



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN DE LA MADRE Y EL NIÑO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

TESIS

Para obtener el título de:
Licenciada en derecho

Presenta:
Lucía Angélica Olvera Badillo

Director de tesis:
Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos

Ciudad Universitaria, D.F., a Septiembre de 2015





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV/84/2015
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

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

La alumna, **OLVERA BADILLO LUCÍA ANGÉLICA**, quien tiene el número de cuenta **305289603**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la **DRA. ELVIA LUCÍA FLORES ÁVALOS**, la tesis denominada "**LA PROTECCIÓN DE LA MADRE Y EL NIÑO EN LA MATERNIDAD SUBROGADA**", y que consta de **134** fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 3 de julio del 2015.

MTRA. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ.
Directora del Seminario, turno vespertino..



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.



Maestra María del Carmen Montoya Pérez
Directora del Seminario de Derecho Civil de la
Facultad de Derecho de la UNAM
Presente.

Por este medio informo a usted que habiendo supervisado y realizado las correcciones correspondientes a la tesis de licenciatura de la alumna Lucía Angélica Olvera Badillo con número de cuenta 305289603, del trabajo titulado *La protección de la madre y el niño en la maternidad subrogada*, doy por aprobada la redacción final del documento para su posterior entrega para su posterior entrega a la Universidad y asignación de fecha para el examen profesional correspondiente.

Sin otro particular, agradezco la atención prestada a lo anterior y reciba usted las muestras de mi consideración más distinguida.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

Ciudad universitaria, D.F. a 30 de junio de 2015

DRA. ELVIA L. FLORES ÁVALOS

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

AGRADECIMIENTOS

A Dios padre, por ser el amo y maestro de todo lo que hay en mi vida, por darme el más bello don de todos y por permitirme llegar a este día.

A mi Madre, Lucía Badillo, mi más grande razón para vivir, eres la mejor madre del mundo. Gracias por amarme con todo lo que soy, gracias por tus sacrificios y por nunca dejarme sola, a pesar de todo. Gracias por enseñarme a no darme por vencida, que no hay obstáculo o excusa para no concluir. Eres mi razón y mi ejemplo.

A mi hermano Carlos por siempre acompañarnos a mi mamá y a mí a donde quiera que fuéramos, gracias por regalarme mi primer cuaderno en la facultad, por estar siempre conmigo, por tus consejos y por mi sobrino Carlitos.

A mis tíos, Miguel Ángel y Esther, por enseñarme que el valor más importante para lograr lo que sea en la vida es el Amor. Espero que este trabajo pueda manifestarles sólo un poco de mi gratitud infinita hacia ustedes. Los quiero.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a la Facultad de Derecho, por abrirme las puertas de un mundo nuevo, por su valiosa contribución a mi formación y por ser la cuna de mi ser profesional.

A la doctora Ingrid Brena, gracias por confiar en mí, por enseñarme el apasionante mundo de la investigación y del derecho civil, ha sido la mejor de mis maestras y sobre todo, gracias por constituir en mí un ejemplo a seguir. A usted, con todo cariño y admiración.

A la doctora. Elvia Flores, por confiar en mi trabajo, por apoyarme en todo momento y por guiarme en la realización del trabajo que hoy culmina.

A Iván Barrón, por brindarme incondicionalmente todo tu apoyo y confianza en mí. Las palabras nunca alcanzarán para describir todo lo que tu amistad y tu cariño han hecho por mí.

A Lilián Martínez, por tu amistad y por tus días a mi lado, gracias por tu cariño y palabras de aliento.

Gracias a Erik y Adoración quienes siempre me han brindado su cariño. Así mismo a Francisco Chan, por regalarme la oportunidad de cambiar mi vida con la perla de la mediación.

A mis amigos Andrea, Lilliane, Betzy, José Luis, Elliot y Jezer, a ustedes por su amistad sincera e incondicional, por acompañarme en el camino que hoy llega a la cúspide, por aceptarme con todo y mis defectos. Gracias por ser parte de esto.

A mi maestro Héctor Velázquez Rangel, porque fue el mejor de todos mis maestros en la Facultad, compartió su conocimiento y sus consejos conmigo, gracias.

A mi mascota Motis, porque tú fuiste mi compañero de tareas, porque pasaste conmigo cada tarde desde que entré a la facultad, porque me has visto reír, estudiar y llorar, siempre con tu melosidad y ternura. Te amo Motis, gracias por la luz que le diste a mi vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO PRIMERO: REPRODUCCIÓN HUMANA, INFERTILIDAD Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	1
I. LA REPRODUCCIÓN HUMANA.	1
II. INFERTILIDAD.....	3
1. <i>Causas de la infertilidad.</i>	4
2. <i>Los tratamientos médicos como alternativas a la infertilidad.</i>	7
III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	8
1. <i>Evolución en la creación de las técnicas de reproducción asistida.</i>	8
2. <i>Clasificación de las técnicas de reproducción asistida y sus variantes.</i>	12
A. <i>La fecundación in vitro y sus variantes.</i>	13
B. <i>La inseminación artificial y sus variantes.</i>	14
C. <i>Hiperestimulación ovárica controlada.</i>	16
D. <i>Fecundación in vitro con transferencia de embriones.</i>	16
CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	18
I. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	18
1. <i>El movimiento feminista.</i>	20
2. <i>Las conferencias de El Cairo 1994 y Beijing 1995.</i>	21
II. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.	23
1. <i>Derecho a la intimidad personal.</i>	26
2. <i>Derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva.</i>	28
3. <i>Derecho a la información y acceso a métodos de planificación familiar.</i>	30
4. <i>Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos.</i>	31
5. <i>Derecho a acceder a los avances científicos en materia de reproducción.</i>	33
III. FUNDAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.	34

1. Orden internacional.....	35
A. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	35
B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	37
C. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	38
D. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	39
2. Orden nacional.....	41
A. Artículo 4o. Constitucional.....	41
B. Título III, Capítulo VI de la Ley General de Salud.....	42
C. Artículo 162, párrafo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal.....	44
CAPÍTULO TERCERO: LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y COMO ACTO JURÍDICO.	
I. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	46
1. Definición de maternidad subrogada.....	46
2. Variantes en los procedimientos de maternidad subrogada.....	49
3. Sujetos que intervienen en la maternidad subrogada.	50
4. Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada.....	52
5. Requisitos generales para fungir como madre subrogada.....	52
6. Costos para la realización del procedimiento.....	53
II. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO	55
1. Como contrato.....	56
2. Cláusulas que debe contener el contrato.....	61
3. Denominación de instrumento o acuerdo de maternidad subrogada.....	63
CAPÍTULO CUARTO: ASPECTOS ÉTICOS, TERMINOLÓGICOS Y DE DERECHO COMPARADO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	
I. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.	65
1. La maternidad subrogada podría constituir una forma de lucrar con los niños.....	65
2. La mercantilidad en la maternidad subrogada puede coaccionar la autonomía de las mujeres que deseen ser madres gestantes.....	67
3. Motivos para fungir como Madre Subrogada.	68
4. Análisis de la Dignidad Humana en la Maternidad Subrogada. ..	70

5. <i>Análisis de la aplicación del principio del interés superior del menor al niño producto de la maternidad subrogada</i>	71
II. POSIBLES AFECTACIONES A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NACIDOS POR MEDIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	73
1. <i>La Convención sobre los derechos del niño</i>	73
2. <i>Afectaciones en el derecho a la identidad</i>	75
3. <i>Afectaciones en el derecho a ser criado por sus padres</i>	76
4. <i>Afectaciones en el derecho a no ser objeto de explotación</i>	77
III. ANÁLISIS DE LA DENOMINACIÓN ‘MATERNIDAD SUBROGADA’.	79
IV. MATERNIDAD SUBROGADA: PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO. .	80
1. <i>Estados Unidos</i>	80
A. <i>Controversias</i>	84
2. <i>Reino Unido</i>	89
A. <i>Caso de maternidad subrogada sin inseminación artificial</i>	92
B. <i>Caso Cotton: dinero para reparaciones domésticas</i>	93
3. <i>España</i>	93
A. <i>Caso con problemas de inscripción de la filiación</i>	97
B. <i>Caso de apatridia</i>	100
4. <i>India</i>	102
A. <i>Caso de separación de los solicitantes</i>	103
CAPÍTULO QUINTO. GESTACIÓN SUBROGADA: ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE LEY EN EL DISTRITO FEDERAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN ANTE EL VACÍO LEGAL EXISTENTE.	
I. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS FORMULADA POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL.	105
1. <i>Análisis de la terminología empleada en el cuerpo de la iniciativa</i>	107
2. <i>Aspectos contractuales contemplados en el cuerpo de la iniciativa</i>	111
3. <i>Requisitos médicos y jurídicos contemplados en la iniciativa</i> . ..	116
4. <i>Lagunas que aparecen en el cuerpo de la iniciativa</i>	118
II. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO FEDERAL.	120
III. PROPUESTA PARA SOLUCIONAR EL VACÍO LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO FEDERAL.	123

CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127

INTRODUCCIÓN

La infertilidad y el ritmo de vida actual se han convertido en el mayor enemigo de la vida reproductiva tanto de hombres como de mujeres; nosotras somos quienes nos sentimos frustradas de solo pensar en no lograr la reproducción en el momento deseado.

Los proyectos de vida de las mujeres actuales se basan más en el ejercicio de su profesión que en los deseos y aspiraciones personales relacionadas con ser madres. La edad para tener hijos avanza mientras que se realizan sus aspectos personal y profesional.

La maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida representan una alternativa ante la infertilidad que hoy por hoy se consolida como un problema de salud que preocupa a las autoridades sanitarias del país y en general del mundo. Debido a ello, el Estado se ve en la necesidad de regular acerca de los avances de la medicina en materia de aplicación de las técnicas de reproducción asistida y particularmente, de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que implica diversos problemas de orden jurídico, sobre todo cuando la mujer que gestará al embrión resultante de una fertilización *in vitro* realizada por médicos.

El presente trabajo presenta un estudio a grandes rasgos de lo que implica la aplicación de la maternidad subrogada tanto a nivel médico como técnica de reproducción asistida; como a nivel jurídico, principalmente tratándose del establecimiento de los lazos de filiación entre el menor una vez nacido y la mujer que lo gestó y aquella que aportó su carga genética.

El trabajo se divide en cinco capítulos donde se abordará a la maternidad subrogada desde lo más general, hasta el aspecto jurídico especializado en la legislación mexicana.

En el primer capítulo se trata a grandes rasgos la reproducción humana así como las causas de la infertilidad, del mismo modo, se presenta un panorama general de las técnicas de reproducción asistida; es decir, cómo fueron creadas y quienes fueron los pioneros en esta materia, cuáles son las principales técnicas empleadas y en qué consisten.

Los derechos reproductivos se abordan en el segundo capítulo desde un punto de vista histórico su conceptualización y cuáles son, así como los documentos que los originaron, sus fundamentos legales tanto del orden internacional como del orden nacional.

En el capítulo tercero se estudia directamente a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. Se proporciona una definición de la misma; se explica en qué consisten sus variantes así como los sujetos que intervienen en el procedimiento; así mismo no se deja de lado el aspecto económico que implica la realización del procedimiento analizando los costos.

Posteriormente, dentro del mismo capítulo se analiza el tema como un acto jurídico, es decir, se abordan los aspectos contractuales, las cláusulas, y si debería denominarse como instrumento de maternidad subrogada o contrato.

En el desarrollo del capítulo cuarto se presenta el estudio de los aspectos éticos y terminológicos de la maternidad subrogada; en el planteamiento de los aspectos éticos se plantea la idea de que esta puede incurrir en la venta de niños debido a que tiene aspectos de mercantilidad, se revisarán así mismo aspectos sobre la autonomía de las mujeres que son partícipes de la aplicación de esta técnica. Así mismo, se realiza un análisis el significado de la idea y concepto de dignidad humana y su relación con la realización de dicha técnica; otro aspecto importante del análisis ético de la maternidad subrogada son los motivos que impulsan a las mujeres a participar de los procedimientos de maternidad subrogada.

En el mismo capítulo se realiza un análisis sobre el término adecuado para denominar a esta técnica, del mismo modo se abordan los derechos de los menores que se pueden ver afectados así como los países del mundo que gozan de una legislación en materia de maternidad subrogada, ya sea de manera permisiva o prohibitiva, como el caso de España.

Finalmente en el capítulo quinto del presente trabajo se analiza el texto de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, la cual se encuentra aprobada pero hasta el momento no se ha publicado para su entrada en vigor. La principal preocupación en este caso, radica en que existe un gran vacío legal en esta materia y aunque la aplicación de dicha técnica, se presta en varios de los centros de reproducción asistida del país, en el Distrito Federal no se ha logrado que quienes deseen acceder a dicha alternativa a la infertilidad puedan hacerlo con la garantía de que es legal.

Resulta preocupante la situación anterior, dado que en los estados de Tabasco y Sinaloa ya se aplica dicha técnica con el cobijo de una legislación permisiva que reside en el texto de los códigos Civiles de las ya mencionadas entidades del país.

CAPÍTULO PRIMERO: REPRODUCCIÓN HUMANA, INFERTILIDAD Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

I. LA REPRODUCCIÓN HUMANA.

La reproducción es un proceso natural que se realiza con el ejercicio de la sexualidad pero, en ocasiones, se pueden presentar afectaciones a la salud que impidan dicho proceso biológico por los medios naturales, ante lo cual se puede recurrir a la aplicación de técnicas de reproducción asistida, y estas se encargarán de dar solución al problema de la infertilidad.

La reproducción en el ser humano puede ser natural, mediante el mantenimiento de relaciones sexuales o por medios artificiales, es decir, con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. La reproducción se encuentra estrechamente ligada a la fertilidad o “fecundidad, que es la capacidad biológica de procrear que tiene el ser humano.”¹

Los avances científicos en materia de reproducción han aportado a las personas afectadas en su salud reproductiva, la esperanza de procrear un hijo propio, es decir, que comparta su material genético, razón por la cual, la adopción ha pasado a ocupar un lugar poco prioritario para parejas afectadas de infertilidad.

La capacidad reproductiva es latente en el ser humano desde etapas embrionarias pero dicha capacidad se potencia durante la pubertad y la adolescencia hasta llegar a la edad madura, en donde esta capacidad pierde su fuerza y va en decadencia.

¹ La fecundidad existe también en las especies animales, pero el enfoque para el que interesa a este trabajo, debe estar centrado en el género humano. *Cfr.* Martínez Roaro, Marcela, *Derechos y delitos sexuales y reproductivos*, 2^a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 47.

Durante la pubertad y la adolescencia se producen los cambios necesarios en el cuerpo para que, las mujeres estén listas para albergar el embarazo y los hombres sean más fuertes y puedan llevar a cabo la reproducción.

Los cambios más importantes y destacados que se presentan en la mujer, son:

- Maduración y liberación de óvulos.
- Producción de hormonas sexuales (estrógenos y progesterona).
- Crecimiento de senos, glúteos y cadera.
- Menstruación.

Los cambios más importantes que se presentan en el hombre son:

- Maduración y liberación de espermatozoides.
- Producción de hormonas sexuales (testosterona).
- Crecimiento del pene, testículos espalda y tórax.
- Crecimiento de barba y bigote.²

La reproducción se presenta cuando hay fecundación, que también es la fusión del espermatozoide y el óvulo, en este momento, al producto se le llama cigoto, posteriormente será una mórula y después, blastocisto.

El cigoto pasará algunos días bajando por las trompas de falopio, en este camino se dividirá para formar una “bola” de células llamada blastocisto, este último tiene una membrana que será la que proteja al núcleo de células internas que se convertirán en el embrión y posteriormente en un feto.

Cuando el blastocisto llegue al útero, se implantará en la pared uterina, la cual ya tendrá el revestimiento lo suficientemente grueso para brindar soporte y nutrientes al producto de la concepción; el blastocisto una vez implantado en el útero se llamará embrión.³

² *Ibidem*, p. 50.

³ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 47.

Es importante destacar en este punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el término “*Concepción*”, y concluyó que, ésta sólo se presenta en el momento en que el blastocisto se implanta en las paredes uterinas y pasa a ser un embrión.⁴

El proceso anteriormente descrito obedece a lo que sucedería idealmente si la reproducción en todos los casos se realizará por los medios naturales, pero no en todos los casos es así.

II. INFERTILIDAD

El hecho de que una pareja que anhela tener una familia con hijos no pueda llevar a cabo la realización de ese aspecto de su vida personal es siempre una experiencia traumática, ya que aparecen sentimientos de culpa y de inferioridad sobre todo en la mujer e incluso puede llegar a afectar al hombre ya que según cada individuo, la paternidad puede significar un sinónimo o un símbolo de virilidad.

Existen diversas causas que producen la infertilidad y la esterilidad en el ser humano y que merecen ser estudiadas, aunque sea de manera breve; la infertilidad es una condición muy distinta a la esterilidad, la primera es definida como la dificultad para concebir o llevar a término un embarazo⁵, es decir, que los gametos si pueden unirse naturalmente pero el útero femenino no es capaz de mantener la implantación del embrión; en cambio, la esterilidad es una condición permanente, en donde alguno de los dos gametos carece de la

⁴ En el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, la CIDH se vio en la necesidad de realizar una interpretación del sentido corriente de los términos persona, ser humano y concepción, derivado de esta interpretación, recurrieron a la opinión del perito Fernando Zegggers quien estableció que: “...una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero, [la] concepción hace referencia a la preñez, [ésta] comienza con la implantación del embrión; la concepción es un evento de la mujer, no del embrión...” *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* (Fertilización *in vitro*). Pronunciada el 28 de noviembre de 2012, p. 58.

⁵ Farnós Amorós, Esther, *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 27.

capacidad para fusionarse con el otro y dar paso a la división celular para formar el cigoto.⁶

En el contexto de la maternidad subrogada es muy importante establecer, que para permitir el acceso a la práctica de este procedimiento, es necesario que las parejas solicitantes se vean afectadas solo de infertilidad y no de esterilidad, ya que de encontrarse en la segunda, se debería recurrir a donantes de gametos y esto podría generar aún más problemas al momento de tratar de establecer relaciones paterno filiales o conflictos de identidad mucho más profundos en los niños nacidos como producto de estos procedimientos.

1. *Causas de la infertilidad.*

La infertilidad como una afectación de la salud sexual, es producida por numerosos factores y cada uno de ellos puede ser a su vez, de distinta índole, es decir, pueden existir factores sociales, biológicos y psicológicos.

La infertilidad puede tener como principales factores sociales el posponer la maternidad, el estrés que trae consigo el ritmo de vida actual, las enfermedades venéreas mal atendidas, estas últimas pueden degenerar en complicaciones de carácter reproductivo.

Los factores físicos o biológicos de la infertilidad, pueden ser divididos para su estudio en tres: a) los debidos a causas femeninas, b) por causas masculinas y c) los debidos a causa de ambos.⁷

En este sentido, las causas femeninas son múltiples y pueden estar ubicadas en cualquier región del aparato reproductor, ya sea en la vagina, en las trompas de Falopio o en las paredes del endometrio, causando la imposibilidad de lograr la exitosa implantación del óvulo fecundado; la principal causa femenina se presenta por anomalías en los ovarios, ya sea ausencia de

⁶ Véase Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *Procreación humana artificial, un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 85.

⁷ Idem.

gónadas (congénita o derivada de extirpación quirúrgica), síndrome de Turner,⁸ endometriosis, entre otras.

Una de las causas más comunes de la infertilidad femenina puede encontrarse en los padecimientos de miomas intrauterinos, los cuales de ser detectados a tiempo y de tener posibilidades de ser extirpados, pueden no ser una complicación muy grave; es importante mencionar que la mujer se puede ver afectada de infertilidad por causas relacionadas con el endometrio, particularmente en el caso de haber sido sometida a un legrado endometrial.⁹

Las causas masculinas pueden presentarse a nivel testicular debido a la presencia de anomalías en las vías excretoras, es decir que se encuentren obstruidos el epidídimo o el conducto deferente, debido a infecciones situadas en la próstata o en las vesículas seminales, o alteraciones en el líquido seminal; puede también tener su génesis en la eyaculación precoz, eyaculación desviada o retrógrada; es importante mencionar que la ingesta excesiva de alcohol y el trabajo en exceso pueden producir también alteraciones en la fertilidad del hombre.

Existen otras causas no menos importantes que se encuentran en la lista de la infertilidad masculina que son la azoospermia, astenospermia, necrospermia y teratospermia.¹⁰

⁸ El Síndrome de Turner es una condición que solo afecta a las mujeres y es ocasionada por la ausencia de un cromosoma X o de un cromosoma incompleto; tiene como signo la baja estatura y un funcionamiento de los ovarios no adecuado. Los principales rasgos del síndrome de Turner son la baja estatura, la implantación baja de las orejas, manos y pies inflamados y un cuello demasiado corto. Encontrado en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/turnersyndrome.html>

⁹ El legrado endometrial es el raspado de las paredes del endometrio con fines de extraer su mucosa. Definición consultada en MedLine Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, en la liga: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002914.htm>

¹⁰ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E. *op. cit.*, p. 88 y 89. Azoospermia (ausencia total de espermatozoides); astenospermia (poca capacidad de movimiento del esperma); necrospermia (todos los espermatozoides del semen eyaculado están muertos) y teratospermia (alto porcentaje de espermatozoides amorfos).

Entre las causas masculinas y femeninas, existe un punto de convergencia importante ya que existen causas comunes o mixtas, es decir que pueden afectar a ambos.

Dentro de la categoría antes mencionada se encuentra el factor inmunológico, en el que la falta de concepción de la descendencia se deba a la incompatibilidad de los grupos sanguíneos de la pareja afectada; existe la posibilidad de que dentro del factor inmunológico se presente la situación en la que el cuerpo de la mujer detecta al semen como un intruso dentro del sistema y lo ataca como si fuera una enfermedad.

