.

En la propuesta no se pretende deformar la institución de la adopción, simplemente que se adapte al supuesto de la gestación subrogada cuando sea el caso que la mujer gestante aporte material genético por imposibilidad de la solicitante, es decir, emplearla para dar formalidad y certeza jurídica a la creación del vínculo filial entre el hijo y la madre solicitante para que no quede



como simple acuerdo de voluntades donde subsistiría, desde nuestro punto de vista, la filiación del menor con la madre gestante y genética.

De lo establecido en el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal se deduce la solución más fácil a nuestro planteamiento siendo que el parentesco por consanguinidad surge entre el menor nacido mediante el empleo de alguna técnica de reproducción asistida y el hombre y la mujer que tengan la intención de atribuirse el carácter de progenitores (solicitantes).

Art. 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

El precepto legal habla de técnicas de reproducción humana sin hacer referencia a ningún caso particular. Sin embargo, en el caso concreto en el que hay subrogación en la gestación no podemos aplicar lo establecido por el artículo 293 si tomamos en cuenta que el menor tendrá la información genética de la mujer que permite el desarrollo del producto en su vientre además de involucrarse otra serie de cuestiones como la conexión emocional y psíquica entre el menor y la mujer gestante durante el embarazo.

No basta con crearse el parentesco consanguíneo, de lo que se trata es de establecer perfectamente la filiación entre el niño concebido de esta forma y el padre o la madre que quieren atribuirse la paternidad o maternidad teniendo, de esta manera, certeza de que las obligaciones que nacen de la misma serán

cumplidas como lo establece la ley habiendo alguien que asuma la responsabilidad en caso de incumplimiento.

La mujer solicitante tiene la intención de tener un hijo y cuidarlo, existe la voluntad de aceptar y cumplir las obligaciones que derivan de la filiación, pero jurídicamente no se constituye del todo la maternidad, porque queda subsistente la relación con la madre genética (gestante).

Pretendemos romper el vínculo existente entre el niño y la gestante, tomando como mejor forma para hacerlo a la adopción en donde el parentesco entre adoptante y adoptado se equipara al de consanguinidad y termina todo vínculo entre el adoptado y sus padres biológicos incluyendo a sus demás parientes, salvaguardando en todo momento el derecho a conocer su identidad.

El mismo artículo 293 del Código en mención indica en su párrafo último que el parentesco que surge con la adopción no sólo se constituye entre adoptado y adoptante sino también con los parientes de este último y los descendientes del primero. Inevitablemente se extingue toda relación del menor con su progenitora biológica, así lo establece el Código en su artículo 395 fracciones I, II y IV:

Art. 395.- La adopción produce los efectos jurídicos siguientes:

I. Constitución plena e irrevocable entre adoptado y adoptante de todos los derechos y obligaciones inherentes entre padre e hijos consanguíneos;

II. Constitución del parentesco consanguíneo en los términos del artículo 293 de este Código;

...

IV. Extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo

los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

## 2. Proyecto de la ley de los métodos de reproducción asistida para el Distrito Federal

Tan sólo en el período comprendido del año 2008 a diciembre de 2010 hubo seis propuestas para reformar la Ley General de Salud y otras para crear una ley que se ocupara de la materia de reproducción asistida. Sin embargo, se encontraron aspectos en los proyectos que despertaron polémica y preocupación en algunos integrantes de la Cámara de Diputados.

Lo más preocupante era la pretensión de dotar de personalidad jurídica al embrión trayendo como consecuencia la prohibición de la criopreservación de óvulos, es decir, mantenerlos congelados. Esto llegó al extremo de considerar a los óvulos fecundados como personas con derechos invocando inclusive el interés superior del menor. Otra cuestión no menos importante fue que los proyectos que proponían una “regulación a la figura de la gestación subrogada” únicamente incluían a las parejas heterosexuales unidas en matrimonio o en concubinato, excluyendo a las demás personas.

Fue así como entre diciembre del 2012 y enero de 2013 la senadora del Partido Acción Nacional (PAN), Maki Ortiz Domínguez, presentó una iniciativa de Ley General de Reproducción Humana Asistida como una propuesta donde se incluye a todas las técnicas artificiales para procrear. Esta iniciativa básicamente retoma las cuestiones esenciales de los proyectos anteriores pero evitando aspectos violatorios de derechos humanos.

En este proyecto se pretende dar un enfoque en el cual se regule la actuación médica-científica así como la ética del personal médico para garantizar la protección de la salud de los usuarios de estas técnicas y dar certeza jurídica adecuada, logrando esto con la reforma de diversas disposiciones de la Ley General de Salud.

En abril de 2013, la senadora María Cristina Díaz Salazar del Partido Revolucionario Institucional (PRI), en colaboración con otros senadores de la misma bancada presenta iniciativa para reformar los artículos 13, apartado A, fracción segunda; 17bis; la denominación del Título Décimo cuarto; 113 fracciones II y II; 114 fracción VIII; 115 fracciones III y IV; 319; 466; así mismo se adicionan la fracción XXVII bis 1 al 3; la fracción IV al 313; las fracciones VIII bis y XII bis al 314; la fracción V al 315; un Capítulo III bis al Título décimo cuarto; y un artículo 462 bis 1; de la Ley General de Salud.<sup>119</sup>

Con lo citado en el párrafo anterior lo que se pretende destacar es la necesidad de limitar la posibilidad de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a quien tenga la condición de impedimento natural para procrear. Esto es algo importante para tener control en el empleo de las técnicas, reduciendo riesgos económicos y de salud para quienes conformamos el Estado.