Se han presentado casos en los que la pareja se realiza los estudios pertinentes de fertilidad y los resultados parecen salir normales, tanto en conteo de esperma, causas fisiológicas o de índole femenina como la ausencia de padecimientos tales como el síndrome de Turner, y a pesar de, aparentemente encontrarse en óptimas condiciones para concebir, les resulta imposible. Las parejas en esta situación han sido escasas y cada vez, con los avances en materia de reproducción, se han podido encontrar causas que explican estos casos de infertilidad sin causa aparente.

Las causas de la infertilidad también traen consigo consecuencias psicológicas y sociales que no siempre surgen a la vista de todos pero que se encuentran presentes afectando la vida de quienes padecen de infertilidad. El mejor ejemplo de estas consecuencias, se encuentra en que las mujeres tienden a reprocharse su incapacidad de concebir, lo que desencadena en una baja de autoestima y en problemas de pareja.

En la vida social de las personas también hay afectaciones porque la pareja infértil tiende a aislarse de su entorno cotidiano de amigos y familia debido a la presión social que representa la ausencia de hijos tras haber contraído matrimonio; esto fomenta a su vez, pérdida del control sobre las emociones, pensamientos y del propio cuerpo; se pueden sufrir afectaciones en la capacidad de elegir racional y coherentemente, se presentan reacciones

irracional y desproporcionada que reflejan angustia, depresión, frustración y desesperación.¹¹

2. Los tratamientos médicos como alternativas a la infertilidad.

En la actualidad, las técnicas de reproducción asistida son ampliamente conocidas en el mundo y se han convertido en la principal alternativa frente a la infertilidad; estas técnicas también han abierto el panorama para las parejas que desean lograr su propia descendencia y han evolucionado para dejar en segundo término, la idea de la adopción.

Es necesario mencionar que la reproducción asistida se lleva a cabo mediante la aplicación de diversos métodos médicos que contemplan el consumo de hormonas, el empleo de microcirugías para la obtención de los gametos tanto masculinos como femeninos; implica también la aplicación de técnicas avanzadas de laboratorio para lograr la crioconservación de los gametos para ser utilizados en un futuro, la crioconservación de embriones para ser transferidos con posterioridad a su génesis, etcétera.¹²

La aplicación de una u otra técnica dependerá del grado de infertilidad de la pareja, es decir, que se toman en cuenta las causas de la infertilidad de cada caso y con base en los resultados de los análisis practicados se optará por la mejor opción en aplicación de las técnicas.

Las técnicas de reproducción asistida pueden verse sólo como un paliativo, ya que tienen como finalidad auxiliar a las parejas infértiles a lograr la propia descendencia, mas no así a curar de manera definitiva su enfermedad, con lo anterior se busca resaltar que si la pareja que recurrió en una ocasión a la aplicación de estas técnicas quisiera lograr un nuevo embarazo no podrían hacerlo sin recurrir a la aplicación de las mismas.

¹¹ Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista Derecho Privado*, México, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, p. 104.

¹² Véase Mendiola Olivares, Jaime et al., "Esterilidad y reproducción asistida", *Revista Iberoamericana de fertilidad*, Cartagena, núm. 1, vol. 22, enero-febrero de 2005.

III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Las técnicas de reproducción asistida son todos aquellos procedimientos médicos en donde se pretende alcanzar la unión de los gametos masculino y femenino para lograr un embarazo. Dichas técnicas son aplicadas normalmente por médicos y están dirigidas al sector de la población en edad reproductiva que enfrenta problemas de infertilidad.

Existen diferentes tipos de técnicas y todas ellas pueden atender a una necesidad específica, por ejemplo, si las causas de la infertilidad en la pareja son femeninas y se deben a la obstrucción de las trompas de Falopio, entonces se optará por recomendar la Fertilización *in vitro*, ya que en ella, todo se hace fuera del cuerpo de la mujer y posteriormente le es implantado el embrión resultante y el embarazo sigue su curso normal.

1. *Evolución en la creación de las técnicas de reproducción asistida.*

Las técnicas de reproducción asistida como las conocemos actualmente nacieron con la creación de la inseminación artificial, la cual era utilizada desde el siglo XIV por los árabes para modificar la estirpe de los caballos de tropas enemigas.¹³

Es hasta el siglo XVII cuando Malphigi y Bibbiena intentaron fecundar huevos de gusano de seda y en el siglo XVIII otros científicos fecundaban truchas y pájaros; en 1907 un científico ruso de apellido Ivanoff divulgó los resultados de inseminaciones artificiales en animales, con el que pretendía dar a conocer las ventajas del empleo de esta técnica.

El antecedente más lejano de la inseminación artificial en humanos se le atribuye a Villeneuve, quien le practicó una inseminación a Juana de Portugal,

¹³ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modelo de filiación*, México, Publicaciones de la Universidad Veracruzana, 2010, p. 28.

pero el intento falló porque el rey Enrique IV de Castilla era estéril, de hecho era conocido como “el impotente”.¹⁴

Se habla de la posibilidad de que el primero en realmente tener éxito con la aplicación de la inseminación artificial fue un médico francés de apellido Thouret, quien inseminara a su propia esposa introduciendo su semen por vía vaginal mediante el empleo de una jeringa.

No es sino hasta 1799 cuando la *Royal Society of London*, atribuye la primera inseminación artificial al médico inglés John Hunter, quien realizara con éxito el procedimiento en la esposa de un mercader en el año de 1791. En el Reino Unido fue donde más auge tuvo la realización de esta práctica y donde más éxitos se obtuvieron.¹⁵

Posteriormente, en Estados Unidos un médico de apellido Hard en el año de 1884, realizó la primera inseminación artificial con donador de esperma, se realizó en una mujer cuyo esposo padecía azoospermia,¹⁶ en este caso se decidió recolectar esperma de los miembros más destacados y apuestos de la comunidad universitaria en la que trabajaba Hard para inseminar a la mencionada mujer; el marido fue informado, pero solicitó que no se le informara a su esposa que el hijo que esperaba no era suyo.

Siguieron los avances en esta materia hasta que Rohleder inventó la punción testicular para lograr la obtención de esperma. No fue sino hasta la primera década del siglo XX fue publicada la técnica y sus avances por ser considerada como una forma tangible de obtener el esperma y dar cara a la infertilidad.¹⁷

Distintos países a lo largo del mundo han llevado a la práctica las técnicas de reproducción asistida como medios para paliar el dolor mental que produce la infertilidad en las parejas que se ven afectadas; en Japón, por ejemplo, se practicaban inseminaciones artificiales con donador de esperma a

¹⁴ Herrera Campos, Ramón, *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Granada, servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1991, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶ Véanse definiciones en la nota 10 del presente texto.

¹⁷ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op.cit.*, p. 30.

cualquier persona que lo solicitara; posteriormente se hicieron estudios acerca de la satisfacción de los solicitantes y de las afectaciones que podría sufrir el niño producto de esta técnica; el estudio arrojó como resultado que la inteligencia de los niños nacidos era mayor a la del promedio nacional, ya que se habían recolectado los espermias de los miembros más destacados de la sociedad japonesa.¹⁸

Establecido lo anterior, se puede afirmar que los japoneses pusieron en práctica las técnicas de reproducción asistida con fines eugenésicos y con miras a, en un futuro, solo conservar lo mejor de los genes de la sociedad japonesa.

La fecundación *in vitro*, otra de las principales técnicas de reproducción asistida, comenzó a practicarse en el Reino Unido; todo surgió con los trabajos realizados por el ginecólogo Patrick Steptoe y el biólogo Robert G. Edwards, ambos ingleses, los cuales desarrollaron la aplicación de la fertilización *in vitro* en el ser humano tomando como referencia la aplicación de este procedimiento en la veterinaria.

Steptoe contribuyó con su técnica previamente desarrollada de la laparoscopia la cual, consiste en la introducción de un tubo delgado en la cavidad abdominal, lo que permite la visualización y estudio del desarrollo de los folículos ováricos *in vivo*¹⁹, facilitando también la obtención de óvulos maduros sin mucha complicación.

Entre sus primeros éxitos, se encuentra el diseño de las condiciones óptimas para la obtención de los óvulos maduros, las condiciones de los espermatozoides, la observación microscópica de la penetración de los espermatozoides en el óvulo y la creación de embriones en medios artificiales.

En 1974, en un trabajo publicado para *The Royal Society of Medicine*, reconocieron que al intentar realizar las implantaciones de los embriones

¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹ Flores, Javier y Blázquez Graf, Norma, "Tecnologías de Reproducción Asistida en el Siglo XXI y su Impacto Social" en Brena Sesma, Ingrid (Coord.) *Reproducción Asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, p. 21.

generados artificialmente, fracasaron en 14 de ellas, sin embargo, continuaron con su investigación hasta lograrlo.

En 1976 logran la primera implantación, aunque ésta resultó errónea porque la realizaron en las trompas de Falopio y el embarazo producido debió ser interrumpido a las 13 semanas porque ponía en riesgo la vida de la mujer embarazada.

El esfuerzo duró cerca de quince años, empezando en los años 60 y culminando con el nacimiento de Louis Brown, la primera niña producto de una fecundación in vitro; Louis Brown nació el 25 de julio de 1978 en Inglaterra.²⁰

Los estudios realizados demostraron que el óvulo podía ser extraído de la mujer para así fecundarlo fuera del útero y posteriormente, cuando hubiere un blastocito potencialmente viable, introducirlo de nuevo para su implantación en las paredes uterinas; el proceso debía ser muy preciso porque una falla en el tiempo de maduración del óvulo o en su implantación y no se podría lograr el embarazo.

Finalmente, surge la *subrogación de vientre*; en 1975 se publicó en un periódico de Estados Unidos la petición de una pareja estéril para que una mujer ajena a ellos gestara a su hijo; la mujer que aceptara debía someterse a un procedimiento de inseminación artificial y se le ofreció una compensación económica por la prestación de ese servicio.

En México, la mujer que acepte gestar al hijo de una pareja estéril con fines altruistas es legalmente aceptada en legislaciones locales como en el Código Civil del Estado de Tabasco y en el Código Familiar del Estado de Sinaloa;²¹ en otras partes del mundo, como en Estados Unidos y la India, se celebran contratos de emparejamiento para que mujeres que tienen hijos y son

²⁰ *Ibidem*, p. 22.

²¹ El Código Familiar del Estado de Sinaloa en su Título Octavo, capítulo V “De la reproducción humana asistida”, particularmente en su artículo 283, estipula el significado de la maternidad subrogada, así como los requisitos para que se funja como madre subrogada. En el artículo 284 establece que la maternidad subrogada acepta distintas variantes, entre las cuales llama la atención que puede existir gestación onerosa o gestación gratuita, a diferencia del Código Civil para el estado de Tabasco, que la permite pero solo cuando se realice con carácter altruista.

casadas, funjan como madres subrogadas y se tiene la opción de gozar o no de una compensación en dinero.

Los avances de la tecnología, sobre todo los que han propiciado la creación de nuevas técnicas de reproducción asistida han generado otras técnicas como la hiperestimulación ovárica controlada, la cual consiste primordialmente en la estimulación de los ovarios para que maduren los óvulos más rápido mediante tratamientos con hormonas y la creación de la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones (FIV-TE); la FIV-TE, se caracteriza por que se emplea normalmente en los procedimientos de maternidad subrogada, primero se fecunda el óvulo con el espermatozoide para crear el embrión que tendrá la carga genética de uno o ambos padres para posteriormente ser transferido al cuerpo de una tercera mujer que fungirá como la madre gestante o subrogada.

2. Clasificación de las técnicas de reproducción asistida y sus variantes.

Se han creado distintas técnicas de reproducción asistida para ofrecer la posibilidad de engendrar hijos a las parejas que se ven afectadas por infertilidad.

Las principales técnicas de reproducción asistida son:

- La inseminación artificial.
- La fecundación *in vitro*.
- La hiperestimulación ovárica controlada.
- La fertilización *in vitro* con transferencia de embriones.

Las dos primeras técnicas mencionadas presentan variantes de aplicación, para ambas, estas reciben el nombre de homóloga o de heteróloga, según sea el caso.

La inseminación artificial homóloga, es aquella en la que la técnica se aplica con el semen del esposo de la mujer sometida al tratamiento, mientras que la heteróloga es aquella que se realiza con el semen de un donador, es

decir, un tercero extraño interviene en el procedimiento aunque no sea de manera directa.

Lo mismo ocurre con la fecundación *in vitro*, existe en su variante homóloga, con el semen de la mujer sometida al tratamiento o heteróloga, con el semen de un donador de esperma.

A. La fecundación *in vitro* y sus variantes.

Esta técnica fue puesta en práctica desde 1961 en animales como los conejos y las vacas, posteriormente, a partir de 1944 se comenzó a practicar en humanos en Estados Unidos y luego en 1958 en la ex URSS²²; el nacimiento de Louis Brown en 1978 constituye la prueba del éxito de ésta técnica.

El procedimiento de la fecundación *in vitro* ocurre en probeta, se obtienen los gametos masculinos y femeninos de quienes desean someterse a este procedimiento y se colocan en un medio idóneo conformado por químicos que propician la supervivencia del óvulo y la buena movilidad del espermatozoide, luego, se lleva a cabo la fecundación y posteriormente se deja madurar la unión hasta que se convierta en un embrión para que sea transferido finalmente al útero femenino en donde seguirá un proceso de embarazo de manera natural.²³

La fecundación *in vitro* se indica principalmente²⁴ en pacientes que presentan esterilidad por obstrucción de las trompas de falopio; en casos en que las trompas de falopio sean ausentes, en casos en los que la esterilidad sea por causas masculinas o en casos de endometriosis.²⁵ También es

²² Carcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, José María Bosch (ed.), 1995, p. 21.

²³ Guzmán, *cit.*, p. 41.

²⁴ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E. *op. cit.*, p. 119.

²⁵ Endometriosis: Es un trastorno en la salud de las mujeres que ocurre cuando las células del revestimiento del útero (matriz) crecen en otras áreas del cuerpo. Esto puede llevar a que se presente dolor, sangrado irregular y problemas para quedar en embarazo. Encontrado en: MedLine plus, enciclopedia virtual de medicina, Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm> fecha de consulta: 27 de mayo de 2015.

indicada la fecundación *in vitro* cuando después de tres intentos de inseminación artificial, la mujer no queda embarazada.

Las principales fases de la realización de esta técnica son:

- a) La estimulación ovárica, esta se realiza mediante tratamientos hormonales que fomentan la maduración de una mayor cantidad de óvulos por ciclo para que estos sean extraídos y puestos en un medio de cultivo que les proporcionará nutrientes;
- b) Se obtiene el esperma, se le deja licuar a temperatura ambiente aproximadamente durante 20 minutos;
- c) Fecundación, en este momento del procedimiento, el semen será lavado y centrifugado para obtener los espermatozoides de mayor movilidad; cada óvulo que fue extraído se coloca en tubos junto con el semen y se los deja así por un lapso de entre 17 a 18 horas en una incubadora a 37°C, si se produjo fecundación, se observarán al microscopio dos pronúcleos en el centro del huevo.²⁶
- d) Por último se tomarán los embriones que se encuentren en condiciones óptimas y serán candidatos a ser transferidos al útero materno.

El procedimiento antes descrito se puede realizar con el semen del hombre, ya sea esposo de la mujer sometida al tratamiento o procedente de un donante; la fecundación *in vitro* homóloga, se presentará cuando la mujer sea fecundada con semen de su pareja y la fecundación *in vitro* heteróloga será aquella que se realice con semen procedente de un donante de esperma.

B. La inseminación artificial y sus variantes.

La inseminación artificial es un proceso consistente en la introducción del semen en los genitales femeninos mediante el uso de una jeringa con catéter para su realización. El semen deberá estar fresco al momento de su

²⁶ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *op. cit.*, p. 125.

transferencia y ésta podrá realizarse en la vagina, en el útero o en las trompas de falopio.

Es importante mencionar que el semen no necesariamente deberá estar recién eyaculado para que la técnica pueda aplicarse, en casos en donde el hombre ha sufrido procesos de castración química o quimioterapias que lo dejan estéril, es posible reservar semen antes de ser sometidos a estos procedimientos y utilizar el semen reservado posteriormente.

El proceso simplemente implica la transferencia del semen fresco en los días propicios del ciclo menstrual femenino, los cuales serían los días en los que se presenta la ovulación para asegurar la fecundación del óvulo.

La inseminación artificial también puede practicarse en casos donde la mujer presente alteraciones que impidan la relación sexual, como vaginismo, o por deformaciones en el cuello uterino, en este último caso se recomienda la inseminación directa en la cavidad uterina.

Para que la inseminación artificial homóloga tenga éxito se requiere que el hombre cuente con un adecuado conteo espermático, que los espermias sean funcionales y fecundantes y en la mujer se requiere que la ovulación sea normal y que las trompas de Falopio no presenten anomalías.²⁷

En la inseminación artificial heteróloga, se realiza principalmente en casos donde los factores de infertilidad son de origen masculino. Es necesario recordar que antes de diagnosticar infertilidad y las causas de ella, se debe atender a quien de los dos es el infértil, para así lograr las indicaciones más óptimas para cada caso concreto.

“La inseminación artificial heteróloga logra sus éxitos gracias a los descubrimientos del ciclo menstrual femenino en 1932 y de las condiciones de congelación de espermias descubiertas en 1945; se descubrió que los espermias sometidos al frío en un cultivo de glicerol podían conservarse largo tiempo sin alteración de su viabilidad.”²⁸

²⁷ *Ibidem*, p. 112.

²⁸ *Ibidem*, p. 113.

C. Hiperestimulación ovárica controlada.

La estimulación ovárica controlada es un tratamiento farmacológico en el cual las mujeres son estimuladas para inducir el desarrollo de múltiples folículos ováricos para obtener múltiples ovocitos.²⁹

La hiperestimulación ovárica o estimulación ovárica se comenzó a emplear en 1982 debido a las bajas tasas de embarazos que se presentaban por inseminación artificial; en general la estimulación ovárica se produce con las hormonas HCG y HMG³⁰, que son aquellas que propician la maduración del óvulo de manera natural en el ciclo de la mujer.

La hiperestimulación ovárica controlada es una forma de favorecer la probabilidad de éxito del embarazo ya que incrementa el número de óvulos potencialmente fecundables por ciclo. Por lo general, la hiperestimulación ovárica, se acompaña de lo que se denomina *coito programado* en los días ovulatorios “fértiles” o de la realización de inseminación artificial.³¹

Sin embargo, los resultados de la estimulación ovárica no siempre han sido los más adecuados, han producido embarazos múltiples con diversas complicaciones, por ello es que se ha optado actualmente por apegarse al ciclo normal de la mujer o por recurrir a una estimulación ovárica mínima.³²

D. Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

En esta técnica de reproducción asistida, primeramente se realizará la fecundación *in vitro* y posteriormente, se realizará la transferencia del embrión al cuerpo de la mujer; sin embargo, no es indispensable en esta modalidad que

²⁹ Zegers-Hochschild, Fernando, *et. al.*, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Sao Paulo, Brasil, red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010.

³⁰ Esta clase de hormonas se denominan gonadotropinas, las cuales se encargan de estimular el funcionamiento normal de los ovarios para que maduren más rápido los óvulos, y estos puedan ser fecundados con mayor probabilidad. Fuente: http://espanol.pregnancy-info.net/opciones_medicas_gonadotropinas.html, consultada el 3 de junio de 2015.

³¹ Barroso, Gerardo y Colín, Alinne, “Bases biológicas y terapéuticas...”, *cít.*, p. 8.

³² Pérez Peña, Efraín, *et. Al.* “Estimulación ovárica controlada. Tiempo de reevaluar” en *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, vol. 3, núm. 1, México, julio–septiembre de 2010.

el embrión o embriones producidos mediante ésta técnica sean transferidos a la mujer que aportó el óvulo.

La fecundación *in vitro* en este caso, seguirá su proceso normal, se obtendrá el óvulo, se pondrá en contacto con el esperma en un medio de cultivo para que se realice la fecundación, luego surge el embrión y finalmente, este será transferido al útero femenino.

Debido a la complejidad de este procedimiento, en cada fecundación *in vitro* se generan varios embriones y al mismo tiempo se transferirá más de uno al útero de la mujer, de esa forma existirán mayores posibilidades de que se logre el embarazo.

La transferencia de embriones consiste en trasladar embriones producidos a través de la fecundación *in vitro* al interior del útero.³³

La Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones es muy importante ya que es la técnica empleada en los procedimientos de maternidad subrogada; en este sentido, es importante explicar que para la realización de un procedimiento de esta naturaleza se debe contar con los gametos de la pareja que lo solicita, posteriormente se realiza la fecundación *in vitro* y al final, los embriones resultantes de esta unión de gametos serán transferidos al útero de la mujer que llevará a cabo la gestación.

La maternidad subrogada se recomienda cuando existen circunstancias especiales en la infertilidad femenina, como es el caso de mujeres que no pueden llevar a cabo la gestación porque ésta pone en peligro su vida o porque el útero es incapaz de llevar a término un embarazo.

Existen casos extremos en donde la mujer ha nacido sin útero y entonces se deberá llevar a cabo el procedimiento con embriones producidos con óvulos de la mujer gestante, lo que puede implicar problemas de filiación.

³³ Herrera Campos, Ramón, *op. cit.*, p. 23.

CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

I. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

El fin primordial de los derechos reproductivos está encaminado al acceso a los servicios de salud en sexualidad y reproducción, así como para prevenir enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, según la evolución social de las mujeres y de la familia.

El ser humano ha logrado la conservación de la especie humana mediante la reproducción; ésta es un fenómeno natural e inherente al mismo, por lo que no se necesitaba de la existencia de una regulación expresa en las normas jurídicas, hasta que la sociedad cambió y las mujeres comenzaron a expresar su necesidad de ser tomadas en cuenta socialmente y con ello, planear sus vidas y regular su fecundidad se presentó con más fuerza hasta llegar a lo que hoy está contemplado en diversos instrumentos jurídicos como derechos reproductivos.