### 3. Adecuada regulación para la maternidad subrogada

La regulación de la reproducción asistida es competencia federal conforme al artículo 73 constitucional, sin embargo hay aspectos que pueden ser tocados en el ámbito local. En este sentido, las propuestas que se dieron hasta antes de 2013 contenían varios aspectos problemáticos que ponían en riesgo la garantía de los derechos humanos de las mujeres.

---

<sup>119</sup> Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética en torno al Marco Jurídico regulatorio en materia de Reproducción Humana Asistida, <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>, Consultada el 25 de octubre de 2014 a las 9:42 p.m.

En primer término, se hablaba desde la concepción del interés superior del menor cuando un embrión no puede equipararse con un menor de edad siendo que no se tiene la certeza de ser viable y sujeto de derechos, lo será hasta el momento de su nacimiento cuando pueda sobrevivir 24 horas apartado del seno materno o sea presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

Asimismo, la propuesta establecía que la mujer gestante tendría que llevar su embarazo a término en cualquier circunstancia, lo cual entra en colisión con el derecho de la mujer a optar por la interrupción del embarazo como se establece en los artículos 144, 145 y 148 del Código Penal para el Distrito Federal.

En los distintos intentos del poder legislativo por regular las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la gestación subrogada, se ha perdido el verdadero objetivo de contemplar en nuestro ordenamiento jurídico la gama de posibilidades para procrear un hijo cuando se está imposibilitado para hacerlo naturalmente. Ese objetivo es darles a las personas los medios y herramientas necesarios para ejercer un derecho que, más que eso, es un anhelo y una ilusión.

La intención de incluir los métodos de reproducción asistida en la legislación mexicana debería tener fundamento en el hecho de garantizar a las personas su derecho a la constitución de una familia y que puedan hacerlo cuándo, dónde y como quieran con la única limitante de que sea de manera responsable para no contravenir el orden público, es decir, las disposiciones en la materia que son de interés social y que no afecte derechos de terceros.

El propósito de incluir los métodos de reproducción asistida en la legislación mexicana debería ser el hecho de garantizar a las personas su derecho a la constitución de una familia y que puedan hacerlo cuando, donde y como quieran con la única limitante de que sea de manera responsable para con el nuevo ser; que no se contravenga el orden público, es decir, las disposiciones

en la materia que son del interés de la sociedad; y que esto no afecte derechos de terceros.

Para contar con una regulación adecuada sobre la materia es indispensable que antes de formular cualquier propuesta de ley se analice muy bien el planteamiento para contemplar todos y cada uno de las circunstancias que pudieran darse. Con esto no queremos decir que el legislador tiene que ser adivino para saber lo que puede resultar de una acción de esta naturaleza.

Lo que los legisladores tienen que hacer es utilizar su criterio y conocimiento jurídico para visualizar los alcances que tiene un proyecto de tal impacto e importancia para la sociedad. Ofreciendo a las personas la oportunidad de crecer personalmente y brindarles la seguridad de que su voluntad tendrá plena validez jurídica garantizando el cumplimiento del deber hacia el menor, deber que deriva de las obligaciones que surgen junto con la maternidad y paternidad y que van enfocadas al sano desarrollo del menor en todos los sentidos (físico, emocional, psicológico, intelectual, etc).

Sabiendo que al fijarse la filiación, tanto de padre como de madre, se constituye lo que denominamos maternidad y paternidad, supuestos que indican que una mujer y un hombre tienen la obligación de hacerse responsables y cargo de un menor, procurando siempre su bienestar con actuaciones que son propias al desempeñar el papel de padre o de madre.

En nuestro caso, para que la maternidad (filiación materna) se atribuya a la mujer que no será la madre genética pero que tiene la intención de criar al menor como hijo suyo y en el afán de darle formalidad al acto para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los padres con sus hijos, por un lado, y los derechos de los niños acudimos a la institución de la adopción mediante la cual se logrará romper el vínculo existente entre la madre gestante-genética para que éste se constituya con la madre solicitante. Configurándose con ello el parentesco consanguíneo y formándose la filiación.

### 3.1. Fijación de la filiación en la subrogación de la gestación

Es indudable que entre la madre gestante y el niño que nace mediante la técnica de gestación subrogada, cuando esta aporta el óvulo para la fecundación, hay una relación de parentesco consanguíneo directa por lo que desde el momento en que se nace se fija la filiación materna en la persona de la madre gestante y la filiación paterna con el padre solicitante (porque en nuestra hipótesis el padre solicitante es también el padre genético).

Ya lo dice el Doctor Ignacio Galindo Garfias: “Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa e indirecta.”<sup>120</sup>

Realmente nuestro deseo es que la filiación quede establecida entre el hijo y la madre solicitante, es decir aquella mujer que pide a otra que geste el producto que resulte de la fecundación *in vitro* de los gametos que serán aportados por la propia gestante y el esposo de la mujer solicitante.

Podemos utilizar el ya mencionado artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal para argumentar que basta que la mujer que solicita la subrogación tenga la intención de atribuirse el carácter de progenitora para que se forme el lazo de filiación con el menor. En cambio, la idea es que si existe filiación con la mujer solicitante esta debe formalizarse a través de un acto jurídico en el que se busca la salvaguarda de los derechos de todos los individuos involucrados: el menor, la madre gestante, la mujer o madre solicitante y el padre (solicitante- genético); principalmente los derechos del menor dentro de los que se encuentran: el de tener una familia, a conocer su identidad, a alimentos y todo lo que estos conllevan, al desarrollo sano físico y emocional.