La reproducción en las primeras sociedades agrícolas, como Egipto e India, era muy importante ya que significaba que los descendientes de quienes trabajaban la tierra, seguirían haciéndolo y representaba una forma de conservar e incluso acrecentar la extensión de tierra poseída, situación que se presentó con mucha frecuencia en el feudalismo.

La agricultura hizo que el poder de la mano de obra fuera más productivo y, de esta manera, que fuera viable tener poblaciones más numerosas y que además

fuera una ventaja económica para los patriarcas tener familias con más integrantes.³⁴

En la historia se han dado diversos tipos de movimientos sociales como el socialista cuyo apogeo fue durante el siglo XX en la ex Unión Soviética; el pacifista también del siglo XX que se dio principalmente en la India con Gandhi, en África con Mandela y en Estados Unidos con M.L. King.

El movimiento feminista iniciado en el siglo XIX por las sufragistas de Europa que buscaban el reconocimiento a su derecho al voto, constituye el antecedente más remoto de los derechos reproductivos; las feministas fueron las precursoras del uso de anticonceptivos y de otorgar a las mujeres el derecho a decidir sobre su fecundidad, a decidir con quién tener hijos,³⁵ así como el momento de ejercer su maternidad.

Los derechos reproductivos están consagrados en distintos ordenamientos internacionales como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, Egipto de 1994, encuentran su antecedente en el movimiento feminista de finales de los años 60's y principios de los 70's, así mismo, en el orden jurídico nacional, se encuentran regulados en el artículo 4o. Constitucional.

Como respuesta a las demandas feministas de acceso a la anticoncepción,³⁶ y a la información sobre sexualidad, se trataron cuestiones relacionadas a la libertad de las mujeres, a la eliminación del empleo de términos considerados como discriminatorios tales como "hombre" para referirse a la humanidad entre otros; uno de sus mayores logros ha sido el

³⁴ Gordon, Linda, "La lucha por la libertad reproductiva: tres etapas del feminismo", en Bergallo, Paola (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Buenos Aires, Librería, 2010, p. 26.

³⁵ Cfr. Gordon, Linda, *Woman's body, woman's Right*, 3° ed., New York, Penguin Books, 1990, p. 246.

³⁶ Las feministas de los años 60's y 70's abogaron por que las mujeres tuvieran derecho al voto, que pudieran acceder a la educación superior y que se les tomara en cuenta para ser parte de la esfera laboral de la sociedad, también lucharon por que se les permitiera acceder a métodos anticonceptivos sin la necesidad de estar casadas, y reconocieron que la mujer tiene instintos sexuales independientes de los deseos masculinos y del deseo de maternidad. Cfr. Gordon, Linda, *La lucha por la... cit.*, pp. 28 a 31.

reconocimiento del derecho a la reproducción humana y el goce de las nuevas tecnologías para hacerlo en caso de padecer infertilidad.

1. *El movimiento feminista.*

El movimiento feminista, de gran influencia para la generación de los derechos reproductivos en el mundo, tuvo tres grandes momentos en relación con los mencionados, ya que lejos de las etapas históricas del feminismo, en cada una de sus etapas se plasmaron ideas que resultaron de vital importancia para la concepción actual de los derechos reproductivos.

La primera etapa del movimiento feminista está situada en el siglo XIX, donde las feministas del movimiento sufragista declaraban que la actividad sexual pertenecía al matrimonio y “...desconfiaban de su importancia en la vida de las mujeres...”³⁷. La segunda etapa se presentó de 1914 a 1920 en Europa, con un movimiento a favor de la anticoncepción en donde las mujeres repartían folletos, que contenían información sobre la anticoncepción en las calles; en ese momento los grupos feministas, ya tenían simpatizantes hombres y creían en la liberación sexual de las mujeres, lo que significó que podrían ejercer su sexualidad sin necesidad de existir matrimonio e hicieron énfasis en el placer sexual.³⁸

La tercera etapa, será la de mayor interés para la generación y reconocimiento de los derechos reproductivos; comienza a finales de los 60's y principios de los 70's. Se logró repensar la concepción que se tenía sobre el sexo y a la reproducción para lograr una visión libertaria de ambos; no era posible la separación del sexo y la reproducción. La principal contribución de esta etapa fue la educación sexual para las mujeres, el acceso a anticonceptivos en los servicios de salud y la libertad reproductiva, es decir, cuándo y con quién procrear.³⁹

Las ideas feministas han representado una muy importante parte de la generación de los derechos reproductivos en las sociedades del mundo, y

³⁷ *Ibidem*, p. 28.

³⁸ *Ibidem*, p. 33. La segunda etapa feminista se enmarca en el contexto del socialismo de la primera guerra mundial.

³⁹ *Ibidem*, pp. 36, 37.

dichas ideas y luchas han visto su fruto en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 y en la Plataforma de Beijing de 1995, en donde se han plasmado nuevos conceptos, como el de familia y derechos reproductivos y han marcado una pauta para estos derechos a nivel mundial, principalmente para las mujeres.

Algunas feministas advierten que la maternidad es una forma de encasillar a las mujeres en un rol que sigue siendo de índole machista; ellas se pronuncian en contra de la aplicación de la maternidad subrogada, porque aseguran que sería perfeccionar la instrumentalización de la mujer como una “fábrica de hijos”.⁴⁰

2. Las conferencias de El Cairo 1994 y Beijing 1995.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en la ciudad de El Cairo en 1994, está estrechamente ligada a la Plataforma de Beijing, resultante de la realización de la 4° Conferencia Mundial sobre la Mujer, en donde por primera vez se habla de la condición humana y social de la mujer en general, con miras a que se les reconozcan mejores prerrogativas y una mejor calidad de vida libre de discriminaciones por razón de sexo.

La Conferencia de el Cairo se presentó en el marco de grandes discusiones suscitadas entre dos divisiones, por un lado se encontraban los “controlistas”, quienes aseguraban que existía una necesidad imperante de controlar la natalidad y de reducirla considerablemente con el argumento de que se pensaba de ese modo en aras de garantizar el acceso a una mejor calidad de vida de las familias. Los países controlistas más destacables fueron China y Estados Unidos.

Por el otro lado se encontraban los “pro-natalistas”, este bando argumentaba que los problemas de la población se debían únicamente a las

⁴⁰ Cfr. Winocur, Mariana, “El mandato cultural de la maternidad. El cuerpo y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse”, en Brena Sesma, Ingrid, (coord.) *Reproducción Asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, p. 47.

injusticias de los sistemas económicos. En esta tendencia resalta la presencia de países con tendencia islámica.

Lo que concierne a los derechos reproductivos en el Programa de Acción resultante de esta Conferencia, se encuentra en el apartado 7, denominado “Derechos Reproductivos” (salud sexual y reproductiva) y planificación de la familia. En particular, el apartado 7.2 del Programa de Acción de la conferencia de El Cairo contiene la definición de salud reproductiva y de salud sexual fusionada, esta situación la podemos observar en el texto que a la letra dice:

7.2. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia...⁴¹

Es importante mencionar que en esta plataforma de acción resultante de la Conferencia de El Cairo se habló por primera vez de la existencia de los denominados derechos reproductivos; en el informe de la conferencia se establece que 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 intervalo entre éstos.

La obtención de información es muy importante para el ejercicio de los derechos antes mencionados, ya que la información adecuada y el acceso a métodos de planificación familiar representan una buena vía para alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Por otro lado, uno de los antecedentes más importantes en materia de derechos reproductivos es la celebración de la 4º Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995. Como resultado de la Conferencia Mundial sobre la Mujer tenemos la denominada Plataforma de Beijing.

⁴¹ Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, Egipto, 1994, Capítulo VII, “Derechos Reproductivos”, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1995, p. 37.
https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

La más importante de las propuestas de la Plataforma de Beijing es: “El derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud y en particular su propia fecundidad es fundamental para su emancipación...”⁴² Es necesario destacar que en la Conferencia Mundial de Beijing se trataron todos los aspectos referentes a la mujer y a su situación económica, política y social en el mundo.

Respecto de las definiciones de salud reproductiva y salud sexual, tanto la plataforma de acción resultante de El Cairo y la plataforma de acción de Beijing comparten las definiciones de salud reproductiva. Centrados en los intereses de salud sexual de la mujer, la plataforma de Beijing establece en su párrafo 96 que:

96. Los Derechos Humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia.⁴³

Lo anterior expone que desde 1995, se pretendía proteger a la mujer alejándola de la condición de discriminación que durante muchos años sufrió y que, en algunas ocasiones, se sigue sufriendo. Este párrafo expone con claridad que la mujer es libre de tomar las decisiones que más le convengan en cuanto a su salud sexual y reproductiva, sin intervención alguna ni del Estado ni de otros particulares, lo que se traduce en un derecho a la intimidad como parte de los derechos humanos y reproductivos que todos gozamos.

II. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

En el contexto histórico de los derechos reproductivos, se pudo observar que los movimientos sociales y las demandas de las feministas se plasmaron con cierto éxito en las conferencias internacionales de El Cairo y Beijing, pero

⁴² Conferencia Mundial sobre la Mujer, Plataforma de Beijing, apartado C “La mujer y la salud” párrafo 92, p. 34.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 96, p. 38.

ninguno de esos antecedentes nos ha proporcionado un concepto en concreto de lo que son los derechos reproductivos, ni qué prerrogativas nos confieren.

A pesar de lo anterior, en algunos ordenamientos jurídicos internacionales se ha marcado la importancia de la familia y la reproducción, esto a partir de la protección del derecho a fundar una familia; ninguno de los ordenamientos que protegen el derecho a procrear de manera explícita, pero es tácita la protección del derecho a tener descendencia propia.⁴⁴

Es necesario destacar que la disposición más socorrida para amparar la existencia de un derecho a procrear es el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual establece el derecho de hombres y mujeres a casarse y a fundar una familia, con lo cual se comprende que fundar una familia puede implicar tener o no tener descendencia propia, es decisión de la pareja.

Otro instrumento que adopta esta protección es la “Proclamación de Teherán” en donde se reconoció a la capacidad reproductiva como un derecho humano⁴⁵, dicho reconocimiento se manifiesta mediante la incorporación del derecho de los padres a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos.

El derecho a fundar una familia no se limita sólo a la idea de concebir un hijo, llevar el embarazo y dar a luz al niño, sino que incluye a su vez, la planificación de los embarazos y los partos. El Estado tiene mucho que ver con el acceso al libre ejercicio de los derechos reproductivos, por lo que para ello debe facilitar el acceso a los métodos anticonceptivos, fomentar la adopción y prevenir, y en su caso, ayudar a paliar la infertilidad.

Establecido lo anterior, es muy importante destacar el hecho de que el Estado, particularmente en materia de infertilidad, no tiene modo de establecer acciones para prevenirla toda vez que no es una enfermedad que se pueda diagnosticar fácilmente solo mediante la observación de síntomas; la infertilidad

⁴⁴ Farnós, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁵ Rodríguez, Lilia, *Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos*, ONU, Fondo de Población de Naciones Unidas, <http://www.decidiresunderecho.org/files/LiliaRodriguez.pdf>.

es una afectación a la salud y por sus condiciones particulares debe tener como remedio un paliativo, en este caso, las técnicas de reproducción asistida.

Por derechos reproductivos se entiende: el conjunto de prerrogativas reconocidas por el estado e inherentes a todo ser humano, que le permiten tomar decisiones respecto a su capacidad reproductiva en el marco de una adecuada orientación y del respeto a su autonomía e intimidad personal.⁴⁶

El derecho a fundar una familia o el derecho a contraer matrimonio, se han convertido en términos que se emplean comúnmente para asimilarlos a las formas de manifestar el ejercicio de sus derechos reproductivos. Es importante comprender que el hecho de contraer matrimonio no necesariamente debe ser un requisito indispensable para formar una familia.

Los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos internacionales así como en la legislación nacional contienen entre su catálogo a los derechos reproductivos; para efectos del presente trabajo, se discriminó de entre el catálogo de derechos humanos, aquellos que, se considera que guardan relación directa con la capacidad reproductiva del ser humano.

Entre el catálogo de los derechos reproductivos podemos incluir los siguientes:

- A la intimidad personal.
- A la protección de la salud sexual y reproductiva.
- A decidir el número y espaciamiento de los hijos.
- A la información y acceso a métodos de planificación familiar.
- A acceder a los avances científicos en materia de reproducción.

Este último derecho de acceder a los avances científicos en materia de reproducción se ve afectado de ineficacia al momento de querer ser ejercido ya que, en muchos lugares del mundo, como en México, no se cuenta con una legislación adecuada que permita el libre acceso a las técnicas de reproducción asistida.

⁴⁶ Definición construida a partir de la información obtenida por la autora del presente trabajo.

Todos los derechos mencionados llevan aparejados diversos derechos de la personalidad y se apegan a la protección de la dignidad humana⁴⁷ como un bien de muy alto valor para todo el género humano.

1. *Derecho a la intimidad personal.*

El derecho a la intimidad, está encuadrado en los derechos de la personalidad, en estos, el derecho le confiere al sujeto facultades establecidas por el orden jurídico, y siempre dentro de él, con el objeto de que disponga de sus bienes más preciados como la vida, la libertad y el honor, entre otros.⁴⁸

Los derechos reproductivos forman parte de los derechos de la personalidad. El derecho a la intimidad es entendido como la necesidad de todo individuo a reservar para sí ciertos aspectos de su vida personal y privada, sin que medie intervención de ningún tipo.

Este derecho tiene como características que: a) es originario ya que surge de la existencia del sujeto, b) es oponible a terceros, c) es personalísimo ya que solo los puede ejercer el individuo que es su titular, d) es irrenunciable, e) es imprescriptible, y f) es variable, ya que su contenido se sujeta a las circunstancias en que se desarrollan.⁴⁹

La protección de este derecho comprende el no ser molestado en aspectos que sólo le conciernen al sujeto en su esfera individual, entre ellos las ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas, la vida sexual y amorosa, aspectos de la vida familiar que no son conocidos por extraños, defectos o anomalías físicos o psíquicos, la vida pasada del sujeto, orígenes

⁴⁷ La dignidad es concebida actualmente de manera instrumental simplemente para establecer que es el trato o respeto debido a las personas por su sola condición de seres humanos. Cfr. Martínez Bullé-Goyri, Víctor, "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, número 136, enero-abril de 2013, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 12.

⁴⁸ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 81.

⁴⁹ Basterra, Marcela I, *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, p. 150.

familiares, así como cuestiones referentes a la filiación y a los actos del estado civil.⁵⁰

El derecho a la intimidad personal, no puede entenderse si se le llegase a desligar de la idea de dignidad humana ya que surge de ella; la dignidad humana la poseemos en virtud de que poseemos la condición de ser humano y debemos recibir un trato adecuado conforme a esa condición. La palabra dignidad deriva del latín *dignitas*, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro, “que merece” y que en griego corresponde a *axíos*, valioso, apreciado, precioso, merecedor.⁵¹

El derecho en comento es fundamental para el ejercicio de los derechos reproductivos ya que la reproducción es una esfera personalísima en donde se toman las decisiones acerca de la propia fecundidad, si se desearán o no tener hijos y de desearlos, cuantos y en que intervalo de tiempo.

En las decisiones relacionadas al ejercicio o no de la propia reproducción, es importante puntualizar que el Estado no puede tener ninguna injerencia en estos asuntos, ya que es la esfera más íntima de todo individuo, y él solo debe asegurarse de garantizar la protección de la misma en cualquier ámbito.

Encuadrando el derecho a la intimidad personal en el contexto de la maternidad subrogada, es importante destacar que cualquiera de las partes que intervienen en el procedimiento de maternidad subrogada debe contar con la certeza de que tanto sus datos personales como la información sobre su historia clínica será confidencial y solo se utilizarán para fines de la realización del procedimiento.

En el caso del producto que será gestado, al momento de su nacimiento y de ser registrado ante el Registro Civil, es necesario establecer las disposiciones necesarias para que no se le inscriba en el acta de nacimiento

⁵⁰ Gutiérrez Boada, John Daniel, *Los límites entre la intimidad y la información*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001, pp. 34 y 35.

⁵¹ Martínez Bullé-Goyri, Víctor Manuel, “Reflexiones sobre ...”, *cit.*, p. 41.

ningún indicio o marca distintiva sobre su origen de un procedimiento de maternidad subrogada.

2. *Derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva.*

Para entender el contenido de este derecho, es indispensable primero, estudiar lo que se entiende por salud sexual para luego profundizar el estudio y revisar las implicaciones que tiene la protección de ésta.

Por salud sexual se entiende:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos [...] la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y el de planificación de la familia de su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos, y ofrezcan a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos...⁵²

La definición anterior, como ya se ha mencionado, no hace una distinción entre salud sexual y salud reproductiva, por lo que es necesario recurrir a otras fuentes para obtener una definición más amplia que nos auxilie a comprender las implicaciones de ambos tipos de salud y cómo es que podemos acceder a su protección.

“La salud sexual es el óptimo desarrollo y funcionamiento [anatómico] y psicosocial que permitan al ser humano el ejercicio pleno e integral, individual y social, de su vida erótica, coital, orgásmica y [de género].”⁵³ Derivado de esta definición podemos entender entonces, que la salud sexual se enfoca a disfunciones o padecimientos en el ámbito sexual, a nivel de órganos sexuales o alteraciones psicológicas que tengan repercusiones en la vida sexual del individuo. Por otro lado, entonces, es posible establecer que la salud reproductiva se enfoca al buen funcionamiento anatómico de los órganos reproductivos.

⁵² Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, *op. cit.* p. 41.

⁵³ Martínez, *op. cit.*, p. 83.

Los servicios para la protección de la salud sexual y reproductiva contemplan la información, orientación y servicios de anticoncepción, ya que estos últimos serán aquellos que permitan regular la fecundidad, principalmente de las mujeres; así como la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio,⁵⁴ prevención de enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA,⁵⁵ así como la prestación de los servicios necesarios para que, donde sea legal, se practiquen abortos seguros.⁵⁶

En este mismo sentido, la sexualidad humana se puede ver afectada por disfunciones físicas o psíquicas que pueden llevar al individuo hombre o mujer a no poder ejercer su sexualidad con libertad; en este sentido, las afectaciones más comunes son: la anorgasmia en las mujeres, la disfunción eréctil en hombres, solo por mencionar las más comunes.⁵⁷

De lo anteriormente expuesto, se concluye que la atención de la salud reproductiva comprende todos los servicios encaminados al libre ejercicio de la vida sexual y el derecho a decidir, con apego a la autonomía del individuo sobre su fecundidad y sobre cuándo y con quien procrear.

Es importante establecer que el tratamiento de las personas con problemas de infertilidad es y debe ser especial ya que tienen derecho a que el

⁵⁴ Entiéndase por puerperio “el periodo que sigue al alumbramiento y en el cual los órganos maternos y el estado general vuelven a adquirir las características anteriores a la gestación y tiene una duración de 6 semanas o 42 días.” Definición contenida en el texto de la Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993 Atención de la Mujer durante el Embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio. Apartado 4, punto 4.11: Puerperio Normal. Encontrado en <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/007ssa23.html>

⁵⁵ La protección a la salud sexual y reproductiva contempla también la atención a las enfermedades de transmisión sexual, entre ellas, las que más comúnmente se presentan encontramos: sífilis, gonorrea, virus del papiloma humano, herpes, candidiasis.

⁵⁶ Romero, Mariana, Voz: “Salud reproductiva”, en Tealdi, Juan Carlos (dir.), *Diccionario latinoamericano de Bioética*, Bogotá, UNESCO, Red Latinoamericana y del Caribe de bioética y la Universidad Nacional de Colombia (Ed.), 2008, p. 546.

⁵⁷ Las disfunciones sexuales son las que afectan a la salud sexual de los seres humanos, que la mayoría de las veces no acuden a revisarse, a obtener un diagnóstico y a ponerles un remedio. Las afectaciones a la salud sexual, parafilias, hermafroditismo, ausencia de gónadas, disfunción sexual de la lubricación vaginal, eyaculación precoz, anorgasmia masculina y femenina, vaginismo, entre otras. Cfr. Martínez, *op. cit.* p. 83 y 84.

Estado garantice que puedan acceder a la reproducción sin que medie discriminación o prohibición.

Las técnicas de reproducción asistida constituyen el paliativo para la infertilidad, el acceso a ellas es muy limitado y el Estado no se ha preocupado por legislar en este tema, claro ejemplo de esto es el vacío legal en materia de maternidad subrogada.

3. Derecho a la información y acceso a métodos de planificación familiar.

El derecho a la información se encuentra consagrado en la parte final del artículo 6o de la Constitución mexicana y se entiende como la prerrogativa de cualquier ciudadano de recibir cualquier tipo de información sin restricción alguna sobre los temas de seguridad, prevención, atención y cuidado de su salud y su vida.⁵⁸

Particularmente el derecho a recibir información sobre planificación familiar se logra ejercer mediante las campañas de concientización que emprenden los servicios de salud pública; dichas campañas se componen de carteles y pláticas informativas difundidas en las escuelas con fines educativos así como de la promoción del uso del condón para protegerse de enfermedades de transmisión sexual y como medio de prevenir un embarazo no deseado.

La planificación familiar se relaciona de manera estrecha con el tema de los anticonceptivos, el cual ha sido muy debatido en diferentes ámbitos, pero que en este caso solo vale la pena mencionar que como parte de los derechos reproductivos, se encuentra la planificación de la maternidad o paternidad con base en un proyecto de vida individual ya sea de realización profesional, académica o personal.

En el caso del derecho a la información, es importante destacar que para estar en contacto con la población y así difundir la importancia del empleo de los métodos anticonceptivos, es necesario empezar a informar desde la

⁵⁸ *Ibidem*, p. 315.

escuela, es decir, desde que se tiene conocimiento del ejercicio libre de la sexualidad; se debe proporcionar una adecuada orientación en torno a las prácticas de sexo seguro, del uso del condón, del uso de métodos naturales para controlar la fertilidad, así como de los servicios proporcionados por el sector salud del Estado.