---

<sup>120</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil: primer curso, parte general personas, familia*, Vigésima séptima ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p. 640.

La manera en que podemos regular el lazo de filiación entre la mujer solicitante y el futuro bebé es la adopción que haga la mujer solicitante respecto del menor del que se trata, para que se consolide el parentesco consanguíneo y la maternidad, entonces así sea identificado.

### 3.1.1. Adopción del menor

Desde los tiempos más antiguos la adopción surgió como una figura para la protección de los menores e incapaces, en Roma fue una institución que servía para continuar la descendencia con el objetivo de que hubiera alguien a quien el paterfamilias pudiera heredar lo que tenía y que ese alguien le rindiera culto a su muerte.

Poco a poco, la adopción fue transformándose con el paso de los tiempos desde el Derecho Romano donde con la declaración de la voluntad del *pater familias* y del adoptado o de quien lo tuviera bajo su patria potestad ante un magistrado se autorizaba la adopción colocando al adoptado bajo la patria potestad del adoptante y librándolo de su familia de origen. Dando paso a lo que se le conoció como adopción plena (*adoptio plena*); en el Código napoleónico se reglamentó la adopción plena de una forma semejante al Derecho Romano implementando también la adopción menos plena (*adoptio minus plena*) en la cual el adoptado conservaba el parentesco que tenía con su familia de origen.

Por lo que respecta a nuestro país no estaba contemplada en la legislación sino hasta el Código Civil de 1928 (promulgado en 1932) implementando la adopción plena y la simple, con el objetivo de proteger a los menores y a los incapacitados. Actualmente, nuestro Código Civil para el Distrito Federal únicamente contempla la adopción plena en la cual el adoptado y su familia de origen pierden cualquier vínculo de parentesco, además de que equipara el parentesco que surge por la adopción a un parentesco consanguíneo.



La adopción, ha sufrido cambios importantes derivado de una serie de modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal, como la eliminación de todo vínculo entre el adoptado y su familia de origen; la supresión de la adopción simple para quedar únicamente la plena, cambios en el procedimiento para otorgar la adopción haciéndolo cada vez más complejo y otros que quizás no son tan oportunos como la posibilidad de adoptar a una persona mayor de edad con plena capacidad jurídica.

Creemos que es necesario hacer esta breve reseña sobre la adopción desde sus orígenes para tener un panorama general de cómo es que esta institución ha ido cambiado hasta la actualidad. Con ello queremos adentrarnos en el tratamiento que le daremos en los siguientes párrafos al tema que nos atañe, fijación de la filiación en la gestación subrogada.

Respecto de la naturaleza jurídica de la adopción, los tratadistas tienen diversas opiniones pero nosotros nos quedamos con aquella que la considera un acto jurídico complejo por intervenir la voluntad privada del adoptante y adoptado (a través de sus representantes) y existe de por medio la autorización judicial, mezclándose el interés privado con el interés público dando como resultado una institución de interés social.

La adopción rompe la relación filial con la familia de origen, eso es precisamente lo que queremos y lo que nos importa regular para que, en casos de gestación subrogada cuando la madre gestante aporta material genético, ésta de en adopción al menor a la mujer solicitante, de ese modo se perfeccione el lazo de filiación con el menor y se constituya la maternidad, naciendo de ello todas las obligaciones y derechos inherentes a la misma.

En el proyecto de ley sobre gestación subrogada del Distrito Federal únicamente se hace referencia a la manera en que se celebrará el acuerdo de voluntades entre la gestante y los solicitantes para la entrega del menor cuando éste nazca. Esto se hará ante Notario público, quien asentará en acta el acuerdo; sin embargo, para nosotros esto no es suficiente porque al estar en el

supuesto planteado, quedarían pendientes muchas cosas que son importantes para el derecho familiar, para el menor y por supuesto para la sociedad.

Lo que haremos en este apartado es una crítica y al mismo tiempo plantearemos la propuesta para regular la gestación subrogada en el Distrito Federal de una forma más adecuada a la que se ha venido planteando en las diversas propuestas de ley sobre la materia. Procurando siempre cuidar y respetar la institución de la adopción; los derechos de las personas involucradas, es decir la madre gestante y los solicitantes; y por encima de todo ello los que obedecen al interés superior del menor.

Para empezar, no nos conformamos con que sea un acuerdo de voluntad ante Notario público, se debe realizar mediante la adopción para crear el lazo de filiación entre la mujer solicitante y el niño nacido mediante la técnica de la gestación subrogada, derivado de ello se asuman las obligaciones nacientes del acto jurídico de la adopción que son las mismas que tiene una madre biológica con su hijo.

Al respecto se citan a continuación algunos artículos de nuestro Código Civil para el Distrito Federal como fundamento de que una forma para la protección de los derechos tanto del menor como de la mujer que solicita la subrogación, haciendo énfasis en la necesidad que se tiene de romper totalmente los lazos que unen al menor con su madre biológica, es decir la mujer gestante que al mismo tiempo aporta el óvulo.

El artículo 390 dispone lo siguiente:

Art. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.