A nivel internacional ya se ha tomado muy en cuenta la importancia de informar y orientar a todos en relación a los medios de control y planeación de la maternidad y paternidad; en este entendido se encuentra la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), en la que se expone "...[se debe tener] acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia"⁵⁹

Destacable es el hecho de que la planificación familiar no sólo incluye la información y orientación sobre métodos anticonceptivos, este derecho va más allá y vela porque las mujeres principalmente, puedan manifestar su deseo de ser madres en el momento que ellas consideren adecuado y que éstos métodos de anticoncepción les permitan ejercer su sexualidad de manera libre y con las responsabilidades que esto implica.

4. Derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos.

El derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos se encuentra consagrado en el segundo párrafo del artículo 4o. de la Constitución mexicana, la máxima ley protege el derecho de decidir con apego a la libertad individual sobre si tener o no descendencia; el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 162, consagra el mismo derecho, pero si contempla la

⁵⁹ Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 10, inciso h). Refiere al derecho a la educación en el marco de la igualdad entre hombres y mujeres. Texto consultado en Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Porrúa, 2011, p. 84

posibilidad de que parejas afectadas de infertilidad, puedan acceder a lograr su propia descendencia mediante las técnicas de reproducción asistida.

Es sorprendente que contemplando la necesidad de lograr la propia descendencia, el Código Civil aún no haya sido reformado para adecuarse a esta disposición; el pleno ejercicio de este derecho establecido en el ordenamiento civil se ve afectado por las lagunas que presenta el ordenamiento constitucional y por el desinterés aparente del legislador poco preocupado por sanar dichas deficiencias.

Como hemos analizado anteriormente, el derecho a decidir de manera libre e informada el número y espaciamiento de los hijos está ligado al acceso a la información sobre métodos de planificación familiar, ya que de acuerdo al plan de vida ya sea individual o de pareja es que el número de hijos debe ser decidido.

Es importante basar dicha decisión en un proyecto de vida así como en las condiciones económicas y emocionales de quienes deseen ser padres, ya que si no se hace con apego a esto, el interés superior del menor en cuanto a condiciones de vida digna y decorosa, a desarrollo mental y emocional y a ser cuidado debidamente por sus padres, se puede ver afectado.

El espaciamiento de los hijos es importante, ya que las mujeres se ven imposibilitadas físicamente para llevar un embarazo más frecuente que en un intervalo de 10 meses, eso contemplando ya la gestación anterior y el puerperio o llamado coloquialmente la cuarentena; esto por cuestiones de salud de la mujer y se menciona con base en lo establecido por las normas de cuidados y atención materno infantil.⁶⁰

⁶⁰ Chiapero, Silvia María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, 2010, p. 26. La autora refiere que el derecho a la salud tiene implicaciones a nivel individual pero las más altas e importantes son las que derivan del ejercicio del derecho a la reproducción, ya que en ese sentido se pueden ver afectados y deben ser protegidos los derechos de al menos 2 sujetos, es decir, el hijo y la madre, o los padres, ya que si se vulneran los derechos de uno, el derecho a la vida se puede convertir en un derecho contra la vida, principalmente, cuando el hijo no nace en condiciones de vida adecuadas, o cuando el embarazo representa un peligro grave para la madre.

La decisión del número y espaciamento de los hijos se encuentra en el ámbito del ejercicio del derecho a la intimidad personal; la autonomía del individuo es fundamental para que se pueda llegar a tomar una decisión reproductiva, ya que si la decisión de tener o no hijos fuera coaccionada, entonces carecería de sentido tener derechos reproductivos si no se pueden perfeccionar libremente.

5. Derecho a acceder a los avances científicos en materia de reproducción.

La Constitución mexicana contempla en el artículo 4º párrafo segundo que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre e informada el número y espaciamento de sus hijos, pero no menciona en ninguna parte qué hay de las parejas afectadas de infertilidad.

Podemos afirmar, que el derecho a acceder a los avances científicos en materia de reproducción, tiene una estrecha relación con el derecho a fundar una familia, ya que muchas veces las parejas unidas en matrimonio o concubinato que no pueden concebir un hijo de manera natural se sienten incompletas o que no están conformadas como una familia real.

En la legislación mexicana, el Código Civil para el Distrito Federal es el único ordenamiento que consagra el acceso a las técnicas de reproducción asistida en el artículo 162 párrafo segundo, que establece lo siguiente: “... 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”.⁶¹

Es importante mencionar que se han suscitado debates en torno a las técnicas de reproducción asistida, en donde por un lado, se argumenta que lograr la propia descendencia es una necesidad que la gran mayoría de los seres humanos busca porque sienten que es una forma de perpetuar su legado en el mundo, sienten que si llegasen a acceder a la adopción de un niño, lo sentirían ajeno aun cuando ante la ley sería su hijo; por otro lado, se pueden

⁶¹ Código Civil para el Distrito Federal, Título Quinto *Del matrimonio*, Capítulo III. *De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio*, artículo 162 párrafo segundo.

encontrar las posturas más conservadoras, que afirma que existen muchos niños que no tienen familia y que esperan ser adoptados, que las técnicas de reproducción asistida son antinaturales y que no deberían existir.

Los derechos reproductivos son un conjunto de prerrogativas que se encuentra relacionado con los derechos humanos y los derechos de la personalidad. Estos últimos son derechos subjetivos privados, ya que se les considera de orden privado porque la persona los protege de acciones que pueda llevar a cabo otro particular, es decir, que su ejercicio se desenvuelve en el ámbito de iguales; si las violaciones a estos derechos se hicieran derivadas de una relación particular-Estado, estaríamos ante una violación a los derechos humanos o las garantías individuales; los derechos de la personalidad pertenecen al ámbito civil.⁶²

Derivado de lo anterior, los derechos reproductivos son derechos subjetivos en virtud de que se encuentran establecidos en las normas jurídicas y en ese sentido, es el derecho mismo el que otorga a la persona la facultad de pedir su protección, o restitución cuando esto es posible.⁶³

III. FUNDAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Se ha estudiado en apartados anteriores de este capítulo el significado, alcances y origen de los derechos reproductivos, ahora bien, se revisará cuál es su marco jurídico nacional e internacional.

En este apartado se estudiarán los principales documentos internacionales que contienen normas que garantizan de alguna forma el libre ejercicio de los derechos reproductivos. Entre estos ordenamientos se hará mención del contenido relacionado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, la Convención para Eliminación

⁶² Flores, *op. cit.*, pp. 82, 84.

⁶³ *Ibidem*, p. 100.

de todas las formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979 y finalmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969.

Posteriormente, se hará mención a la legislación nacional que contiene derechos reproductivos, tales como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Distrito Federal y finalmente la Ley General de Salud; estos ordenamientos contienen disposiciones para, aparentemente, permitir y regular el libre ejercicio del derecho a fundar una familia y el acceso a los medios de control de la natalidad para una paternidad y maternidad responsables y en el momento más adecuado según los planes de vida.

1. Orden internacional.

El orden internacional contiene numerosas disposiciones en casi todas las materias, particularmente, las más desarrolladas son las convenciones y declaraciones de derechos humanos.

En el marco de los derechos reproductivos, el enfoque que presentan los instrumentos internacionales se encamina al derecho a formar una familia; expresamente no existe un “derecho a procrear”, de hecho existen discusiones sobre si existe o no un “derecho a tener hijos”.

Ha sido complejo el delimitar y discriminar los instrumentos que serán objeto del mencionado análisis, pero se tomarán en cuenta los que han representado mayor relevancia y se convierten en los más importantes en esta materia, es decir, los que de alguna forma hayan influido en la construcción y concepción de los derechos reproductivos, además, claro, de los ya estudiados como es el caso de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

A. Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, ha representado desde su publicación y adopción el ideal de derechos que toda persona debe gozar,

sin que medie discriminación de ningún tipo y mucho menos menoscabo a lo que se entiende por dignidad de la persona.

Resulta necesario destacar, que esta declaración contiene ciertos aspectos que son materia de interés para este trabajo debido a que se relacionan de manera muy estrecha con los derechos reproductivos; así nos encontramos con que para efectos del presente trabajo, el principal precepto que debemos atender en el entendido del catálogo de Derechos Reproductivos es el consagrado en el artículo 16 que textualmente versa:

Artículo 16.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.⁶⁴

De éste precepto se puede concluir que quienes deseen contraer matrimonio y formar una familia, podrán hacerlo sin temor a sufrir discriminación alguna; resulta destacable el hecho de que para formar una familia, se presenta la necesidad de reproducirse y lograr la propia descendencia, como un símbolo de realización y máxima forma de dar continuidad a la estirpe.

El derecho en este sentido debe tomar en cuenta, entre otras cosas, las necesidades personales y humanas de la población de su estado, para formular una legislación adecuada.

Por otra parte, el mismo precepto busca la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad, lo que nos lleva a deducir que la protección de la salud y de la vida, se proporcionará desde el momento de la concepción de un hijo, esto se manifiesta por completo en el artículo 25 de la Declaración, ya que establece el derecho a la protección de la salud de todos

⁶⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la asamblea general de Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. *Cfr.*, Cárdenas, *op. cit.*, p. 14.

los miembros de la familia y establece específicamente la asistencia médica de la maternidad y la infancia en el número 2 del mismo artículo 25.

En el caso del derecho a la intimidad personal, que está estrechamente relacionado con los derechos reproductivos, la declaración en su artículo 12, se refiere al derecho a la vida privada, particularmente a que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, dicho lo anterior, se concluye que el Estado siempre debe velar porque se respete el derecho de todas las personas a decidir sobre su vida sexual y reproductiva sin que nadie la coaccione o conozca de ella sin consentimiento del interesado.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, particularmente se preocupa por realizar el ideal de la Declaración Universal de Derechos Humanos para que los preceptos de ésta se traduzcan en libertades de ejercer los derechos individuales de cada persona.

En particular, nos interesa mucho el contenido del artículo 23 del mencionado pacto ya que se refiere especialmente al derecho a fundar una familia, el cual está estrechamente relacionado con el resto de los que anteriormente fueron estudiados en este capítulo; el contenido que nos interesa para efectos de nuestro estudio es el que se encuentra en los numerales 1 y 2 del mismo artículo, los cuales dicen:

Artículo 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.⁶⁵

⁶⁵ Texto encontrado en Cárdenas, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

Como podemos observar, la familia siempre es motivo de preocupación y de protección desde el momento en que se decide tener o no tener hijos, el momento de tenerlos y las condiciones en las cuales ese hijo crecerá.

En relación con el derecho a la vida privada, este se encuentra en el texto del artículo 17 del Pacto, el cual establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, es prácticamente el mismo texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ofreciendo así una protección total a las decisiones que tome cualquier persona respecto de su fertilidad y de su sexualidad.

C. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La presente convención y su temática que pretenden evitar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer, surgen como parte complementaria de los derechos de igualdad contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo que se buscaba garantizar la igualdad de condiciones en materia del ejercicio de los derechos contenidos en los instrumentos legales y que por el hecho de ser persona se les deben respetar a todos por igual con apego a lo proclamado por el principio de dignidad humana

Dicha convención, establece, en el texto del artículo 10, en su inciso h), que:

Artículo 10: Los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.⁶⁶

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

Lo anterior nos deja muy claro que se persigue el objetivo de que tanto hombres como mujeres sean orientados de la mejor forma posible en relación a métodos de planificación familiar y de libertad sexual, sin que la información proporcionada sufra cambios o se vea viciada por diferencias que omitan ciertas cosas porque unas van dirigidas a hombres y otras a mujeres.

Es importante destacar que en sociedades muy conservadoras tales como las de medio oriente, o a criterios de familias que siguen la línea del conservadurismo, a las señoritas se les proporciona sólo la información necesaria acorde con los cambios que sufrirá su cuerpo, pero no se les informa adecuadamente sobre métodos de anticoncepción, por considerarse un tema tabú.

Lo anterior resulta absurdo en una sociedad en donde hoy por hoy, se debe estar correctamente informado sobre todo lo que implica la sexualidad, ya que la libertad sexual se ejerce muchas veces sin consciencia de las consecuencias posibles que puede traer aparejada, esto incluye las probables responsabilidades que se deben afrontar, por ejemplo, un embarazo no deseado o el contagio de una enfermedad de transmisión sexual.

Para evitar que se caiga en la ignorancia y con ello se abuse de prácticas traumáticas como el aborto, es necesario que se imparta la adecuada educación y se protejan el derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva sí como el derecho a la información y acceso a métodos de planificación familiar.

D. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica entró en vigor a nivel internacional el día 18 de julio de 1978; la cual se establece con apego a lo que dicta la Declaración Universal de Derechos Humanos, con un ideal de hombres libres de ejercer todos sus derechos bajo la protección del estado en sus esferas más íntimas y por lo tanto, más valiosas.

El Pacto de San José tutela diversos derechos de una manera muy completa, en el sentido de que se entiende mejor para efectos del presente trabajo en relación a los derechos reproductivos.

Comenzaremos su análisis, por el derecho a la vida, el cual se encuentra tutelado en el artículo 4° del mencionado ordenamiento, particularmente en el número 1, donde establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción [...]”; lo anterior establece desde un principio que la maternidad y la futura infancia tendrá derecho a recibir atención desde el momento en que se sabe que la mujer está embarazada.

Esta atención incluye el acceso a servicios de salud adecuados para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, pero también a prestar servicios de aborto seguro en caso de que el embarazo llegase a poner en peligro la vida de la mujer.

El siguiente derecho que se encuentra tutelado en el artículo 5 numerales 1 y 2 del Pacto en comento, es el derecho a la protección de la integridad física, entendiéndose por esto la prohibición de ser objeto de torturas o tratos inhumanos o degradantes⁶⁷, en este sentido, se encuadra en el derecho a que las mujeres en particular, están protegidas contra actos de mutilación genital, acoso sexual, abortos o esterilización forzados.

Ahora, se tratará brevemente del derecho a fundar una familia, el cual está consagrado en la mayoría de los instrumentos que se estudiaron aquí. En el caso del Pacto, este derecho se encuentra en el texto del artículo 17, de manera específica en los numerales 1 y 2, que expresan:

Artículo 17. Protección de la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

⁶⁷ Artículo 5° numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Cfr. Cárdenas, op. cit.*, p. 371.

La familia siempre se verá protegida por la sola razón de que es la base de la sociedad, sin la cual, esta no podría existir tal como la conocemos. El derecho a fundar una familia tiene que verse rodeado del derecho a la planificación familiar y a decidir el número y espaciamiento de los hijos que se desea tener.

Los derechos de libertad y de vida privada, se encuentran ligados en el contexto de los derechos reproductivos, ya que las decisiones sobre la vida sexual y reproductiva siempre deben tomarse en libertad y con la información y orientación más adecuadas; y en el mismo sentido, las injerencias en la vida privada de alguien están prohibidas sobre todo en el aspecto sexual y reproductivo, por considerarse como bienes de alto valor moral y de una profunda intimidad.

2. Orden nacional.

El orden jurídico nacional, es numeroso y se ha logrado legislar sobre distintas materias que resultan del interés de la sociedad en general ya que constituyen la protección de sus derechos.

Particularmente, para los objetivos perseguidos con la elaboración del presente, se estudiarán las disposiciones de nuestra Constitución, luego de la Ley General de Salud, y finalmente del Código Civil para el Distrito Federal, siempre con miras a destacar lo más importante y lo que pueda ser de ayuda para contextualizar el ordenamiento jurídico mexicano en materia de derechos reproductivos.

A. Artículo 4o. Constitucional.

El texto del artículo 4o., párrafo segundo de la Constitución textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

El texto en comento arriba, encuentra su origen en una reforma constitucional que se publicó en 1973, cuando fue redactada y publicada la Ley General de Población, en donde se expresó la preocupación e importancia por el fenómeno demográfico.

Posteriormente, en 1974, la Conferencia Mundial de Bucarest marcó el antecedente más claro de lo que hoy es el texto del párrafo segundo del artículo 4° constitucional, ya que decía “Las parejas y los individuos tienen del derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información y de los medios requeridos para respaldar dicha decisión en la práctica”.⁶⁸

México, mediante decreto de reforma con fecha en diciembre de 1974 incluyó el derecho a la procreación como garantía individual consagrando esta al artículo 4° de la Constitución; en un inicio, al momento del planteamiento de la iniciativa de reforma, el nombre propuesto para la futura garantía fue el de *Derecho a la procreación*, pero en el transcurso de las discusiones legislativas fue cambiando, hasta convertirse en *derecho a la planificación familiar*.

B. Título III, Capítulo VI de la Ley General de Salud.

En la Ley General de Salud se contempla todo un capítulo conformado por cinco artículos⁶⁹ para establecer lo que se entiende por servicios de planificación familiar y cuáles son los fines de su prestación; para efectos prácticos, sólo se transcribirán las disposiciones más importantes de los artículos que resulten más relevantes.

A juicio propio, uno de las disposiciones más relevantes de este apartado, es el artículo 67, que a la letra dice:

La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

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.

⁶⁸ Citado por Martínez, *op. cit.*, p. 301.

⁶⁹ Ley General de Salud, texto vigente, Título tercero *Prestación de los Servicios de salud*, Capítulo VI *Servicios de Planificación Familiar*. Texto consultado en diputados.gob.mx/leyes/

Conforme a lo anterior, se puede observar que los servicios ofrecidos por el Estado, deben estar encaminados al cumplimiento de lo establecido en la Constitución, ya que como principal derecho a la reproducción, se protege sólo el derecho a controlar y decidir sobre la fecundidad, lo que no es incorrecto, pero también debe establecer métodos de difusión de valores como la responsabilidad para que el ejercicio de la libertad sexual siempre se apegue a este principio.

Es indispensable que se proporcione información adecuada y libre de tabúes o de cualquier otro vicio que se interponga entre el mensaje y quien lo recibe, ya que cualquier obstáculo que se presente al momento de ser informado, puede influir en el empleo adecuado del método anticonceptivo, puede tener influencias negativas en la decisión de la persona e incluso puede hasta coaccionarla a actuar de cierta manera que no es precisamente la más adecuada para ella.

Se centrará el comentario en el derecho a la información debido a que sin ella, la decisión de tener o no familia y el espaciamiento y número de los hijos no puede presentarse de forma adecuada e incluso se puede seguir actuando conforme a creencias regionales, religiosas o mágicas.

En sentido aclaratorio, el artículo 68 de la Ley General de Salud establece lo que comprenden los servicios de planificación familiar, pero los principales para efectos del presente trabajo se encuentran en las fracciones I, IV y V, que expresan:

I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;

V. La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar.

El resto de los artículos se refiere mayormente a políticas públicas, debido a que establece que el la Secretaría de Salud en coordinación con el Consejo Nacional de Población vigilará las prácticas de métodos anticonceptivos en lo que respecta a su eficacia y efectos sobre la salud (artículo 69 LGS).

También establece que ambas dependencias, en coordinación prestarán asesoramiento para la elaboración de programas educativos en materia de planificación familiar y educación sexual, apegándose a las necesidades del sistema educativo nacional. (Artículo 71 LGS).

C. Artículo 162, párrafo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 162, en su párrafo segundo sigue la línea principal del artículo 4° de la Constitución, solo que el Código menciona a las técnicas de reproducción asistida, como se observa en el texto:

Artículo 162.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.⁷⁰

Este artículo constituye un parte aguas para que las parejas en donde uno de sus integrantes o ambos padezcan infertilidad o sean estériles puedan acceder a cualquier técnica de reproducción asistida para lograr tener descendencia. El problema existente es que las disposiciones que se estudian en este capítulo regulan de manera muy general estas técnicas; las leyes estudiadas son muy generales porque no establecen límites para la práctica de estas técnicas, cómo se debe realizar y todo un marco de protección a los sujetos y sus posibles vulnerabilidades ante la posibilidad de verse sometidos a un tratamiento de reproducción asistida.

⁷⁰ Código Civil para el Distrito Federal vigente, Título Quinto *Del matrimonio*, Capítulo III *De los Derechos y Obligaciones que nacen del Matrimonio*. Artículo 162, párrafo segundo, SISTA, 2014.

Es necesario destacar el hecho de que mientras exista un vacío legal ante el tema de las técnicas de reproducción asistida el derecho consagrado en las líneas del artículo 162 no se podrá hacer efectivo ya que no hay una forma de hacerlo exigible, a pesar de que los procedimientos de reproducción asistida se practican en el país, lo cierto es que no hay un ordenamiento legal que garantice a los usuarios que su procedimiento es seguro.

CAPÍTULO TERCERO: LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y COMO ACTO JURÍDICO.

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La maternidad subrogada es un tema que puede verse desde diferentes enfoques, por ejemplo existe el bioético, que estudia las implicaciones morales que puede tener la realización de este procedimiento, existe también el enfoque biológico, que se encuentra orientado a la fisiología del embarazo, la relación que surge entre el feto y la mujer que lo gesta y existen otros mas como el jurídico, que es el que se empleará en este apartado.

El enfoque jurídico busca mostrar que la maternidad subrogada presenta aspectos legales de especial interés para la familia como son el establecimiento de las relaciones de parentesco y filiación con los hijos nacidos mediante esta técnica. En la parte contractual, la maternidad subrogada implica la realización de reformas que promuevan la regulación del contrato de maternidad subrogada a lo establecido por la doctrina y a los requisitos legales para que sea válido.

De manera personal, se considera que la maternidad subrogada es una técnica recomendada como tratamiento paliativo porque es recomendada como última instancia ante un problema de infertilidad, así mismo se auxilia para su realización de las técnicas de reproducción asistida y forma una parte muy importante para el ejercicio del derecho a la reproducción.

1. Definición de maternidad subrogada.

En la exposición de motivos de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, emitido por la Diputada Maricela Contreras Julián durante la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, proporciona una definición de maternidad subrogada, la cual establece:

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 unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato 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.⁷¹

Puede observarse en la lectura de la anterior definición que la maternidad subrogada es, para el legislador, una práctica médica, la práctica médica es la habilidad o experiencia en el campo de la medicina, la cual se adquiere con la realización continuada de una actividad.⁷²

La maternidad subrogada no puede definirse como una práctica médica debido a que no es un procedimiento que se pueda perfeccionar o aprender acorde con la experiencia, es un procedimiento que se compone de la realización de varias técnicas de reproducción asistida.

Parte de la crítica a esta definición proporcionada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal incluye la aclaración de que la madre subrogada, a juicio propio no es la mujer que gestará al niño, sino la mujer que solicitó la realización del procedimiento.

Ramón Herrera, en su libro describe a la maternidad subrogada como un procedimiento mediante el cual

...una tercera mujer extraña al matrimonio es inseminada con el semen del esposo de la mujer que 'encarga' el niño, con la condición de que cuando se produzca el nacimiento, el hijo se ha de entregar al marido —que es el padre biológico— y a su esposa. En este supuesto

⁷¹ Exposición de Motivos con proyecto de Decreto presentada en la V Legislatura de la ALDF por la Diputada Maricela Contreras Julián, miembro de la bancada del Partido de la Revolución Democrática.

⁷² Definición consultada en: <http://bioeximex.blogspot.mx/2012/03/concepto-de-practica-medica.html> confrontada el 12 de junio de 2015.

existe una relación biológica entre el padre y el niño, pero no existe ninguna relación entre el niño y la esposa del padre biológico...⁷³

Derivado del análisis de la anterior definición, se puede determinar que la maternidad subrogada es un procedimiento en virtud de que se siguen una serie de pasos para obtener un resultado; como consecuencia de esto, a criterio propio, es considerado más adecuado el emplear el término procedimiento y no el de práctica médica.

De manera muy personal difiero de la posición expresada por Ramón Herrera porque considero que los gametos que den origen al embrión a implantar en la mujer gestante, deberán ser de la pareja solicitante, salvo que se trate de una pareja en donde uno es infértil.

Yolanda Gómez establece que:

Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre ese recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.⁷⁴

De la anterior concepción de maternidad subrogada, se puede observar que no hay especificidad en torno a la procedencia de los gametos con los que se generará el embrión para gestarlo, pero se puede deducir que no serán utilizados necesariamente los de la pareja que solicita el procedimiento.

Se ha juzgado a la maternidad subrogada como un procedimiento que puede implicar la cosificación de las mujeres y con ello, afectar su dignidad humana; lo cierto es que entre los mayores problemas a los que se enfrenta esta técnica es que muchas legislaciones la prohíben por considerarla una venta de hijos, esto en virtud de que, si se malentiende esta figura, se puede pensar que se busca transferir los derechos paterno filiales mediante el contrato de realización de esta técnica, aunque ese no sea su fin primordial. Los derechos de filiación no pueden ser transferidos en virtud de un contrato

⁷³ Herrera Campos, Ramón, op. cit., p. 61.

⁷⁴ Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la Reproducción Humana*, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas, Universidad complutense de Madrid, 1994, p. 136.

debido a que se estaría ante una venta de niños, equiparable también al delito de trata de personas.⁷⁵

Para efectos del presente trabajo, nos permitimos realizar la estructuración de una definición de lo que entendemos por maternidad subrogada, y se entiende que

...es el procedimiento de reproducción asistida mediante el cual una pareja casada o en concubinato, afectada de infertilidad, solicita a una mujer fértil que lleve a cabo la gestación de un embrión con el que no guardará ninguna relación genética, comprometiéndose la gestante a entregar al niño a sus padres después del nacimiento.⁷⁶

2. Variantes en los procedimientos de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada incluye distintas variantes, la aplicación de una u otra dependerá de factores diversos tales como las causas de la infertilidad en la pareja, si la pareja que solicita está unida en matrimonio o concubinato o simplemente si son una pareja homosexual o si es un hombre y una mujer que desean tener un hijo sin la necesidad de estar unidos a otra persona.

También dependerá en gran medida de si los gametos son viables y funcionales para llevar a cabo la fecundación porque entonces se deberá recurrir al empleo de gametos donados por terceros extraños a la pareja solicitante.

Establecido lo anterior, entonces se puede indicar que las variantes principales de la maternidad subrogada son: a) la gestación subrogada, que es aquella en la que una mujer recibe un embrión al cual solamente gestará y dará a luz, una vez dado el alumbramiento, entregará el niño a sus padres; b) maternidad subrogada, se configurará cuando la mujer, además de gestar al

⁷⁵ Cfr. Código Penal para el Distrito Federal, Título Noveno: Delitos contra la filiación y la institución del matrimonio. Capítulo I. Estado Civil. Artículo 203, fracciones I y V que establecen las sanciones a imponer a personas que presenten a registrar a una persona asumiendo una filiación que no le corresponde o que presente a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda.

⁷⁶ La definición proporcionada es de autoría de la titular del presente trabajo, tomando como base las posiciones revisadas y el análisis de las fuentes de información consultadas.

embrión, aporte su óvulo para que se lleve a cabo la fecundación, en este caso la madre genética y gestante del niño es la misma, quien se comprometió a entregar al niño a la pareja solicitante; c) la maternidad fragmentada, que se presenta cuando una mujer donó su óvulo para la fecundación, otra gestó al embrión y dio a luz al niño, y una tercera será la madre social del niño, es decir, quien se haga cargo de la maternidad,⁷⁷ d) paternidad fragmentada que se presenta cuando la infertilidad en la pareja es por factores masculinos y se ha requerido de un donante de espermatozoides para la realización de la fecundación, esta variante puede presentarse también en situaciones como las de una pareja homosexual (lesbianas) o en casos de mujeres u hombres solos que deseen un hijo. Para las parejas de homosexuales varones, es muy importante considerar que solo uno de ellos podrá aportar su carga genética para la formación del embrión.

En la maternidad subrogada se puede encontrar una pluralidad de sujetos según cuántas circunstancias intervengan, puede presentarse el caso de parejas homosexuales, de que la gestante sea casada, que la solicitante sea una mujer soltera, que el solicitante sea un hombre solo, etcétera.

3. *Sujetos que intervienen en la maternidad subrogada.*

En la estructura del procedimiento de maternidad subrogada intervienen distintas personas; es fundamental que durante el desarrollo del presente trabajo se expongan los participantes porque cada uno de ellos es importante y sus funciones son muy específicas.

El primer sujeto que interviene en el procedimiento de maternidad subrogada es el médico especialista en infertilidad, el papel del médico es fundamental ya que su diagnóstico es el que conducirá a la pareja o a la persona infértil a solicitar la realización del procedimiento.

Los sujetos siguientes son la pareja solicitante, ya sea que estén casados o que se encuentren unidos en concubinato; la pareja solicitante deberá ponerse de acuerdo y recibir la información necesaria para conocer los

⁷⁷ Brena Sesma, Ingrid (Autor), "La gestación subrogada. ¿una nueva figura del derecho familiar?" en Brena Sesma Ingrid, (Coord.) *op. cit.*, p. 140.

riesgos y ventajas que se presentan en la realización del procedimiento además de que deberán ser presentados con la mujer que gestará a su hijo.

El siguiente sujeto importante que interviene en el procedimiento de maternidad subrogada es la mujer que gestará al embrión y dará a luz al hijo para posteriormente entregarlo a la pareja que lo solicitó. La mujer gestante deberá ser informada, al igual que la pareja solicitante, de las implicaciones que tienen el procedimiento, los riesgos intrínsecos al embarazo y deberá recibir apoyo psicológico antes, durante y después del embarazo para que pueda asimilar que el niño que gesta no es su hijo y que el momento de la entrega no sea traumático.⁷⁸

En el procedimiento de maternidad subrogada es importante también la intervención de un abogado, quien se encargará de realizar las gestiones necesarias en cuanto a la redacción del convenio entre la pareja y la mujer gestante; el convenio de maternidad subrogada deberá incluir cláusulas referidas a quién costeará el tratamiento de fecundación in vitro y transferencia de embriones además de cargar con los gastos médicos que se puedan presentar durante el embarazo.

Otro sujeto muy importante durante el procedimiento de maternidad subrogada es un psicólogo, quien dará apoyo a la mujer que fungirá como gestante así como a la pareja que solicitó el procedimiento; la participación del psicólogo deberá ser solo con fines orientadores y con la idea siempre de mantener una buena comunicación con las partes principales que son la mujer gestante y la pareja solicitante.

El Estado es uno de los participantes menos mencionados pero más importante porque desde la administración pública se deberán formular las pautas para que el procedimiento garantice a todas las partes la protección de sus derechos; así mismo se encargará de regular a detalle las formas de llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada siempre con el fin de respetar la dignidad humana de las partes y procurando dejar la menor

⁷⁸ Pretorius, Diederika, *Surrogate motherhood. A worldwide view of the issues*, Springfield, Illinois, United States of America, Thomas books publisher, 1994, p. 16.

cantidad de vacíos para que la vulnerabilidad de las partes se reduzca al mínimo. También deberá procurar evitar la práctica de este procedimiento con fines comerciales y delimitar los requisitos para ser candidatos a someterse a la maternidad subrogada.

4. Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada es un procedimiento de reproducción asistida que se lleva a cabo en virtud de un convenio entre las partes, a título oneroso o gratuito y que en ningún momento implicará la venta de hijos por parte de la mujer gestante ya que se procurará que los gametos que originaron al embrión en la fecundación *in vitro* sean sólo los de la pareja solicitante del procedimiento.

Los gametos empleados en la fecundación *in vitro* deberían ser idealmente procedentes de la pareja solicitante en virtud de que para establecer los lazos de filiación y parentesco entre los solicitantes, que a posteriori serán los padres, deberán determinarse por medio del ADN.

Es importante aclarar que la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada es doble y única, esto significa que por un lado es un conjunto de técnicas de reproducción asistida y por el otro, es un acto jurídico. Para lograr una legislación adecuada y que cubra todos los aspectos posibles para proteger a quienes deseen acceder a la maternidad subrogada para procrear, es importante tener muy presente esta división.

5. Requisitos generales para fungir como madre subrogada.

Las mujeres que deseen prestarse y fungir como madres subrogadas, deberán reunir ciertos requisitos que son de vital importancia para que el embarazo se lleve a término y se eviten en la mayor medida posible los conflictos por la entrega del niño al momento del alumbramiento.

Las mujeres gestantes deberán ser mujeres sanas y fértiles, esto implica que no padezcan ninguna enfermedad crónica degenerativa y que no tengan diagnosticado ningún problema de fertilidad.

En caso de que la mujer gestante sea casada, deberá primero contar con el consentimiento de su esposo y tener antecedentes de embarazos que siempre fueron llevados a término, lo anterior con fines de que no tenga alguna afección psicológica por haber sufrido la pérdida de un hijo propio y que dicha situación la lleve a desear sustituir inconscientemente gestando al hijo de otra.

La mujer gestante también deberá llevar una vida saludable, que haga ejercicio, que no tenga adicciones ni al alcohol, ni al tabaco ni a las drogas; que no padezca anemia ni desordenes de orden alimenticio así como no padecer ningún desorden psicológico, un ejemplo de esta situación sería la esquizofrenia.

La mujer que desee fungir como gestante en un procedimiento de maternidad subrogada será informada de los riesgos que puede implicar el embarazo, así como de los implicados por el someterse al tratamiento de transferencia de embriones. Deberá prestar su consentimiento libre de presiones de cualquier tipo.

La gestante también deberá recibir apoyo psicológico en todos los momentos del procedimiento, es decir, antes, durante y después del embarazo, lo anterior para evitar trastornos emocionales como la depresión post parto y traumas por desprenderse del niño que dará a luz con el fin de entregárselo a los solicitantes.

El convenio de maternidad subrogada deberá estipular desde un principio que la mujer gestante puede recibir una especie de compensación, sin miras a ser una transacción lucrativa, simplemente a modo de indemnización por las molestias implícitas al embarazo.⁷⁹

6. Costos para la realización del procedimiento.

La maternidad subrogada, al ser un procedimiento que requiere de la realización de distintas técnicas de reproducción asistida, implica la erogación de gastos para su aplicación. Es importante mencionar que generalmente, los

⁷⁹ Todos los requisitos se encuentran mencionados en el documental *Mi decisión* que fue presentado por el canal de televisión "National Geographic" en español, consultado vía youtube en la liga: <https://www.youtube.com/?gl=MX&hl=es-419>.

gastos que implica la aplicación de las técnicas de reproducción asistida están a cargo de los solicitantes, esto en virtud de que la gestante está proporcionando lo más importante, que es la posibilidad de gestar un embrión viable.

En los distintos países que se permite la realización de los procedimientos de maternidad subrogada, los costos son diferentes y hasta incluso se puede hacer un comparativo de dónde es más caro realizarse un procedimiento de esta naturaleza, comparar precios y, por decirlo de alguna manera, elegir cuál es la opción que más se ajusta al presupuesto.

En Estados Unidos, el procedimiento de maternidad subrogada se lleva a cabo a través de agencias, el costo promedio de este procedimiento se estima entre los \$50,000 USD⁸⁰ y \$100,000 USD, de los cuales, la compensación para la mujer gestante se encuentra entre los \$27,000 y los \$37,000 USD; la compensación dependerá de cuántas veces ha sido madre gestante y en caso de ser un embarazo múltiple, se llegan a ofrecer hasta \$5,000 USD por cada niño “extra”.⁸¹

En un país donde el salario mínimo por hora es de \$8.00 USD, es muy redituable prestarse como madre subrogada; la relación costo – beneficio es buena ya que los problemas de que la autonomía para decidir de la mujer gestante tiene muchas menos posibilidades de verse afectada o coaccionada que en cualquier otro país.

México, es otro de los países en donde se ofrece la realización de los procedimientos de maternidad subrogada, aunque sólo en dos estados de la república, a saber Tabasco y Sinaloa; los costos para la realización del procedimiento en México son mucho mayores comparados con los de Estados Unidos.

En México uno de los proveedores de estos servicios en el país destaca el hospital SEDNA, que por \$38,250 USD lo que equivaldría a unos \$493,505

⁸⁰ USD será empleada como abreviatura de dólares estadounidenses.

⁸¹ Es posible acceder a un tabulador de precios proporcionado por la agencia *Center for Surrogate Parenting, Inc.* Puede ser consultado en la siguiente liga electrónica: http://www.creandofamilias.com/costos_ivf.htm

MX realiza el procedimiento que se puede extender hasta por 11 meses; la información es proporcionada solo por vía correo electrónico y especifican que a la mujer gestante no se le da ninguna cantidad ya que esta práctica es de “carácter altruista”. Se sabe por fuentes del periódico La Razón que los gastos contemplados para la mujer gestante oscilan los \$50,000 u \$80,000 MX.

Tomando en cuenta que en México el salario mínimo vigente es de \$68.58 MX equivalente a \$5.08 USD por 8 horas de trabajo, en Estados Unidos el procedimiento de maternidad subrogada es mucho más barato y mucho más redituable que en México porque su salario mínimo es de \$10.00 USD, unos \$146 MX, cada hora⁸². Es mucho más económico en Estados Unidos en razón del salario mínimo diario y del poder adquisitivo.

Lo anterior refleja la necesidad de regular el acceso a estos procedimientos porque por un lado no pueden ser proporcionados por los servicios de salud en virtud de que hay pocos recursos destinados a esta materia pero tampoco se puede permitir que unos pocos proveedores de servicios de reproducción asistida encarezcan el procedimiento en razón de que la oferta es poca y la demanda ha ido en aumento.

II. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO

Parte de la necesidad de emitir una regulación en materia de maternidad subrogada nace a raíz de que la práctica de ésta técnica de reproducción asistida, implica también, la existencia de un acto jurídico en donde constarán los medios a emplear para la realización del procedimiento, los acuerdos pactados para la entrega del niño solicitado una vez que ha nacido y si habrá una retribución o será una maternidad subrogada con carácter altruista.

El acto jurídico por excelencia que cubre todos los requerimientos que antes se mencionaron es el contrato, pero no es un contrato de arrendamiento ni un contrato de prestación de servicios por el embarazo llevado a término. En todo caso valdría la pena abrir una nueva especie de contrato de maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.

⁸² Tipo de cambio de dólares a pesos, consultado vía internet en la liga <http://www.cambiodolar.mx/> consultada el 8 de enero de 2015 a las 14:23 horas.

Es importante resaltar que, la maternidad subrogada en sí, no debe ser confundida con el contrato donde constarán las condiciones jurídicas de realización del procedimiento, la maternidad subrogada es todo un conjunto formado por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y el contrato donde constan las formas jurídicas a seguir que implica el procedimiento.

Las formas a seguir incluyen la manifestación del consentimiento de las partes para la realización del procedimiento, las partes que participarán en el procedimiento, si mediará o no agencia u hospital en los aspectos legales y médicos que son inherentes al procedimiento, entre otras.

1. *Como contrato.*

El contrato es “...una concurrencia de voluntades dotadas de la juridicidad necesaria para poder exigirse uno a otro el cumplimiento de las obligaciones adquiridas voluntariamente por la convención contractual a darse en cada caso...”⁸³; es necesario definir al contrato acorde con la doctrina, así como acorde con el Código Civil para el Distrito Federal, que en el artículo 1793 establece: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

Destacable es el hecho de que si se le reconoce al instrumento jurídico de maternidad subrogada el estatus de “Contrato”, el objeto del contrato de maternidad subrogada, *a priori*, es crear la obligación para la madre gestante de entregar al menor gestado a sus padres y la obligación de los padres de aceptar a su hijo y de entregar una compensación a la madre gestante y pagar sus gastos médicos, en caso de haberse pactado así.

La maternidad subrogada se ha entendido como una figura jurídica denominada *arrendamiento de vientre*. En otros países del mundo, la maternidad subrogada no cambia su naturaleza jurídica de procedimiento pero las condiciones, circunstancias, obligaciones, derechos y efectos de la práctica

⁸³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 4ª. Ed. México, Porrúa, 2011, p. 1.

de la maternidad subrogada quedan establecidos en contratos privados, tal es el ejemplo de Inglaterra y la India.⁸⁴

En la legislación mexicana, particularmente en la del Distrito Federal, no tienen contemplada ninguna figura que se asemeje a la maternidad subrogada, menos aún a un contrato que sea el que origine esta práctica.

El contrato, al ser una figura jurídica que requiere de la concurrencia, de al menos dos voluntades, es necesario que se observen ciertos factores como la edad de los contratantes, que las partes gocen de plena capacidad jurídica, que actúen con libertad y siempre con apego a la legalidad.⁸⁵

Todos los elementos con los que debe contar cualquier contrato, son derivados de la manifestación real e inequívoca de la voluntad. Los elementos esenciales de los contratos son el consentimiento y el objeto, según lo establecido por el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal; en caso de faltar alguno de estos dos elementos, se declara al contrato inexistente, según lo establecido en el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los elementos de validez de los contratos son: la capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto y la formalidad.

Cuando falta uno de los elementos de validez se puede estar ante un caso de nulidad, ya sea absoluta o relativa. Según la doctrina, existe nulidad absoluta cuando uno de los elementos de validez se ha realizado de manera imperfecta o que el fin u objeto del contrato realizado son ilícitos. Existe nulidad relativa cuando se presenta falta de forma, error, dolo, violencia, lesión e incapacidad.⁸⁶

De acuerdo con el texto del Código Civil para el Distrito, en su artículo 2225 establece que “la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto

⁸⁴ Brena Sesma, Ingrid, “La gestación subrogada ¿una nueva figura del Derecho de Familia?”, en *op. cit.*, p. 145.

⁸⁵ *Cfr.* Domínguez, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁶ *Cfr.* Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, página 576, tesis 192, de rubro “NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.”

produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley. La nulidad absoluta no impide que el acto realizado produzca sus efectos provisionalmente, hasta que sean estos nulificados por un juez, según el artículo 2226 del Código Civil.

La nulidad relativa ocurre cuando falta la forma establecida por la ley, cuando hay error, dolo, violencia, lesión e incapacidad de cualquiera de los autores del acto (artículo 2228 del Código Civil).

Es necesario apuntar que los elementos de validez de los contratos dependen de los elementos esenciales, pero los elementos esenciales existen con independencia de los de validez.⁸⁷

El consentimiento en el contrato es el acuerdo de voluntades exteriormente manifestadas para la creación o transmisión de obligaciones y derechos.⁸⁸ En otras palabras, para que el consentimiento sea manifiesto, se requiere que dos o más voluntades coincidan, si son concurrentes las voluntades, entonces, se les puede denominar como consentimiento.

Antes de celebrar el contrato, es necesario que, tanto los solicitantes como la mujer que gestará al embrión estén informados de las implicaciones de la realización de las distintas técnicas de reproducción asistida, a partir de ahí, de lo que significan las técnicas aplicables, lo que implican la hiperestimulación ovárica controlada, la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones; todo lo anterior se denominaría como consentimiento informado.

La práctica del consentimiento informado es de gran importancia ya que, es el fundamento de que las partes manifestaron su voluntad de realizarse el procedimiento de maternidad subrogada, voluntad que debe estar libre de vicios para ser válida, lo que a su vez constituye un elemento de validez del contrato.

Para hacer manifiesto un consentimiento válido, es necesario que las partes manifiesten su acuerdo de manera razonada, que puedan evaluar las

⁸⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁸ Reyes Corona, Oswaldo y Colín Zepeda, Lorena, *Elementos Jurídicos de los Contratos*, México, Taxx, 2003, p. 69.

implicaciones de contratar y que dicho consentimiento se exteriorice claramente para evitar caer en el error.

En el particular caso de un contrato de maternidad subrogada, el consentimiento de ambas partes debe ser expreso, de tal manera que no queden dudas de que tanto los solicitantes como la mujer gestante, conocen y aceptan los términos de la celebración del contrato así como que aceptan las implicaciones de la realización del procedimiento de maternidad subrogada.

Si el consentimiento no fuere otorgado, previa la información de todas las partes sobre las posibles consecuencias de cualquier procedimiento clínico que pretenda llevarse a cabo, el contrato será nulo, porque se puede presumir de estar afectado de vicios.