El anterior artículo establece precisamente el parentesco consanguíneo entre el adoptante y adoptado y entre éste último y la familia del primero, de igual manera se crea una relación de filiación la cual será irrevocable. Al emitir el Juez la sentencia donde otorga la adopción a la mujer solicitante contaríamos con la perfección del objetivo perseguido que es la constitución de la maternidad (filiación materna) frente al menor teniendo el respaldo judicial en caso de cualquier controversia. Así mismo se asegura el cumplimiento de todas las obligaciones que adquiere la madre adoptiva y la protección de los derechos de las partes que intervienen en el acto, especialmente de los derechos del niño.

Artículo 393 del Código Civil para el Distrito Federal dispone en su fracción primera, inciso b) quienes son las personas que pueden ser adoptadas, entre ellas encontramos a los menores cuyos padres, tutores, o en su caso, quien ejerza la patria potestad sobre ellos den su consentimiento.

Art. 393. Podrán ser adoptados:

I. El niño o niña menores de 18 años:

d) Cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.

De tal suerte que, la mujer gestante al otorgar su consentimiento para dar en adopción al menor, porque así debe hacerlo conforme al acuerdo firmado ante Notario público, cede a la mujer solicitante los derechos y obligaciones propias de la filiación extinguiéndose desde ese momento el parentesco consanguíneo entre la mujer gestante y el menor. De acuerdo con el artículo 395 fracciones I, II y IV del Código en comento, algunos de los efectos de la adopción son los siguientes:

Art. 395. La adopción produce los efectos jurídicos siguientes:

I. Constitución plena e irrevocable entre adoptado y adoptante de todos los derechos y obligaciones inherentes entre padre e hijos consanguíneos;

II. Constitución del parentesco consanguíneo en los términos del artículo 293 de este Código;

...

IV. Extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La última fracción del artículo 395 es importante para nuestra investigación y la puerta para dar entrada a la regulación que se propone. En el caso de la gestación subrogada en donde la gestante es la madre biológica del menor y el esposo o concubino de la mujer solicitante es el padre biológico, al darse la adopción éste conservará la relación de filiación y el parentesco que lo unen al niño.

Con lo mencionado en el párrafo anterior el procedimiento de la adopción, en este caso específico, resultaría menos complejo pues el hombre del matrimonio o concubinato sería el padre biológico y no perdería los derechos y obligaciones que como padre le corresponden.

Lo que se pretende es introducir en el Código Civil para el Distrito Federal la noción de la gestación subrogada. Comenzando en el Título sexto, Capítulo I, artículo 293 ya que en este se hace mención del parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y las personas que procuren su nacimiento. Todo con la finalidad de agregar la figura jurídica a nuestra legislación de manera que se visualice como una técnica de reproducción asistida con amplias alternativas que cumplen el objetivo de garantizar el derecho que tenemos todas las personas, establecido en el artículo cuarto de la Constitución.

La propuesta consiste en lo siguiente:

## TITULO SEXTO

### DEL PARENTESCO, DE LOS ALIMENTOS Y DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

#### CAPITULO I

#### DEL PARENTESCO

ARTICULO 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora...

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

Al tratarse de la gestación subrogada, cuando la mujer gestante aporte material genético, será únicamente mediante la adopción que se constituirá el parentesco por consanguinidad entre la mujer solicitante y el hijo producto de dicha la técnica.

El siguiente paso sería identificar los artículos que tratan el tema de la filiación, concretamente en el uso de técnicas de reproducción asistida para lograr la integración de la gestación subrogada al Código Civil para el Distrito Federal de tal forma que no se modifiquen los principios fundamentales que en la materia se tienen. Lo mismo se haría en el título que corresponde a la adopción.

Por lo que se refiere a filiación, proponemos lo siguiente:

## TITULO SEPTIMO

### DE LA FILIACION

#### CAPITULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

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

En el caso de la gestación subrogada, la filiación surgirá a través de la adopción mediante resolución que dicte el juez de lo familiar a favor de la mujer solicitante cuando su cónyuge o concubino sea el padre biológico del niño nacido mediante esta técnica de reproducción asistida.

También debe hacerse una reforma en el Capítulo V, Sección primero, artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, haciendo referencia a las personas que pueden adoptar, modificando la fracción V del citado artículo 391 para quedar como sigue:

Art. 391.- Podrán adoptar:

...

V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años, reduciéndose a un año cuando el hijo haya nacido por el empleo de la técnica de gestación subrogada, tiempo que se considera para determinar la imposibilidad de procrear un hijo de forma natural.

Se debe introducir la gestación subrogada en nuestra legislación partiendo del Código Civil para el Distrito Federal, de ahí se derivará la elaboración de una ley de gestación subrogada más adecuada y mejor estructurada. Sin olvidar mencionar que por lo que hace al instrumento ante Notario público, en él no se va a convenir sobre la filiación, ya que eso no está permitido, lo que sí, es una adopción si se encontraren en el supuesto del que se hace referencia.

El Notario estará obligado a conocer el supuesto de gestación subrogada del que se trata precisamente para determinar el clausulado que deberá emplear, en caso de que la madre gestante y la genética resulten ser la misma mujer, deberá haber cláusulas en las que se convenga la adopción del menor al nacer por la mujer solicitante conforme al procedimiento indicado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

### 3.2. Salvaguarda de los derechos de la madre gestante hasta el nacimiento del menor

Hemos hablado de los derechos del menor y de la madre solicitante pues finalmente será entre ellos la relación de parentesco y son una prioridad para proteger aspectos de relevancia como son la filiación, la patria potestad y todo el contenido que lleva en sí, pero no se debe olvidar un aspecto que hay que cuidar de igual manera que son los derechos de la mujer que gestará el producto que resulte de la fecundación *in vitro*, técnica en la que ella es la aportante del óvulo.