El objeto en los contratos debe ser posible y lícito; el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1824, establece que:

Artículo 1824 "Son objeto de los contratos:

I. La Cosa que el obligado debe dar

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

En cuanto al objeto del contrato de maternidad subrogada, es importante aclarar que el objeto de contrato no será ni el útero ni la mujer en sí, tampoco es o se pretende equiparar a un arrendamiento y mucho menos aún, se pretende realizar la venta de un niño o la transferencia de los derechos paterno filiales.

En la maternidad subrogada, el objeto de contrato es la capacidad gestacional de la mujer que será la gestante; la capacidad gestacional es el objeto del contrato en virtud de que existen casos de mujeres que son fértiles, pero no pueden gestar a un niño porque sus organismos rechazan al producto o son incapaces de mantenerlo implantado en el útero para su gestación. En este sentido, la subsistencia del contrato es viable ya que su objeto no es ni un órgano, una persona, un niño, además la capacidad gestacional, si bien no está dentro del comercio, tampoco se ha establecido que se encuentre fuera de él.

Las partes que deseen ser partícipes de un contrato de maternidad subrogada, deben ser capaces, es decir, mayores de edad y no estar afectados por estado de interdicción, en caso de ser mayores de edad, o las personas no exceptuadas por la ley, según lo establecido por el Código Civil en el artículo 1799. La capacidad de las partes es fundamental, ya que si son capaces, se entiende que pudieron razonar y comprender las implicaciones de la realización del contrato que están firmando.

En relación a los vicios del consentimiento, se puede establecer que éstos son el error ya sea en el objeto o la persona y el consentimiento arrancado o afectado de violencia, es decir, que la persona que consiente pudo haber sido sometida a presión, amenazas o al empleo de la fuerza física para externar su voluntad.

En el caso de la maternidad subrogada, la mujer gestante debe ser voluntaria, tener el deseo de ayudar a otra mujer que no puede albergar un hijo en su vientre. Para que la práctica de la maternidad subrogada se vea libre de vicios en el consentimiento, la mujer gestante debe estar consciente de que el embrión que gestará no es su hijo y deberá ser libre de aceptar las condiciones del contrato de maternidad subrogada, en caso de no comprender bien las implicaciones del contrato, deberá poder recibir la orientación que sea necesaria y pueda consentir libremente.

Es importante destacar que en la celebración de cualquier contrato, se debe definir si es o será un contrato oneroso o gratuito, es decir si mediará una prestación en dinero o simplemente operará como una donación, es decir, con carácter altruista.

En este sentido, el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en su artículo 33 establece que la mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada en su cuerpo se le aplicará las sanciones que queden establecidas en el clausulado del contrato.⁸⁹

Destaca el hecho de que el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal busca ajustarse a lo establecido por el Código Penal

⁸⁹ Exposición de motivos y proyecto de decreto de Ley de Maternidad Subrogada,

para el Distrito Federal, que en el artículo 169 establece la prohibición de la venta de hijos⁹⁰, este rasgo queda demostrado en el texto anteriormente mencionado del artículo 33 de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

Desde el contexto de nuestro sistema jurídico nacional, proponer un contrato de maternidad subrogada de carácter oneroso resultaría contrapuesto al mencionado artículo 169 del Código Penal; no es necesario mencionar la preocupación de la sociedad que este tipo de contrato puede despertar. En el presente trabajo se busca destacar que, la maternidad subrogada a título oneroso, es un tópico mal entendido, es así porque la maternidad no surgirá en razón de la entrega de la compensación en dinero, la maternidad surge con base en la carga genética que compartirá el niño nacido con la madre solicitante.

Puede ser confundido con un contrato de prestación de servicios pero tampoco es así porque la gestación no es un servicio, es un proceso natural del cuerpo humano, que se encuentra fuera del comercio.

2. Cláusulas que debe contener el contrato.

En el contrato de maternidad subrogada, deben existir cláusulas muy bien definidas y muy complejas, ya que implicarán la inclusión del pacto de entrega de un recién nacido a los padres que solicitaron su gestación y procuraron su nacimiento.

Primeramente, debe constar en el texto del contrato que el consentimiento de las partes ha sido prestado libremente y sin coacciones de ningún tipo. En este sentido, la mujer gestante debe manifestar que no recibió ninguna cantidad de dinero para que aceptase llevar la gestación. Los

⁹⁰ Código Penal para el Distrito Federal, título Cuarto Delitos contra la libertad personal, Capítulo V Tráfico de Menores, artículo 169 primer párrafo. *“Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.”*

solicitantes por su parte, deben manifestar que nadie los está coaccionando de ninguna forma para someterse a la realización de la maternidad subrogada.

En cuanto al objeto del contrato, las obligaciones que hará nacer este instrumento legal serán: a) la obligación de llevar a término el embarazo, b) la obligación de entregar al niño cuando la gestante dé a luz, c) permitir que se lleve a cabo la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones, d) la obligación para ambas partes del contrato de someterse a atención psicológica en distintos momentos de la realización del procedimiento y e) la obligación de la mujer gestante de someterse a análisis periódicos para monitorear que el niño que gesta está en buen estado de desarrollo.

Para perfeccionar la parte de la capacidad de las partes, estas, además de declarar que son capaces para contratar, deberán acreditar su capacidad presentando constancia de mayoría de edad.

La capacidad de las partes contratantes es fundamental porque, de presentarse el caso de que alguna de las partes no sea mayor de edad o siéndolo, tenga alguna afectación en su capacidad de ejercicio, el contrato de maternidad subrogada se vería afectado de nulidad relativa.

En el contrato de maternidad subrogada no solo deben tener presencia los comitentes y la gestante, también deben figurar los miembros del personal médico que será encargado de llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida.

Uno de los aspectos más controvertidos de la maternidad subrogada, es por supuesto, la gratuidad u onerosidad que puede revestir la celebración de un contrato.

El contrato de maternidad subrogada puede ser oneroso o gratuito; la única condición que se puede admitir es que, de acordarse un contrato oneroso, se trate solo de una compensación que hace la pareja comitente de los gastos de cuidados durante la gestación.

En ningún momento, al ser de carácter oneroso el contrato, debe tomarse la retribución por la gestación del niño como una compra o una forma

de transferir los derechos paterno filiales. Lo anterior es muy importante porque, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano, las relaciones de filiación no pueden surgir con motivo de un contrato o de una especulación comercial.

Existen autores que se han pronunciado en contra de que se realice o sea válido un contrato de maternidad subrogada, para mantener su posición argumentan que *“la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que el contrato celebrado entre quien encarga al hijo y la madre portadora se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad y atenta contra los principios de orden público.”*⁹¹

3. Denominación de instrumento o acuerdo de maternidad subrogada.

El proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal establece como denominación para referirse al documento donde constan las condiciones para la realización de un procedimiento de maternidad subrogada como *instrumento*.

En otros ordenamientos jurídicos internacionales se le denomina como *acuerdo de maternidad subrogada*. Existen países como Colombia en donde se le denomina *contrato de arrendamiento de vientre*.

Respecto de las denominaciones que se han propuesto anteriormente, se insiste en considerarlo directamente como un contrato ya que es en el Código Civil, en la parte de familia y en la parte de contratos donde debe encontrarse la principal regulación de la maternidad subrogada.

La Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal propone la existencia de un cuerpo legal propio y exclusivo para la materia pero no se debe olvidar el legislador de que la maternidad subrogada también puede ser considerada como una figura del derecho de familia en virtud de que se busca proteger al niño recién nacido como producto de la maternidad subrogada y

⁹¹ Chiapero, *op. cit.*, p. 120.

parte de esa protección al menor, es proporcionándole una identidad con los padres que aportaron su material genético y quienes cuidarán de él.

CAPÍTULO CUARTO: ASPECTOS ÉTICOS, TERMINOLÓGICOS Y DE DERECHO COMPARADO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

I. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Existen distintas razones por las cuales se recurre a la maternidad subrogada, la mayoría de las veces, se trata de mujeres que se encuentran en situaciones extremas de infertilidad y que tienen un enorme deseo de ser madres de un hijo que sientan suyo.

Distintas opiniones pueden escucharse cuando de maternidad subrogada se trata; la mayoría de las opiniones son radicales y opuestas, unos se oponen rotundamente por considerarla una práctica antinatural y contraria a la reproducción biológica natural, además de que se piensa que sería mejor recurrir a la adopción de un hijo para llenar el aspecto de ser padre o madre.

Otras opiniones más abiertas o liberales se pronuncian a favor de la práctica de la maternidad subrogada, siempre y cuando no se caiga en excesos y se pueda llegar a ver la práctica como una industria o un negocio muy redituable.⁹²

1. La maternidad subrogada podría constituir una forma de lucrar con los niños.

Existen autores que aseguran que la maternidad subrogada es una práctica en la que se perfecciona una venta de niños en virtud de que la madre

⁹² Amador Jiménez, Mónica, “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, núm. 6, Cali, p. 199, julio–diciembre de 2010.

subrogada se compromete a entregar al hijo que gestó, a la pareja que le solicitó llevar la gestación mediante la entrega de un pago por el servicio prestado.

La iglesia católica se ha pronunciado de manera rotunda en contra de la práctica de maternidad subrogada porque, aseguran, es contraria a la fidelidad del matrimonio porque los hijos deben ser producto del amor y respeto envueltos en el matrimonio. Para la iglesia, la fertilización in vitro constituye una falta a la fidelidad del matrimonio por que se asimila, desde su perspectiva a una infidelidad, aun cuando no exista contacto sexual entre la gestante y el varón de la pareja solicitante.⁹³

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 203, fracción V establece como delito contra la filiación el acto de presentar a registrar a un nacido atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda; en este supuesto podría encuadrarse la situación de la maternidad subrogada⁹⁴. En nuestro país siempre nos hemos apegado a la premisa de que la madre es quien da a luz haciendo siempre referencia al aforismo latino *mater semper certa est*, por tanto, el nombre de la gestante figurará en el certificado de nacimiento como la madre, con independencia de que medie un convenio de maternidad subrogada.

Derivado de las fuentes de información consultadas, se ha encontrado que en la década de los 50 se practicaba mucho la venta de niños concebidos por mujeres que no podían mantenerlos e incluso de prostitutas que se embarazaban, tenían un hijo y luego negociaban venderlo para obtener alguna ganancia.⁹⁵ En ese tiempo, muchos estados de la unión americana no criminalizaban la práctica de la venta de niños, fue hasta muchos años después que todos los estados de la unión tienen prohibida la venta de niños, incluso tienen la ley denominada “baby broker act”, “Los contratos de maternidad

⁹³ Chiapero, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁴ Código penal para el Distrito Federal, *cit.*

⁹⁵ Field, Martha A., *Surrogate Motherhood*, 2a. ed., Londres, Harvard University Press, 1988, p. 17.

subrogada, describen al acuerdo como un ‘acuerdo de servicios’ por el uso del vientre materno, esto con el fin de evitar cargos por venta de niños”⁹⁶

Es importante no olvidar que, antes de implementar la maternidad subrogada como una de las técnicas de reproducción asistida y ser permitida en nuestro país, se deben fijar los límites a los que se debe ajustar ésta práctica y se deben realizar algunas reformas a distintas leyes que se encuentran relacionadas con la maternidad subrogada, como son el Código Civil para el Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal, la Ley General de Salud en materia de certificados de nacimiento así como emitir una ley de maternidad subrogada que contemple los límites para garantizar los derechos de todas las partes.

2. La mercantilidad en la maternidad subrogada puede coaccionar la autonomía de las mujeres que deseen ser madres gestantes.

Quienes defienden la práctica de la maternidad subrogada, en su corriente más liberal, defienden la idea de que la maternidad subrogada podría convertirse en un empleo de tiempo completo y que puede servir de ayuda a mujeres de bajos recursos para mejorar su vida.

La maternidad subrogada se practica en varios países del mundo, como en el Reino Unido, en algunos estados de Estados Unidos de América, en la India, en 2 estados de México, que son Tabasco y Sinaloa y otros países la prohíben, por ejemplo España. La maternidad subrogada en algunos países se practica a título oneroso, es decir, que media una retribución monetaria tras la entrega del niño producto de la maternidad subrogada.

Es oportuno mencionar que la maternidad subrogada ha atraído una nueva tendencia que se denomina *Turismo de Salud*. Esta tendencia implica que las personas que padecen de infertilidad y que deseen acceder a un procedimiento de maternidad subrogada se encargan de investigar en qué países está permitido éste procedimiento y viajan a ese destino, se contactan

⁹⁶ *Ibidem*, p. 18.

con la mujer que es potencialmente una gestante ya sea por medio de agencias de maternidad subrogada o por medio de anuncios de las propias mujeres, que son publicados para ofrecer sus servicios.

Uno de los principales destinos de salud es la India, en donde la maternidad subrogada se entiende como una industria que puede dejar ganancias millonarias y que beneficia a la economía de ese país.

Existen agencias de maternidad subrogada que se pueden encontrar fácilmente buscando en internet; una de esas agencias denominada "*Planet Hospital*" ofrece sus servicios a todas las parejas, heterosexuales, homosexuales, personas solteras y de distintos países, con lo que promueve el turismo de salud. Lo alarmante de esta agencia y sus servicios no es que ofrezca servicios a parejas homosexuales o no, sino que se ve al niño que será producto del procedimiento como un "pedido" y se ofrece la entrega de una pizza con su "orden"⁹⁷.

La maternidad subrogada es una práctica que ofrece esperanzas para personas que padecen de infertilidad o en casos más graves, de esterilidad y que poseen el deseo de ser padres y madres, como es el caso de una mujer mexicana llamada Iracema, quien nació sin útero, esa es una condición que de cualquier forma la imposibilita para la reproducción; en este caso, por la falta de regulación en el Distrito Federal debía viajar a Tabasco y pagar aproximadamente 150,000 pesos por todo el procedimiento, incluida la compensación para la madre subrogada.⁹⁸

3. *Motivos para fungir como Madre Subrogada.*

Existe una serie de posibilidades cuando se habla de razones o motivos que llevan a las mujeres a participar en un procedimiento de maternidad subrogada como madres gestantes.

⁹⁷ Confróntese el contenido virtual en la liga: <http://agenciadematernidadsubrogada.com/index.php>. La mencionada agencia de maternidad subrogada Planet Hospital presta sus servicios en la India, Grecia, Panamá y Tailandia.

⁹⁸ Nota encontrada en el Diario "La razón" en línea, dirigido por Pablo Hiriart Le Bert, y escrita por Geovanna Herrera el 14 de abril de 2012. En: <http://razon.com.mx/spip.php?article118250>

Una de las razones más recurridas a nivel mundial para ser madres gestantes es la carencia de recursos económicos suficientes para vivir y la necesidad de ganar dinero fácil o rápido, esto para poder dar sustento a sus familias.⁹⁹

Las mujeres que recurren a un acuerdo de maternidad subrogada, suelen poner sus propias condiciones para buscar que su hijo nazca bien y velar por el bienestar de la madre subrogada mientras su hijo se desarrolla dentro de su vientre; existen ocasiones en las que incluso la madre que se encargará de la crianza del niño pide que la madre subrogada se mude con ella para estar viéndola todo el tiempo y velar por la salud de su hijo.

Existen también las mujeres que desean ser madres subrogadas de manera 'gratuita' o altruista, dichas mujeres principalmente son amigas cercanas a la pareja o hermanas de las mujeres que padecen de infertilidad. Otras acceden a esta práctica sin la promesa de una compensación por sentimientos de culpa por abortos pasados o por sentirse en deuda con la sociedad por el hecho de haber sido adoptadas y poder devolver algo a una pareja que desea formar una familia; existen variados motivos psicológicos, como la búsqueda de amor y aceptación.

En la India, en dónde las mujeres son muy pobres e incluso están en niveles inferiores a la pobreza, además de padecer de pobreza y discriminación por su condición de género, son analfabetas; se habla de que una mujer Hindú que acepta ser madre subrogada recibe entre \$5,000 y \$7,000 USD y si consideramos que en ese país se vive con un promedio de 2 dólares por día, es una gran fortuna para la madre subrogada acceder a someterse a este procedimiento bajo la promesa de una compensación en dinero.

Comparado con las implicaciones de un embarazo, los riesgos que corre la mujer gestante, las enfermedades que pudieran presentarse y los cambios hormonales que implica el proceso de la gestación las remuneraciones en la India y en países del tercer mundo son cortas y no alcanzarían a pagar una

⁹⁹ Voigt, Kevin, et. al. *Vientres de alquiler, la tendencia en auge en India*, portal CNN México, en la liga <http://mexico.cnn.com/mundo/2013/11/04/vientres-de-alquiler-la-tendencia-en-auge-en-la-india>.

vida en caso de que la madre gestante llegase a fallecer y dejase hijos propios huérfanos.

4. *Análisis de la Dignidad Humana en la Maternidad Subrogada.*

Existen muchas posiciones contrarias a la maternidad subrogada, muchas de ellas se sustentan en el argumento de que la práctica de la maternidad subrogada atenta contra la dignidad humana. Al hablar de dignidad humana nos enfrentamos a un tema poco estudiado e indefinido debido a que ningún autor y ningún instrumento internacional o jurídico se ha dado a la tarea de elaborar o establecer como única una definición de dignidad humana, lo cual nos deja ante un vacío y abre las puertas a que se tomen en cuenta definiciones subjetivas de la dignidad.

De la comprensión que se tenga de la naturaleza humana deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza, es decir, lo que se denomina como dignidad. La palabra dignidad deriva del latín dignitas, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro, “que merece” y que en griego corresponde a axios, valioso, apreciado, precioso, merecedor.¹⁰⁰

Durante la evolución histórica de la idea de dignidad humana, en la edad media y en el renacimiento, el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social u otros cargos políticos. Aunado a esta determinación dispar de las “dignidades” entre individuos, a mayor dignidad del individuo, se le exigía una forma de comportamiento acorde con ese aprecio y reconocimiento social.¹⁰¹

La dignidad también ha tenido que verse desde el punto de vista de la religión; es a partir del nacimiento del cristianismo que la dignidad cobró una nueva dimensión vinculada con la divinidad ya que dios nos creó a su imagen y semejanza.¹⁰² La dignidad desde la lupa religiosa encuentra su fundamento en

¹⁰⁰ Martínez Bullé-Goyri, Víctor Manuel, “Reflexiones sobre la Dignidad Humana en la Actualidad” *op. cit.*, p. 41.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰² Cfr. Génesis 1:27. Antiguo testamento, Biblia Latinoamericana, México, Paulinas, 2011.

la filiación divina, con esto la dignidad se relaciona estrechamente con la igualdad ya que Jesús, al ser Dios mismo hecho hombre, dio la redención a los hombres y la creación y la redención alcanzarán a todos los hombres; a pesar de ello, la dignidad no deriva de la propia condición humana.

La dignidad basada en los atributos de la persona humana surge hasta la filosofía griega, con los sofistas; es Cicerón quien claramente fundamenta la dignidad en la naturaleza humana, a la que entiende como lo divino en lo humano, lo que le da también un carácter de superioridad.

La dignidad de toda persona trae aparejada la idea de autonomía y racionalidad, que son ambas capacidades únicas del ser humano. La autonomía nos permite tomar decisiones razonadas para que sean las más adecuadas, siempre sin perjudicar a terceras personas; la razón nos auxilia a entender qué se quiere y por qué se quiere.

En la maternidad subrogada es siempre interesante observar cómo se utiliza el concepto de dignidad humana como un argumento en contra de su práctica, lo cierto es que si las mujeres accedemos a ser madres subrogadas por diversas circunstancias y la intención es ayudarnos mutuamente ha valido la pena hacerlo.

La dignidad de las personas es atentada cuando así se pretende, cuando se quiere degradar ciertas condiciones de la persona humana, pero no necesariamente implica que a las madres subrogadas se les pretenda ver sólo como objetos. No dejan de ser personas que buscan en ocasiones un sustento para sus familias y en otras la sola satisfacción de ayudar a otra mujer imposibilitada para procrear.

5. Análisis de la aplicación del principio del interés superior del menor al niño producto de la maternidad subrogada.

La jurisprudencia establece que *“la expresión ‘interés superior del niño’ implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser*

*considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.*¹⁰³

Derivado de lo anterior, entendemos que es imprescindible ocuparse de los menores, de sus necesidades, de sus preocupaciones, de todo su mundo; la protección al menor debe ser integral.

El interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el caso concreto, ya que implica un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

En este aspecto, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 416 ter, expresa que *“...se entenderá por interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I. el acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal...”*¹⁰⁴ entre otros.

Es interesante la forma en que la legislación civil nacional prevé un adecuado cuidado de los intereses del menor para que su desarrollo sea libre de violencia, en un ambiente de amor y respeto a su persona, lo que lo auxiliará en el desarrollo adecuado de su personalidad.

El principio del interés superior del menor es de fundamental importancia en la realización de los procedimientos de maternidad subrogada porque en caso de presentarse controversia sobre la filiación del niño, se debe saber que el menor nacido estará mejor cuidado por sus padres, es decir, por quienes solicitaron el procedimiento porque lo deseaban, porque el recién nacido será toda la razón de existir de esa pareja y lo cuidarán mucho, además de compartir su información genética, por ello es importante que la maternidad subrogada se permita con sus límites bien establecidos.

¹⁰³ Jurisprudencia referida en: González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp. 25 y 26.

¹⁰⁴ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 416 TER.

II. POSIBLES AFECTACIONES A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NACIDOS POR MEDIO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En los procedimientos de maternidad subrogada, es muy importante que se tomen en cuenta las posibles situaciones que pueden presentarse con motivo de la entrega del menor nacido a sus padres biológicos o solicitantes.

Se han presentado casos donde resulta que el niño es entregado a quienes lo solicitaron pero en su país de origen no reconocen los contratos de maternidad subrogada y al niño le es negado el reconocimiento de filiación con sus padres y en el peor de los casos, se presentan situaciones en donde se deja apátrido al recién nacido.

Es muy importante que para resolver situaciones que se pueden presentar a consecuencia de la realización de la maternidad subrogada, se emita una legislación adecuada que trate de resolver los problemas que pueden llegar incluso a tribunales.

Los jueces para resolver casos de filiación o apatridia, se deben poder basar en una ley sólida que ofrezca las pautas más relevantes y mínimas para resolver los casos en mejor interés del menor y de los padres, con miras a atender los nuevos problemas de una sociedad cambiante.

1. *La Convención sobre los derechos del niño.*

Los niños en general, deben gozar de un mínimo de derechos que el Estado al que pertenecen debe reconocerles y respetarles, para ello, el estado complementa sus disposiciones a favor de los niños con el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁵ tiene diversos documentos como antecedentes. El primero de ellos es la llamada Declaración de Ginebra de 1924; para esta declaración, la pedagoga Englantine Jebb redactó una serie de principios a favor de la protección de la niñez, estos

¹⁰⁵ En adelante, durante el desarrollo de este apartado se le denominará como La Convención.

principios fueron recogidos por la Asociación Internacional de Protección a la Infancia en lo que sería la primera declaración sistemática de los derechos del niño. La declaración de Ginebra fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.¹⁰⁶

Otro documento que constituye un antecedente relevante de la Convención, es la Declaración de los Derechos del Niño, esta declaración fue elaborada por el consejo económico y social de las Naciones Unidas y adoptada por la asamblea general de la ONU el 20 de noviembre de 1959.¹⁰⁷ Es conocida también como el “Decálogo de los Derechos del Niño”. La Declaración consta de 10 principios cuya finalidad es lograr que el niño tenga una infancia *feliz*. Esta declaración, considera que el niño debe gozar de toda protección antes y después del nacimiento.

Finalmente, entre los documentos antecedentes de la Convención, se encuentra el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este pacto fue aprobado por la asamblea general de la ONU el 16 de diciembre de 1966. El texto del pacto expresa que se debe conceder especial protección a las madres, antes y después del parto; adoptar medidas de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna y expresa, así mismo que los niños deben ser protegidos contra la explotación económica y social.¹⁰⁸

La Convención fue adoptada el 20 de noviembre de 1989, tiene vigencia internacional desde el 2 de septiembre de 1990 y entro en vigor para México desde el 21 de octubre de 1990.

En el cuerpo de la Convención se pueden encontrar en una primera parte, todos los derechos que les son reconocidos a los niños, en una segunda parte se encuentran las reglas de aplicación de la convención. Existe una tercera parte, referida a las firmas de la convención. Entre los derechos que le son reconocidos a los niños, destacan el derecho a formar parte de una familia,

¹⁰⁶ Jiménez García, Joel Francisco, *El derecho del menor*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 13.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 15.

el derecho al juego y al esparcimiento, el derecho a ser criado por sus padres, el derecho a la identidad, el derecho a la vida, la libertad de expresión, entre otros.

2. Afectaciones en el derecho a la identidad.

El derecho a la identidad de los niños, se encuentra principalmente en el contenido del artículo 7 de la Convención, se pueden encontrar, adicionalmente, otros rasgos de este derecho en los artículos 8 y 16 del mismo ordenamiento internacional.

El artículo 7 de la Convención establece que todos los niños deberán ser registrados inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad. En el párrafo 2 del mismo artículo, se establece que los Estados partes tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar, en lo posible casos de apatridia.

El artículo 8 refiere que cuando el niño sea privado de sus derechos de identidad los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a establecer rápidamente su identidad.¹⁰⁹

En este sentido, el Código Civil para el Distrito Federal es muy específico en el texto del artículo 55, que establece la obligación de presentar al recién nacido ante el juez del registro civil dentro de los seis meses siguientes a la fecha del nacimiento del menor, esto lo deben realizar los padres.

La aplicación de la maternidad subrogada puede dejar a niños recién nacidos en estado de vulnerabilidad por no acceder a una identidad en virtud de que puede ser motivo de controversia el hecho de no tener determinado el parentesco entre el menor y sus padres, en ocasiones hasta los pone en riesgo de quedar apátridas porque los niños nacen por ejemplo en la India y sus padres son Españoles, país en donde no se permite la realización de la maternidad subrogada.

¹⁰⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, texto consultado en Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Porrúa, 2011, p. 136.

El artículo 16 de la Convención también refiere aspectos relativos al derecho a la identidad, con el que se encuentra muy ligado el derecho a la privacidad en el sentido de que en las actas de nacimiento de los niños nacidos producto de la maternidad subrogada, no deben contener ninguna distinción de la de los niños concebidos naturalmente.

La identidad tiene una estrecha relación con el conocimiento de la filiación propia, del sentido de pertenencia a un grupo cultural y a compartir con los integrantes de un grupo religión, costumbres, idioma y lengua.

El derecho a la identidad en la maternidad subrogada puede verse afectado en virtud de que muchos de los solicitantes de este procedimiento viven en lugares tales como España, México, o la India, en donde la legislación en esta materia es prohibitiva o definitivamente no existe (India) y dadas esas circunstancias, se ven en la necesidad de viajar a otros países que sí permiten su realización o que, a consecuencia del vacío legal, tienen libertad para realizar el procedimiento.

Es obligación de todos los Estados partes de la Convención, entre ellos, México velar por la toma de medidas legislativas necesarias para subsanar las lagunas o vacíos legales que dejen en desamparo a los menores que se puedan encontrar en situación similar a alguna de las antes descritas.

3. Afectaciones en el derecho a ser criado por sus padres.

Los niños tienen derecho a ser criados por sus propios padres, esto en virtud de lo contenido en el artículo 7 de la Convención en la parte final del párrafo primero que establece “...*en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*”¹¹⁰

Los padres son el primer contacto del niño con el mundo exterior, son quienes le brindarán parámetros de conducta y quienes les enseñaran a desenvolverse en sociedad.

¹¹⁰ Ídem.

Otros artículos que regulan aspectos de este derecho son el artículo 9 de la convención que establece que los niños no deberán ser separados de sus padres a menos que la preservación del interés superior del menor lo requiera. Para ello deberá entablarse un procedimiento en el cual todas las partes implicadas en él tendrán derecho a participar y exponer sus opiniones. El artículo 18 establece la obligación común de los padres en la crianza y educación de los hijos, la preocupación fundamental de los padres será en todo momento el interés superior del menor.

En el caso concreto de la maternidad subrogada, el embrión generado con los gametos de a mujer gestante, que posteriormente será el niño nacido, será criado por una tercera mujer, que es la esposa de la pareja comitente; en estos casos donde se presenta una maternidad fragmentada, se puede observar que el niño finalmente sería criado por personas que no son del todo sus padres, aun cuando en la concepción popular se considere que padre es quien cuida y no quien engendra.

Es importante que para evitar confusiones emocionales y problemas legales de tipo salomónico, es necesario establecer muy bien los límites de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la maternidad subrogada, y con ello establecer que el procedimiento de maternidad subrogada se llevará a cabo con los gametos de la pareja solicitante y, sólo en casos extremos de total esterilidad de alguna o de ambas partes, podrá realizarse con gametos de donantes.

El niño en todo momento deberá estar protegido y se le deberá informar, en caso de que su carga genética no sea la de los padres, que es producto de un procedimiento de maternidad subrogada con donante de gametos.

4. Afectaciones en el derecho a no ser objeto de explotación.

La Convención prevé en el artículo 32 que los niños deben estar protegidos contra la explotación económica, con esta medida se prevé impedir que el menor realice trabajos muy pesados que puedan ser peligrosos para su integridad física y también deberá estar protegido contra el desempeño de

trabajos que puedan perjudicar su desarrollo mental, espiritual, moral o social.¹¹¹

Por otro lado, el artículo 35 de la convención establece que el menor estará protegido contra el secuestro, la trata o la venta de niños para cualquier fin o en cualquier forma.¹¹²

Establecido lo anterior, es muy importante destacar que en caso de que se denomine como un contrato, se estaría realizando un acto ilícito en virtud de que se entendería que el objeto del denominado contrato es el niño y transmitir su filiación a cambio de una compensación en dinero, acto que puede ser confundido con la venta de niños.

Destaca el hecho de que actualmente, en algunos lugares del mundo cómo Bélgica y Ucrania, la maternidad subrogada onerosa se permite e incluso es una práctica común. Los niños no son objeto de venta, de hecho, la idea de entregar una compensación a la madre que gestó al niño no es para comprar al niño, sino para constituir una especie de indemnización por las molestias que puede implicar el embarazo.

Por otro lado, también hay mujeres que solo gestan a los niños con la idea de recibir dinero y obtener un beneficio a partir de la necesidad que algunas parejas sin hijos sienten respecto a su infertilidad. Se presentan casos en donde las mujeres que dieron a luz al niño son prostitutas o mujeres con múltiples adicciones que solo desean hacer a un lado al niño y continuar con sus vidas.

El propósito de emitir o contribuir a emitir una regulación que brinde las mejores formas de realización del procedimiento de maternidad subrogada es para evitar que tanto mujeres gestantes, solicitantes como el menor por nacer o recién nacido se vean en situaciones de vulnerabilidad por causa del vacío legal que puede ser aprovechado por personas que, de mala fe, deseen solo obtener un lucro.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 145.

¹¹² *Ibidem*, p. 146.

III. ANÁLISIS DE LA DENOMINACIÓN ‘MATERNIDAD SUBROGADA’.

Para el Derecho Civil, el término *subrogación* significa una forma de transmisión de las obligaciones, por cambio de acreedor, lo que implica que un tercero paga al acreedor principal cuando tiene un interés jurídico en el cumplimiento de la deuda o por virtud de un convenio entre el acreedor y un tercero al que se le transmite la obligación por virtud de un pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor¹¹³; en palabras más simples, se puede decir que el tercero compra la deuda del deudor al acreedor quien ya recibió su pago, dado por el tercero.

Ahora bien, según la Real Academia Española, el término *subrogación* significa la sustitución de una persona o cosa por otra.¹¹⁴

Haciendo una comparación de los términos, desde el punto de vista jurídico, el término *subrogación* es incorrecto para ser aplicado a la denominación del procedimiento de maternidad subrogada ya que este podría ser entendido como que la pareja o la mujer que solicitó el procedimiento le está transmitiendo la obligación de cargar con el embarazo a la mujer gestante, lo cual, es imposible porque el embarazo no es una obligación, es un proceso natural del cuerpo humano y no es susceptible de ser transmitido mediante figura jurídica alguna.

Por otra parte, si atendemos al sentido que se le da al término madre subrogada en el texto de la iniciativa de ley aprobada por la Asamblea Legislativa, se puede deducir, que en el criterio legislativo, la madre subrogada es la mujer de la pareja solicitante y no la mujer que gesta al embrión.

La terminología que se ha empleado en la formulación de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal no resulta ser la más

¹¹³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 21ª. ed., México, Porrúa, Tomo III, Teoría general de las Obligaciones, 1998, p. 480.

¹¹⁴ Término Subrogación consultado en Diccionario de la Real Academia Española en línea, encontrado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>. Página consultada el 2 de marzo de 2014 a las 18:40 horas.

adecuada porque se sigue confundiendo la maternidad subrogada con un contrato.

IV. MATERNIDAD SUBROGADA: PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.

1. *Estados Unidos*

La práctica de la maternidad subrogada nació en Estados Unidos a finales de la guerra de Viet Nam, en donde la mayoría de las mujeres quedaban viudas o solas sin saber si sus esposos regresarían de la guerra o se los entregarían muertos. El abogado Noel Keane fue quien tuvo la descabellada idea luego de recibir la visita de una pareja que no podía procrear.¹¹⁵

En 1988, Nueva York erigió un equipo de trabajo denominado *The New York State Task Force on Life and the Law*, dicho equipo estuvo presidido por el comisionado de salud del Estado y se conformó por varios miembros de la comunidad científica como médicos, abogados, enfermeras, académicos, representantes de los diversos grupos religiosos, filósofos y psicólogos.¹¹⁶

El mencionado equipo de trabajo emitió un reporte respecto de la práctica de la maternidad subrogada en Nueva York; el equipo a pesar de ser muy diverso en cuanto a expertos de diferentes disciplinas, llegó a la conclusión de que la maternidad subrogada debía ser desalentada, lo anterior bajo el argumento principal de que los menores producto de esta práctica eran puestos en riesgo, así mismo las mujeres y la dignidad de las personas se ponían a merced de lo mercantil cuando intervenían en un procedimiento de esta naturaleza.¹¹⁷

Aunado al reporte emitido por el equipo de trabajo, se realizó una propuesta y recomendaciones sobre muchos de los problemas que pudiera

¹¹⁵ Annas, George J., "Fairy tales, Surrogate Mothers tell", en Gostin, Larry, (Ed.), *Surrogate Motherhood. Politics and Privacy*, Indiana, USA, Indiana University Press, 1990, p. 44.

¹¹⁶ Pretorius, Diederika, *Surrogate Motherhood, a worldwide view of the issues*, Springfield, Illinois, Thomas books publisher, 1994, p. 30.

¹¹⁷ *Idem*.

implicar la realización de la maternidad subrogada, estas recomendaciones incluían una propuesta legislativa para que la meta propuesta de desalentar esta práctica fuera abordada.

Resulta, de alguna forma contradictorio que se deseara desalentar la práctica de la maternidad subrogada en Nueva York pero que al mismo tiempo no se establecieran barreras de ningún tipo para la realización de la maternidad subrogada altruista.¹¹⁸ Es destacable el hecho de que si bien, se condenaba la entrega de una paga a la mujer gestante por llevar el embarazo, se alentaba al mismo tiempo que las mujeres que se prestaban a ser madres subrogadas de manera voluntaria pudieran recibir una compensación no mayor a lo equivalente a sus gastos médicos como si fuera un pago “de adopción”.¹¹⁹

Es necesario establecer que, si la maternidad subrogada se pudiera equiparar a una especie de “adopción pre-natal” y además se aceptara una especie de pago por ello, dejaría de ser una adopción para convertirse en una venta de niños, situación que si constituiría una falta a la dignidad de las mujeres y pondría en la esfera comercial al niño nacido.

Entre los objetivos principales del informe emitido por el equipo de trabajo de Nueva York estaba el de prevenir que la maternidad subrogada se convirtiera en una práctica recurrente hasta llegar a transformarse en una forma de empleo para las mujeres o una forma de comerciar los derechos paterno filiales derivados de la procreación.

La maternidad subrogada altruista, a diferencia de la que aceptaba alguna clase de compensación, no estaba condenada por las leyes, incluso era bienvenida porque se presumía de no tener propósitos patrimoniales, que las participantes eran voluntarias y que su decisión de entregar al niño gestado no estaba coaccionada por el dinero y por tanto no hacían ningún daño a la sociedad.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 31. Expresa la autora que a pesar de que existían leyes en materia de maternidad subrogada, no se imponía en ellas ninguna barrera a la práctica de la maternidad subrogada “*without a fee*” (*sin recompensa*).

¹¹⁹ *Ídem*.

Existieron diversos pronunciamientos en relación con la maternidad subrogada. Una de las opiniones que en ese momento era favorable la pronunció la *American Civil Liberties Union (ACLU)* que mencionaba que por derecho constitucional, las partes del acuerdo de maternidad subrogada tenían derecho a desear la reproducción y el impedir la subrogación era una violación a ese derecho.

Por otra parte, se encuentra la opinión emitida por *The Institute of Women and Technology* que sostenía que la maternidad subrogada era una forma de instrumentalizar a las mujeres, una forma de discriminación sexual y de ser aprobados los contratos de maternidad subrogada, se convertirían en parte de una política de explotación de la mujer.¹²⁰

La opinión antes mencionada también contenía la propuesta de que se prohibiera la realización de la práctica de la maternidad subrogada, en lugar de proponer que se legislara, favorablemente o no, pero al final, lo que hace falta ante situaciones que no se encuentran reguladas pero que se llevan a cabo en el mundo del ser, es proponer una legislación para evitar situaciones de vulnerabilidad e inseguridad jurídica.

Estados Unidos es uno de los países que se ha mostrado más abierto a la emisión de leyes que se encarguen de regular a la maternidad subrogada; a pesar de contar con legislación en la materia, el país sólo cuenta con 22 legislaciones, lo que deja en el vacío legal al resto del país.

Los 22 estados de la Unión Americana que tienen legislación en materia de maternidad subrogada son: Arizona, Carolina del Sur, California, Dakota del Norte, Distrito Columbia, Illinois, Indiana, Florida, Missouri, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Pensilvania, Utah, Virginia, Washington y West Virginia.

Del total de legislaciones estadounidenses en maternidad subrogada, sólo 11 de ellas permiten la realización de contratos de sustitución; Arizona y Columbia prohíben la realización de estos contratos y en New York, Dakota del

¹²⁰ Pretorius, Diederika, *Surrogate motherhood ...*, cit, p. 32.

Norte, Indiana, Utah, Minnesota y en el Distrito Columbia los contratos de maternidad subrogada son inválidos.

En los estados de Virginia y New Hampshire se admiten contratos de maternidad subrogada que hayan sido aprobados previamente por un juez; el juez que apruebe los contratos deberá tomar en cuenta si los solicitantes son psicológica y económicamente idóneos para ser padres. En estos mismos estados, el juez tiene el poder de decidir a quién otorgar la custodia del menor, por ejemplo si la pareja solicitante resultó no idónea para el contrato y aún así lo realizaron, puede otorgar la custodia del menor nacido a la gestante y al varón solicitante.

A diferencia de los estados anteriormente mencionados, en materia de custodia del menor, en Illinois y Nevada se presume que los padres legales del niño nacido son los solicitantes, pero le otorgan a la madre gestante el plazo de 20 días, en los que puede decidir si quedarse con el menor o entregarlo a sus padres.

Entre las legislaciones que más llaman la atención, se encuentran las de New York, Dakota del Norte y Utah, en donde los contratos de maternidad subrogada son inválidos y esto tiene como consecuencia que los padres legales del menor nacido, siempre sean la gestante y su marido.

En los estados de Florida, Michigan, Nevada, New Hampshire, New York, Virginia, Washington y West Virginia es ilegal el pago de una cantidad de dinero a la gestante, pero si este pago se realiza como compensación por gastos del embarazo, entonces se puede hacer una excepción.

En la mayoría de los casos en Estados Unidos, la preferencia de las parejas infértiles para llevar a cabo un procedimiento de maternidad subrogada, optan por acudir a un estado donde aún existe el vacío legal para no tener que apegarse a la normativa vigente, aun cuando la existencia de una legislación en la materia las dota de una mayor seguridad jurídica.

A. *Controversias.*

El primer caso de controversia entre los solicitantes y la mujer gestante se presentó en 1987 y fue denominado como *Baby M*; la controversia llegó a los tribunales cuando los señores Stern solicitaron les fuera devuelta su hija, quien era escondida por su madre gestante y genética M.B. Whitehead. Todo comenzó en Febrero de 1985, cuando los señores Stern tuvieron conciencia de que la señora Elizabeth Stern era estéril y el señor Stern deseaba un hijo porque su familia había sido exterminada casi por completo durante la Segunda Guerra Mundial.

Los señores Stern habían intentado tener un hijo mediante la adopción pero debido a su edad avanzada se les negó la posibilidad y sin más remedio, se vieron en la necesidad de publicar un anuncio en el periódico solicitando una mujer sana que pudiera llevar un embarazo; en respuesta al nuncio que publicaron los Stern, se reportó la señora Mary Beth Whitehead, quien era casada, tenía hijos y estaba dispuesta a ser madre subrogada.

Los señores Stern y la señora Whitehead celebraron un contrato de maternidad subrogada en donde establecían que la señora Whitehead sería inseminada con el semen del señor Stern, una vez confirmado el embarazo, la señora Whitehead debería llevarlo a término para entregar al niño nacido a los señores Stern; el contrato celebrado contemplaba el pago de la cantidad de 10,000 USD a favor de la señora Whitehead, los cuales serían entregados al momento del alumbramiento.

Una clausula importante del contrato era la consistente en que la señora Whitehead, siendo la madre genética del niño por nacer, debía renunciar a sus derechos maternos en favor del señor Stern para que la señora Stern posteriormente pudiera adoptar a la criatura.

El embarazo transcurrió sin novedades y el 27 de marzo de 1986 llegó el momento de dar a luz, la señora Whitehead y el señor Stern habían procreado a una pequeña niña; la niña fue entregada a los señores Stern y tan sólo tres días después de ello, la señora Whitehead se presentó en casa de los Stern a pedirles que le dieran a la niña porque la extrañaba; los señores Stern

accedieron a darle a la pequeña por una semana bajo la promesa de buena fe que les sería devuelta.

La semana de plazo transcurrió pero la menor no fue devuelta a los Stern quienes acudieron a buscar a la pequeña al domicilio de la señora Whitehead. Cuando estuvieron en casa de los Whitehead, ellos se rehusaron a entregar a la pequeña a quien habían nombrado Melissa; en vista de los hechos, el señor Stern inició una queja fundándose en el contenido del contrato de subrogación.¹²¹

Los Whitehead, al darse cuenta de la situación legal que enfrentarían por la queja de los señores Stern, decidieron tomar un vuelo a Florida con la menor y así huir de todos sin abandonar a la pequeña Melissa. Los Stern se enteraron de donde se encontraban escondidos los Whitehead con su hija y dieron inicio a varios procedimientos supletorios en Florida, como resultado de esos procedimientos, los Whitehead recibieron varios requerimientos de restitución de la menor a favor de los Stern.

En Florida se consideró que el contrato de subrogación era válido y que en virtud de él, la señora Whitehead, primero debía regresar a la pequeña a sus padres, luego debía renunciar a sus derechos maternos para que la menor fuera adoptada por la señora Stern y finalmente darle cumplimiento así al compromiso que había adquirido al momento de firmar el contrato de subrogación.