En principio la madre gestante tiene derecho a que la pareja solicitante cubra todos los gastos médicos que surjan durante el embarazo, pues la salud del producto depende de la salud de la mujer que lo lleva en el vientre, además para evitar cualquier complicación que ponga en peligro la vida de ambos.

La ley que se encuentra en proyecto contempla el derecho de la madre gestante a tomar la libre decisión de abortar cuando así lo quiera, haciéndolo dentro de las doce primeras semanas de gestación y en los términos del artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal y sin que haya responsabilidad civil alguna.

Esto de alguna manera vulnera el acuerdo que se celebre ante Notario, los padres solicitantes se verían afectados. El derecho que tiene la gestante de interrumpir el embarazo debe tener limitantes, es decir, interrumpir el embarazo por cuestiones ajenas a su voluntad como podrían ser: alguna complicación grave que ponga en peligro su vida; la detección temprana de alguna enfermedad seria que afecta al producto, etc.

Al tratarse de una subrogación, la madre gestante no tendrá derechos respecto del niño al nacer, todos los cedería a la solicitante mediante la adopción, ese es el objetivo del acuerdo que celebren las partes, dar en adopción al menor para que se fije la filiación con la mujer que está solicitando



la subrogación por estar imposibilitada para procrear por ella misma. Sus derechos, en este caso, se limitan única y exclusivamente a su bienestar, físico y psicológico durante y después del embarazo.

#### 4. Derechos del niño en la materia, reconocidos a nivel internacional y nacional

Los derechos de los niños y las niñas, han sido reconocidos y protegidos por la comunidad internacional, para ir adoptando y ratificando convenciones o tratados internacionales que velan por la protección de los derechos de estas personas que son los niños.

Obviamente cada país tiene sus propias leyes y códigos en los que se establecen una serie de cuestiones a proteger, así encontramos lo relacionado a la filiación, al parentesco, a la patria potestad, a los alimentos, a la adopción y todo lo que conlleva cada uno de esos conceptos del derecho familiar. Al tratarse de los niños, considerados sí como personas pero no con la capacidad para gobernarse por sí mismos por sus características especiales dentro de las que se encuentra la poca madurez mental y emocional.

Esto ha trascendido a un nivel en donde la protección a estas personitas se extiende a parámetros mucho más complejos hasta llegar a una aceptación a nivel internacional. Aceptación que se expresa cuando los países adoptan, firman y ratifican cualquier Tratado o Convención en la materia, comprometiéndose a su cumplimiento aceptando las sanciones correspondientes en caso de faltar a dichos instrumentos internacionales.

De ello nacen instituciones como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en 1947, creadas precisamente para la protección de los niños y niñas, principalmente para aquellos niños pertenecientes a países en vías de desarrollo, donde suelen ser más vulnerables al maltrato y malas condiciones de vida en general. Precisamente, la función de esta institución es la protección de los Derechos de los niños.

De acuerdo con la Convención de los Derechos de los Niños; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce entre otras cosas el derecho a la educación y a la atención médica:

Art. 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Art. 13.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales...

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se reconoce el derecho a poseer un nombre y una nacionalidad:

Art. 24.

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

#### 4.1. Salvaguarda del derecho que tiene el menor a conocer su identidad (origen genético)

“La Corte mexicana también reconoce que dentro de los derechos personalísimos, se comprende necesariamente el derecho a la identidad personal, es decir, la persona con sus propios caracteres, físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad, que lo hacen esa persona y no otra. Así la Corte puntualiza que la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que hace ser uno mismo y no otro y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a una persona y, de ahí, identificarla en toda su singularidad...la forma en que el individuo se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad.”<sup>121</sup>

Este derecho a la identidad supone todo un conjunto de cualidades de carácter biológico y es por ello que contiene a su vez el derecho a conocer el origen biológico, es decir, el derecho a saber de dónde provenimos y quiénes son nuestros progenitores; ello es lo que le permite a la persona determinar su individualización, a través de las características que lo conforman y que provienen de un concepto genético.

Derivado del derecho a la identidad surge el desarrollo de la personalidad, es decir ideología, identidad cultural, valores, reputación como cuestiones subjetivas de cada individuo que va creando a través del tiempo. Internacionalmente, se coincide con esta idea del derecho a la identidad, unificando la idea de que es aquel que tiene toda persona a que se le individualice en la sociedad y se le reconozca tanto por cualidades objetivas (nombre, registros, características físicas, etc.) como por subjetivas (atributos intelectuales, ideas, religión, valores, etc.).

---

<sup>121</sup> Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*, México, Porrúa, 2011, p. 32.

Lo que realmente se tutela en el derecho a la identidad son todas las características de la persona que la hacen única y diferente de todas las demás, en resumen, se tutela o protege la verdad histórica personal, como lo decíamos, el conocimiento del propio origen biológico o genético.

Traduciendo esto al campo de los menores de edad, es completamente lo mismo, todos los niños y niñas tienen derecho a conocer su identidad y origen biológico pues conforme a su crecimiento físico y mental será que formarán su personalidad con base en el conocimiento de su origen biológico e identidad. Este derecho está consagrado en nuestra legislación, tanto a nivel federal y otra en el ámbito local. En la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal. En ellas se toca el tema del derecho que tienen los niños a tener y conocer su identidad (tener un nombre, conocer su filiación, conocer y vivir en familia, etc.).

Al tratarse del menor de edad, esto trasciende a lo internacional, y es que, convenciones como la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, incluye en sus artículos 7 y 8 lo siguiente:

#### Artículo 7.

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

## Artículo 8.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Resulta importante el hecho de conocer primeramente nuestro origen biológico porque de ahí se va a configurar lo que conocemos como la propia identidad, la cual está protegida como un derecho que tiene toda persona, incluyendo a los menores de edad. En el supuesto de emplear técnicas de reproducción humana asistida, se considera que es mucho más importante hacer del conocimiento al menor su verdadero origen, para que tenga las bases firmes sobre las cuales construir los elementos que lo definirán como un individuo único en sociedad, con sus propias características externas, objetivas y subjetivas.

Al regular la figura de la gestación subrogada, es de gran relevancia que se mantenga en todo momento el derecho del menor a conocer siempre la verdad histórica del cómo, porqué y por quiénes está aquí sin dejar de hacerle ver que las personas con las que se encuentra, de las cuales el padre es el biológico, deseaban tenerlo con ellos y lo aman. Lo anterior con la finalidad de que el niño siempre esté consciente de su verdadero origen e irse formando su manera de pensar y su propia madurez al respecto, haciéndole ver que sus padres son quienes se ocupan de él y quienes le brindan su amor, protección y cuidados.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Las formas artificiales para procrear son una realidad a la que se enfrenta la sociedad actual, de acuerdo a las necesidades de las personas y como garantía a sus derechos reproductivos, este tema debe ser tratado de manera especial y puntualizada pues se involucran los derechos reproductivos, unos de los más importantes para la especie humana. Por ello debemos contar con regulación apropiada previniendo cualquier eventualidad que pudiera suscitarse.

**SEGUNDA.** Las técnicas de reproducción humana asistida se han dado con el paso del tiempo mediante el avance y los logros científicos. Conocidas y empleadas en casi todo el mundo como una solución para las personas que, por diversas circunstancias, no pueden concebir un hijo de forma natural. Las más comunes son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. La gestación subrogada en la que se emplea cualquiera de las dos anteriores, es una de las más novedosas formas para lograr tener un hijo.

**TERCERA.** La gestación subrogada es el acuerdo de voluntades donde una mujer denominada “gestante”, a solicitud de una pareja de matrimonio o concubinato (solicitantes), permite que en su vientre se desarrolle el producto que resulta de la fecundación de las células sexuales femenina y masculina ya sea que provengan de la pareja solicitante, de la mujer gestante o de un donador; para que al término del embarazo entregue al menor de edad a quienes solicitaron la técnica.

**CUARTA.** Es menester darle suma importancia al interés superior del menor, entendiendo este como la prioridad que tienen los derechos del menor respecto de cualquier otra persona. Sin duda ello implica procurar el sano desarrollo físico- emocional y social del niño habiendo necesariamente una persona, por lo menos, en la que recaigan las obligaciones que dan pie a ese cuidado del menor para lo cual existe la institución de la filiación como protectora de la familia.

**QUINTA.** La filiación es el vínculo que existe entre el hijo y sus padres y del que nacen una serie de obligaciones encaminadas a la protección del menor y a la procuración del desarrollo físico, emocional y social del mismo. Puede nacer de manera natural con el simple hecho del nacimiento formándose un lazo sanguíneo entre el menor y sus progenitores; también puede crearse mediante la adopción, con la cual se rompe toda relación entre el menor y sus padres biológicos.

**SEXTA.** De la filiación se derivan las obligaciones de crianza que comprenden la guarda, custodia y los alimentos. Esta puede surgir de igual manera con el uso de técnicas de reproducción asistida por lo tanto, quien recurra a estos métodos no queda eximido de cumplir con todo lo que implica la maternidad o paternidad.

**SEPTIMA.** En nuestro país Tabasco y Sinaloa son los Estados que contemplan la figura de la gestación subrogada, sin embargo es notable su deficiente regulación y debido al auge que ha tenido es importante contar con instrumentos jurídicos que respalden los derechos e intereses de las personas involucradas en el procedimiento, especialmente de los menores de edad.

**OCTAVA.** Por lo que hace a Tabasco, de acuerdo con su Código Civil, la mujer solicitante será considerada en todo momento como la madre legal del niño que nazca mediante gestación subrogada, además se utiliza la denominación de “madre contratante” lo que hace alusión a la existencia de un contrato sabiendo que ello es imposible por razón de que el cuerpo de la mujer y el menor no son objetos, mucho menos se encuentran dentro del comercio.

**NOVENA.** Lo que podemos rescatar del Código Civil para el Estado de Tabasco es la diferencia que marca entre la madre gestante sustituta y la madre subrogada ya que contempla el caso en el cual la mujer gestante es quien proporciona el óvulo para la fecundación, es decir que si la mujer solicitante padece esterilidad podría recurrir de esta forma a la técnica garantizando sus derechos reproductivos.

**DÉCIMA.** Sinaloa por el contrario, en su Código Familiar regula la gestación subrogada cuando los gametos fecundados provienen de una pareja solicitante donde la mujer está imposibilitada físicamente o por contraindicación médica para llevar a cabo un embarazo, en principio no prevé el supuesto en el que la gestante es la madre biológica.

**DÉCIMA PRIMERA.** Por otra parte, el mismo Código Familiar de Sinaloa se contradice al establecer en su artículo 248 fracción I, una clasificación de la gestación subrogada donde figuran entre otras la total y parcial, siendo la primera aquella en la que la gestante aporta sus propios óvulos y; la segunda donde gesta el producto de la pareja solicitante. Por lo tanto, no hay prohibición para que la gestante sea la madre biológica.

**DÉCIMA SEGUNDA.** En la mayoría de los países la gestación subrogada se da cuando la gestante se encarga del desarrollo del producto que resulta de una fecundación *in vitro* sin tener más participación que la de permitir la gestación. Sin embargo hay que contemplar la posibilidad de que la solicitante padezca esterilidad y sea su deseo que la gestante aporte el óvulo.

**DÉCIMA TERCERA.** Comenzando por Estados Unidos, el tratamiento a la técnica depende del Estado del que se trate, en California se otorga la filiación a quienes aportan material biológico, es decir que si la gestante aporta el óvulo para la fecundación será ella quien tenga por ley la maternidad respecto del menor.

**DÉCIMA CUARTA.** En países latinos como Colombia la maternidad se fija con el hecho del parto y aunque no es legal la gestación subrogada, este argumento nos es útil para sustentar nuestra tesis, es decir fundamentar el empleo de la adopción como medio para romper todo vínculo entre el menor y la madre gestante-biológica. Es el mismo caso de Panamá que encontrándose en el supuesto la maternidad legal se da a la gestante.



**DÉCIMA QUINTA.** A contrario sensu, en Venezuela hay disposición donde la maternidad y paternidad se otorga a las personas que tengan la intención procreacional, no a quienes se han prestado para que la procreación se dé con éxito. No concordamos con ello, pues queda existente la relación entre el menor y la madre biológica, de la que surgen obligaciones que ésta debe cumplir con aquel.

**DÉCIMA SEXTA.** De lo anterior podemos decir que los países latinos coinciden en que la filiación se deriva del nacimiento, podemos tomarlo como base para decir que hay un vínculo que une a la gestante con el menor por el simple hecho de llevarlo en su vientre, aún más cuando comparten información genética. Por lo tanto, si el menor va a ser entregado al nacer debemos romper la relación filial para constituirla con los solicitantes.

**DÉCIMA SÉPTIMA.** De acuerdo a la forma como se pretende dar validez a la gestación subrogada, mediante acuerdo de voluntades en el que se promete la entrega del menor al nacer a los padres solicitantes no se podría convenir sobre la filiación, de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal. Por ello no basta el simple acuerdo de la entrega del menor como si éste fuera cualquier cosa, hay que prever el interés del menor y todos los derechos que le son inherentes.

**DÉCIMA OCTAVA.** Otra forma de nacer la filiación es mediante la adopción, hay una equiparación al parentesco consanguíneo que no sólo se da entre adoptante y adoptado sino que se extiende a los parientes del primero y los descendientes del segundo quedando inexistente cualquier relación entre el adoptado y sus padres biológicos. El o los padres adoptivos tienen todas las obligaciones y responsabilidades que si fueran los padres biológicos.

**DÉCIMA NOVENA.** La mejor manera de proteger tanto al menor de edad como a la mujer solicitante cuando estamos frente a la gestación subrogada aportando la gestante material genético, es que no sólo se acuerde la entrega del menor sino además de ello la adopción, para perfeccionar el vínculo filial y garantizar al niño un ambiente de crecimiento sano.

**VIGÉSIMA.** Para lograr nuestro objetivo es necesario comenzar con la adecuación de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, incluyendo la figura de la gestación subrogada y reformar algunos artículos relacionados. Todo encaminado a poder tener una ley en la que se dé el tratamiento indicado a la técnica, contemplando la problemática que planteamos para poder dar soluciones.

**VIGÉSIMA PRIMERA.** Nuestra propuesta es que el acuerdo entre las personas que intervienen en el procedimiento de la gestación subrogada no sólo se trate el aspecto de entregar al menor cuando éste nazca sino que se acuerde la adopción del menor por la solicitante para que, independientemente de que ella tenga la intención de ser madre, se perfeccione la filiación entre ellos y se rompa cualquier lazo entre el menor y la gestante.

**VIGÉSIMA SEGUNDA.** Es por la creación de derechos y obligaciones, que debe existir entre los padres solicitantes y el menor, que la conexión existente entre éste y la madre gestante debe romperse, de tal manera que la mujer que solicita sea a quien se le atribuya la maternidad y pueda asumir su papel de madre para cumplir todas las obligaciones y responsabilidades que por su calidad le correspondan. Así asegurar el buen desarrollo físico y psicológico del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

Alkorta Idiákez, Itziar, Regulación jurídica de la medicina reproductiva, Ed. Aranzadi, España, 2003.

Amato, María Inés, Víctimas de la violencia, abandono y adopción, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 2006.

Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de familia, Segunda edición, Editorial Oxford, México, 2009.

Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Universitario, 3ª ed., Argentina, Editorial Heliasta, 2007.

Chiapero, Silvana María. Maternidad subrogada, Editorial Astrea, Bogotá, 2012.

Cruz Gallardo, Bernardo, La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales, Editorial La ley temas, España, 2012.

De la Mata Pizaña, Felipe, Derecho familiar, Editorial Porrúa, México, 2004.

Flores, Javier y Blazquez Graf, Norma, “Tecnologías de reproducción asistida en el siglo XXI y su impacto social”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), Reproducción Asistida, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

Galindo Garfias, Ignacio, Derecho civil: primer curso, parte general personas, familia, Vigésima séptima ed., Ed. Porrúa, México, 2012.

Golombok, Susan, “Nuevas formas familiares”, en Esteinou, Rosario (coord.), La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos, México, Ed. CIESAS, 2012.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.

González Martín, Nuria, Temas de actualidad jurídica sobre la niñez, Editorial Porrúa, México, 2012.

Guzmán Ávalos, Aníbal, Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas: “Un nuevo modo de filiación”, Ed. UV, México, 2001.

Guzmán Ávalos, Aníbal, La filiación en los albores del siglo XXI, Editorial Porrúa, México, 2005.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, t. I-O, Ed. Porrúa, México, 2000.

Merlyn Sacoto, Sonia, Derecho y reproducción asistida, Editorial Cevallos, Quito, 2006.

Moro Almaraz, Ma. Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

Pérez Contreras, María de Monserrat, Derechos de los padres y de los hijos, Editorial Cámara de Diputados LVIII legislatura, México, 2000.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil mexicano: “Derecho de familia”, t. II, Decimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

Romero Coloma, Aurelia María, Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad, Ed. Bosch, España, 2009.

Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio, Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo, México, Porrúa, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Temas selectos de Derecho familiar: “Alimentos”, s.e., México, 2010.

Tapia Ramírez, Javier, Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 2013.

Vela Sánchez, Antonio J., La maternidad subrogada: “Estudio ante un reto normativo”, Ed. Comares, Granada, 2012.

## HEMEROGRAFÍA

Barboza, Roberto, “Renta de úteros, a un click de distancia”, El Universal, Estados, México, 16 de diciembre de 2013.

Carrillo B., Vanessa L., “La falta de validez del contrato para maternidad subrogada o sustituta, de acuerdo a las normas vigentes en Panamá, sobre contratos civiles, filiación y derecho de menores”, Anuario de Derecho, Panamá, año XXVIII, núm. 34-35, 2005-2006.

Gana Winter, Claudia, “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, Revista Chilena de Derecho, Chile, núm. 4, octubre-diciembre de 1998.

## PÁGINAS DE INTERNET

Méndez Costa, María Josefa, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1413/2.pdf>

Pérez Duarte, Alicia Elena, El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/82/4.htm>

Pérez Contreras, María de Montserrat,  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/el/el11.htm>

Cárdenas Camacho, Alejandro,  
<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-151s.pdf>

<http://lema.rae.es/drae/?val=alimento>

<http://www.imss.gob.mx/profesionales/guiasclinicas/Documents/621GRR.pdf>

<http://www.adeces.org/informe%20tecnicas%20de%20reproducci%F3n.pdf>  
Asociación Pro Derechos Civiles, Económicos Y Sociales

González, Nuria y Rodríguez, Sonia,  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1334/3.pdf>

Brena Sesma, Ingrid, Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>

Cristina de Martos, El mundo.es, “Treinta años después del nacimiento de Louis”, Salud, España, 2008.

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/16/mujer/1216227057.html>

<http://www.nymc.edu/people/kutluk.oktay/>

Hernández Ramirez, Adriana y Santiago Figueroa, Jose Luis, *Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal*,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/el/el11.pdf>

<http://clubensayos.com/Acontecimientos-Sociales/DERECHOS-DEL-NI%C3%91O/1785157.html>

Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño,

<http://www.humanium.org/es/historia/>

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>

<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

[http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho\\_a\\_la\\_privacidad\\_autonom%C3%ADa\\_de\\_las\\_personas](http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho_a_la_privacidad_autonom%C3%ADa_de_las_personas)

Roy Jones Harry Le, Estados Unidos de América,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/666/19.pdf>

<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

<http://www.co-padres.net/leyes-alquiler-de-ventre-en-Colombia.php>

[http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia\\_20100810.pdf](http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf)

[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf)

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>

<http://www.refworld.org/pdfid/51e3b4f64.pdf>

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>

[http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO\\_CIVIL\\_CHILENO.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf)

[http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO\\_CIVIL\\_CHILENO.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf)

[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)

<http://www.baires-salud.com.ar/novedades-27/la-maternidad-subrogada-puede-ser-una-realidad-en-argentina-4035.html>

[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)

“Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma”  
[http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem\\_SUBROGADA\\_SOFIA\\_TELLO.pdf](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf)

[http://www.cne.gob.ve/web/normativa\\_electoral/constitucion/titulo3.php#cap1](http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo3.php#cap1)

<http://www.hsph.harvard.edu/population/trafficking/venezuela.child.07.pdf>

[http://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_proteccion\\_familia\\_maternidad\\_paternidad\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Ley_proteccion_familia_maternidad_paternidad_Venezuela.pdf)

<http://www.hsph.harvard.edu/population/trafficking/venezuela.child.07.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf>

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm>

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm>

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

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080616\\_45.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf)

Baffone, Cristiana, *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México,*

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>

[http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos\\_pdf/3\\_10\\_2009.pdf](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/3_10_2009.pdf)

<http://www.zenit.org/es/articles/portugal-estudia-aprobar-la-maternidad-subrogada>

<http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf>

<http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf>

<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf>

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>

Rodríguez López, Dina, *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato,*

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>



Conde Agudelo, Agustín, *Embarazo del alto riesgo*,

[https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/item/4375/1/061\\_Embarazo\\_alto\\_riesgo.pdf](https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/4375/1/061_Embarazo_alto_riesgo.pdf)

<http://saludreproductiva.about.com/od/Glosario/g/Salud-Reproductiva.htm>

<http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>

Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética en torno al Marco Jurídico regulatorio en materia de Reproducción Humana Asistida

<http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>