El caso en primera instancia fue del conocimiento del Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey, durante el análisis del caso, el juez encargado dejó muy bien asentado que la cuestión debatida no es la procreación sino la relevancia que la sociedad le otorga a la finalidad de tener hijos que consanguínea y genéticamente, nos son propios cuando no es operante la adopción. Además, la cuestión primordial a resolver era el bienestar de la menor atendiendo en todo momento a su mejor interés.

¹²¹ Shapiro, Michael H., *et. al. Bioethics and law. Cases, materials, and problems*, 2a. ed. Estados Unidos de América, Thomson West, 2003, p. 688.

Para atender el bienestar de la menor nacida, no fue de especial importancia realizar el análisis de la validez o invalidez del contrato de maternidad subrogada, más bien, se debía concentrar la atención en determinar cuál sería la relación familiar más favorable para la pequeña.

Respecto de si se había configurado o no una venta de niños entre los señores Stern y la señora Whitehead, el juez llegó a la conclusión de que *“El dinero entregado a la madre subrogada no supone un pago por la entrega de la criatura al padre, porque el padre no puede adquirir con dinero, [un derecho] que ya tiene.”*¹²² Es importante resaltar que, de tener un criterio acorde con lo que mencionó el juez encargado del caso Baby M, se podrían desvirtuar los argumentos en contra de la maternidad subrogada que se basan en que la maternidad subrogada implica una venta de niños.

El juez de primera instancia emitió su sentencia el 31 de marzo de 1987, en ella estableció que el contrato es válido en virtud de que ambas partes expresaron sus ofertas y plasmaron sus acuerdos por escrito.¹²³ Finalmente, el tribunal de New Jersey dictó que la señora Whitehead había roto el contrato por dos razones: a) porque no entregó a la menor al señor Stern y b) porque no renunció a sus derechos maternos, por lo que la custodia total de la pequeña le fue otorgada a los señores Stern.

Esta resolución fue apelada por la señora Whitehead y llegó hasta La Corte Suprema del Estado, ahí, el juez que tuvo conocimiento de este caso, tuvo una opinión diferente a la del juez del Tribunal de primera instancia; el juez emitió su sentencia el 3 de febrero de 1988.

La sentencia pronunciada por este juez de segunda instancia, revoca la sentencia anterior y declara nulo el contrato por ser contrario a la ley y a la política pública estatal. Los argumentos para declarar nulo el contrato fueron:

- a) Se pretendía con el contrato, que la señora Stern pudiera adoptar a la pequeña nacida, esto a cambio de la entrega de 10,000 USD

¹²² Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 41.

¹²³ *Idem.*

a la señora M.B. Whitehead. La entrega de dinero a cambio de poder adoptar a un menor es ilegal en virtud de que constituye la venta de un niño, lo que está prohibido por la ley.

- b) El hecho de renunciar a sus derechos maternos con la niña nacida, invalida la acción porque los derechos maternos se encuentran revestidos de interés público.
- c) La maternidad subrogada sin pago y sin vinculación a renunciar a la criatura, si es legal.

Es necesario destacar que la maternidad subrogada, por su naturaleza, lleva implícita la entrega de un menor que la mujer contratada gestó a sus padres biológicos, lo que desvirtúa lo pronunciado por el juez en su sentencia.

Al final, la sentencia resuelve el caso Baby M de la siguiente manera: la custodia de la menor nacida le fue concedida al señor Stern, su padre biológico y la señora Whitehead recibió derechos de visita.

El caso más conocido en materia de maternidad subrogada y que fue resuelto de manera favorable ante el tema de la validez de los contratos, fue el caso “Johnson vs Calvert” que fue resuelto por la Suprema Corte de California mediante la sentencia del año 1993.

Mark y Crispina Calvert deseaban tener un hijo pero Crispina había tenido que someterse a una histerectomía en 1984, a pesar de ello, conservaba sus ovarios, lo que le dejaba la posibilidad de aún producir óvulos, por esta razón los señores Calvert decidieron que la mejor alternativa para procrear era recurrir a una madre sustituta.¹²⁴

Anna Johnson, quien frecuentaba a los Calvert, supo de sus deseos de ser padres, de la infertilidad de Crispina y de su deseo de encontrar a una madre sustituta para que albergara a su embrión y luego de gestarlo, les entregara a su hijo. Anna ante esta situación, se ofreció a ser la madre sustituta de los Calvert.

¹²⁴ Cfr. Chiapero, Silvana, *Maternidad Subrogada, cit.*, p. 178.

Loas tres, Mark, Crispina y Anna firmaron el contrato que establecía que el embrión generado con los gametos de los Calvert y sería implantado en Anna, ella lo gestaría y daría a luz, una vez nacido el pequeño, lo entregaría a sus padres, los Calvert.

Parte del contrato establecía que Anna debía renunciar a sus derechos de madre a favor de los Calvert. Anna recibiría la cantidad de 10,000 USD, los cuales serían pagados en cuotas; los Calvert se comprometieron a pagar u seguro de vida para Anna.

Durante el embarazo, las relaciones entre Anna y los Calvert se deterioraron. Mark Calvert se quejaba de que Anna les había ocultado embarazos anteriores fracasados y varios más en los que el niño había nacido muerto; por otro lado, Anna se quejaba por los términos del contrato de seguro y alegó haberse sentido abandonada durante los dolores prematuros que había sufrido en el mes de junio de 1990, cuando transcurría el sexto mes de gestación.

A los siete mese de embarazo, Anna exigió le pago total de los 10,000 USD acordados y amenazó que de no recibir su pago, se rehusaría a entregar el niño a los Calvert cuando diera a luz. Ante esta situación de amenaza, los Calvert iniciaron una acción legal para que fueran declarados padres de la criatura que aún no nacía, Anna por su parte, inició otra acción para ser declarada madre del niño que gestaba. Ambos casos se unificaron.

El 19 de septiembre de 1990, nació el pequeño gestado y las muestras de sangre que se le tomaron, descartaron a Anna como la madre genética del menor. Ante esta situación, les fue otorgada la custodia provisional del niño a los Calvert; finalmente el caso se resolvió a favor de los Calvert, ya que en la sentencia se estableció: “[Mark y Crispina Calvert] son el padre y la madre genéticos, biológicos y naturales”¹²⁵

La sentencia, además de pronunciarse respecto de la paternidad del menor, declaró la validez y exigibilidad del contrato y suspendió las visitas a

¹²⁵ *Ibidem*, p. 180.

favor de Anna. Este caso se resolvió finalmente de manera favorable a los padres genéticos y no a la mujer que dio a luz.

2. Reino Unido

En el Reino Unido, el antecedente más popular sobre un intento de regulación de la maternidad subrogada es el conocido *Reporte Warnock*, que fue emitido por el Comité de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología, establecido en julio de 1982 y presidido por Mary Warnock.

El reporte se centra en analizar los pros y contras de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida así como del uso de embriones congelados para transferir o para investigación.

En materia de maternidad subrogada, particularmente el capítulo octavo se dedica a analizar y definir la maternidad subrogada. El análisis se realiza a partir de revisar la opinión generalizada de la sociedad de ese tiempo (1982).

El reporte Warnock define a la maternidad subrogada como “... la práctica por la que una mujer gesta a un niño por otra con la intención de que el niño, al nacer deberá ser entregado después de su nacimiento.”¹²⁶ Establece así mismo que, en la maternidad subrogada, la mujer que gesta al niño, es la misma que aporta su óvulo para que el embrión a implantarse sea generado.

Es necesario destacar, que en el texto del reporte se establece que la madre legal, en todo momento, será la mujer que dé a luz al niño que la pareja solicitó; el reporte argumenta a favor de esto que es lo que más conviene al menor para efectos de que el menor sea registrado y realice los trámites legales que le sean necesarios.

El reporte también contempla que la maternidad subrogada por lo general, implica que la mujer gestante debe recibir una especie de pago, el pago debe variar entre la retribución de los gastos por el embarazo y una “recompensa” sustancial; si bien, el reporte contempla la subrogación a cambio

¹²⁶ Mary Warnock, (presidenta), et. al., *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, junio de 1982, encontrado en: <http://cursos.tecmilenio.edu.mx/cursos/at8q3ozr5p/prof/pe/pe04006/anexos/Warnock%20report.pdf>, p. 42.

de un precio, también contempla la posibilidad de que la maternidad subrogada se realice por motivos altruistas, sobre todo cuando se trata de familiares que se ayudan unas a otras.

En el tiempo en el que se llevó a cabo el reporte, la práctica no era propiamente ilegal, de hecho, hasta ese momento ninguna de las partes que formaron parte en un contrato de subrogación había quebrantado la ley; el reporte así mismo establece que aunque no se había quebrantado la ley, se podía estar ante una práctica ilegal si los términos del contrato contravinieran, en alguna forma, lo previsto en la ley de adopción que establecía la prohibición de pagos por la adopción.

En el texto del reporte Warnock, quedó establecido también, que en otras jurisdicciones donde la realización de esos procedimientos había llegado hasta el conocimiento de los jueces, donde las cortes debieron considerar el futuro del niño nacido, para lograr ver el mejor futuro del menor, debió siempre apegarse al cumplimiento del mejor interés para el niño, según las circunstancias de cada del caso y no acorde con los términos del acuerdo que firmaron las partes.

Para resolver los casos de controversia, en todo momento se debe atender a que el interés superior del menor es de consideración primordial.

Se escucharon muchas opiniones de la sociedad, la mayoría de las opiniones se inclinaron hacia una negativa hacia la realización de la maternidad subrogada, entre los argumentos que se pudieron concluir de esa serie de encuestas sociales destacan: que el mayor esfuerzo en la maternidad subrogada, lo lleva la mujer gestante es ella quien lleva el embarazo y por lo tanto se lleva la mayor cantidad de molestias.

Otro de los argumentos en contra de la maternidad subrogada es el que expresa que la maternidad subrogada, es incongruente con la dignidad humana que una mujer use su útero para obtener una ganancia monetaria al mismo tiempo que permite ser tratada como una especie de incubadora ajena.¹²⁷

¹²⁷ *Ibidem*, p. 45.

Por otra parte, en argumentos más liberales, se estableció que si una mujer deseara ser madre gestante para poder ayudar a otra mujer a tener un hijo o bien si desea hacerlo por dinero, está en su derecho de aceptar y de ejercer su derecho a disponer de su cuerpo, tiene derecho a decidir.

De la emisión del reporte Warnock, se desprendió como conclusión que se debía promover una legislación en el tema, que prohibiera la realización del procedimiento de maternidad subrogada.

A pesar de los problemas en torno a la maternidad subrogada que había presentado el reporte Warnock, no fue hasta que se presentó el nacimiento y respectiva controversia del caso *Baby Cotton*, en el que se llevó a cabo un procedimiento de maternidad subrogada de forma muy particular porque no se requirió de la realización de una inseminación artificial, pero si se pagó la cantidad de £10,000. En enero de 1985, nació el pequeño conocido popularmente como *Baby Cotton* como producto de la realización del procedimiento de maternidad subrogada.

El caso de Cotton llegó a los jueces del Reino Unido y la cuestión a resolver fue el aspecto lucrativo que implicaba el contrato y la realización del procedimiento de maternidad subrogada. Fue por este caso, que se emitió en julio de 1985 la *Surrogacy Arrangements Act*, a tan solo seis meses de haber nacido Baby Cotton. La cuestión principal que se buscaba regular con la mencionada ley era impedir a los terceros la obtención de beneficios económicos derivados de la maternidad subrogada; la forma de coaccionar a la no realización de esta práctica fue mediante sanciones que superaban las £2,000.

La ley prácticamente prohíbe toda práctica relacionada con la planeación, preparación o negociación de un acuerdo de maternidad subrogada. Es muy importante destacar en este punto, que si bien, la maternidad subrogada con precio o sin él no es totalmente declarada ilegal, si se llegase a aceptar el pago de un precio a cambio de la entrega de un niño que se gestó, entonces se estaría incurriendo en una falta a la Ley de adopciones de 1985.

A. Caso de maternidad subrogada sin inseminación artificial.

Kirsty Tevens (nombre supuesto), era una mujer de 26 años que se encontraba casada y era madre de dos hijos; Kirsty había decidido junto con su esposo, que no tendrían más hijos, pero más tarde, decidió tener un hijo más para entregárselo a una pareja infértil que la había contactado, su esposo estuvo de acuerdo con esa idea.

El acuerdo estaba aprobado por ambas parejas y como parte del acuerdo, el varón de la pareja estéril mantuvo relaciones sexuales con Kirsty en pocas ocasiones sin sostener una relación sentimental, de hecho, estos encuentros fueron definidos como contactos puramente físicos con el fin de lograr la procreación,¹²⁸ pero lograron la concepción y a pesar de entre los primeros solicitantes y Kirsty no hubo un acuerdo en las condiciones del contrato, Kirsty, ya embarazada, logró un acuerdo satisfactorio con otro matrimonio, quienes decidieron mantener todo en secreto para evitarse los gastos de una fecundación *in vitro*.

Kirsty dio a luz en agosto de 1984, el niño nacido fue entregado, según se establecía en el convenio, a la pareja solicitante; en esa ocasión, la gestante pronunció la frase “*quien cuenta es quien te quiere y cuida de ti, no quien te da la vida*”.¹²⁹

La finalidad última de la gestante, en este caso, era ayudar a una pareja infértil y sin hijos; la pareja con quien firmó el acuerdo le ofreció una gran cantidad de dinero, la cual, la gestante rechazó. En el acuerdo se estableció que la gestante, de quedar embarazada (como ya era el caso al momento de la firma) debía dejar el trabajo y sus ganancias, para atenderse y cuidar de su embarazo.

Los solicitantes le pagaron a la gestante 1,000 libras cuando se firmó el contrato y 4,000 más al momento de nacer el niño; algunos meses más tarde, los solicitantes intentaron entregarle a la gestante las 5,000 libras restantes

¹²⁸ Martínez Pereda y Martínez Massigoge, *La maternidad portadora...*, cit, p. 34.

¹²⁹ *Idem*

pero ella se rehusó a aceptarlos porque había recibido cuantiosas ganancias con la escritura de un libro sobre la maternidad subrogada que había publicado bajo un seudónimo.

B. *Caso Cotton: dinero para reparaciones domésticas.*

En la trayectoria de la realización de la maternidad subrogada en el Reino Unido, el caso más conocido y de mayor resonancia en los medios de comunicación es el de Kim Cotton.

Kim Cotton, tenía 28 años cuando dio a luz a una niña para entregársela a una pareja estéril el 4 de noviembre de 1984; la pequeña niña fue concebida por Kim mediante la realización de una inseminación artificial que se llevó a cabo con el semen del varón de la pareja solicitante.

La niña fue dada a luz en un hospital de maternidad y en el contrato celebrado medió una agencia de maternidad subrogada denominada *Surrogate Parenting Association*. Los tribunales ingleses, ordenaron la retención legal de la pequeña recién nacida como consecuencia de la denuncia realizada por los funcionarios de Servicios Sociales del Gobierno.¹³⁰

La decisión primaria del tribunal, consistió en que la niña debería permanecer bajo la custodia del hospital hasta que se decidiera sobre su futuro por el competente tribunal de menores. Tiempo más tarde, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la menor debía ser entregada a la pareja contratante, mientras se realizaban los trámites de adopción siempre bajo la supervisión del Tribunal de Menores.

El principal motivo expuesto por la señora Cotton para acceder a recibir dinero a cambio de la gestación y entrega de la menor nacida fue que, necesitaba el dinero ofrecido por los solicitantes para realizar reparaciones en su hogar.

3. *España*

¹³⁰ *Ibidem*, p. 35.

En 1986 se conformó el Grupo de trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el fin de que formularan un informe que tratara los aspectos más relevantes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas, la maternidad subrogada.

El grupo de trabajo quedó conformado por nueve miembros de la comunidad académica de diversas disciplinas, entre los que destacan el Dr. Luis Díez – Picazo, el Dr. Marciano Vidal, miembro del Instituto de Ciencias Morales de Madrid y Carmen Frías García.

Se celebró un total de 11 sesiones en las que se discutieron distintos puntos que se consideraban relevantes en materia de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; respecto de la aplicación de la maternidad subrogada, se realizaron cuestionamientos como si debía cobrarse por una prestación de servicios, si la madre genética debía ser la madre legal del niño o la gestante lo era, etcétera.

Cuando se analizó el supuesto en el que hay una mujer gestante con óvulo ajeno, se quiso dar respuesta a la pregunta ¿Quién es la madre jurídica del nacido? En este caso, se llegó a la conclusión de que en este sentido se podían presentar dos supuestos: 1) que el espermatozoide es del marido de la mujer gestante, pero el óvulo es de la mujer solicitante y 2) los gametos para generar el embrión son del matrimonio solicitante y la gestante es “*utilizada como incubadora*”.¹³¹

Se realizaron innumerables cuestionamientos en relación a la maternidad subrogada y sus aspectos más controversiales, tales como a cuál de las mujeres intervinientes en este procedimiento debía atribuírsele la maternidad del menor recién nacido o si debería permitirse la celebración de contratos de maternidad subrogada.

Producto de la reflexión del Grupo de expertos, se pronunciaron opiniones acerca de que lo más importante, tanto para el legislador como para la sociedad era que el menor naciera en un ambiente en donde estuviera bajo

¹³¹ Martínez Pereda y Martínez Massigoge, *La maternidad portadora...*, cit, p. 81.

el cuidado de sus padres, esto con el fin de que el menor tuviera un adecuado desarrollo de su personalidad.

En el contexto de la maternidad subrogada, el Grupo refirió que se enfrentan dos principios, por un lado, el de la autonomía de la mujer, quien se encuentra ante la libertad de decidir sobre su maternidad y por el otro lado, el principio de bienestar del hijo, el cual debe ser traído al mundo en un ambiente adecuado para su normal desarrollo y no sólo para satisfacer el deseo de una mujer infértil.¹³²

Producto de la reflexión del Grupo de expertos, se pronunciaron opiniones acerca de que lo más importante, tanto para el legislador como para la sociedad era que el menor naciera en un ambiente en donde estuviera bajo el cuidado de sus padres, esto con el fin de que el menor tuviera un adecuado desarrollo de su personalidad.

Se expusieron diversos argumentos acerca de la maternidad subrogada y sobre si sería lícito considerarla como un contrato por medio del cual las mujeres servirían como incubadoras de los hijos de otras mujeres que podrían tener más recursos económicos pero por diversas razones, no lograban embarazarse.

Respecto a la consideración o no de la maternidad subrogada como un contrato, el Doctor Luis Diez – Picazo aseguró firmemente que la práctica de la maternidad subrogada bajo el supuesto de ser un contrato, resultaría ilícita porque atentaría en contra de la dignidad humana al instrumentalizar al menor nacido y darle un tratamiento equiparable al de una cosa.

En caso de que se llegase a aprobar la celebración de contratos de maternidad subrogada, se estaría permitiendo legalmente que las mujeres mas vulnerables económicamente hablando, quedaran a merced de ser meras incubadoras de mujeres con mayores posibilidades económicas; se argumentó que podría ser bueno para mujeres que son realmente infértiles o muy perjudicial para mujeres que solo desean una madre subrogada por razones estéticas o de comodidad.

¹³² Cfr. *Ibidem*, p. 82.

La solución a los problemas planteados fue la de imponer el carácter gratuito en la aplicación de la maternidad subrogada, sin embargo, se consideró que, si bien la mujer gestante no debía recibir un pago por sus servicios si era acreedora a recibir una indemnización, toda vez que para la gestante, su condición de embarazada le implicará ausencias de trabajo, un régimen alimenticio especial así como la asistencia al médico de manera regular, molestias y en general, riesgos de salud.

Bajo el criterio del grupo de trabajo, se realizó un análisis acerca de la atribución de filiación; se argumentó que la filiación, más que basarse en el aspecto biológico, debía basarse en una relación social y cultural, esto porque los hechos biológicos, desde ese momento, ya no eran los determinantes para poder engendrar un hijo y convertirse en padres.

Se formularon dos criterios para la determinación de la filiación: 1) cuando los gametos son del matrimonio solicitante y la mujer sólo presta su vientre, establecieron los miembros del grupo de trabajo que la mujer que da a luz, es la madre del menor.

Contrario a la opinión antes mencionada, uno de los miembros del grupo de trabajo formuló la idea de que la voluntad prominente de que nazca un nuevo ser, es del matrimonio solicitante, por tanto, el menor nacido, aunque haya sido parido por otra mujer, es hijo del matrimonio solicitante porque ellos fueron quienes procuraron su nacimiento desde una etapa primigenia.

En España, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se encuentra regulada por la ley número 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; la maternidad subrogada en España también es materia de la mencionada ley 14/2006, la cual en su artículo 10, establece:

Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.¹³³

A pesar de existir en el marco jurídico español, la nulidad de la celebración de los contratos de maternidad subrogada y a pesar de que la filiación de los menores nacidos para ser entregados a terceros serán hijos de la mujer que los parió, en España las parejas infértiles se las han arreglado para realizar los procedimientos en el más discreto ámbito, y han caído en el supuesto penal previsto en el artículo 468 de Código Penal Español, conocido como “suposición de parto”.

La sociedad española no sólo ha tenido que enfrentarse a las barreras legales para poder realizarse un procedimiento para ejercer su derecho a la reproducción, sino que en muchos casos, se han visto obligados a ir a otros países, en donde se puede realizar la maternidad subrogada sin problemas legales.

Actualmente en las sociedades del mundo se ha desarrollado una tendencia que se denomina “turismo médico” o “turismo de salud”, lo que a grandes rasgos implica que los países se promocionan como destinos turísticos en donde se aplican procedimientos médicos que no en todos los países o regiones del mundo se permiten o se pueden aplicar. Ejemplo de esto es la India.

Consecuencia de esa migración con fines reproductivos, se han presentado casos en los que se realiza el procedimiento mediante la intervención de una agencia de maternidad subrogada, esperan el nacimiento de su hijo o hija y cuando tratan de regresar a su país, España no registra su nacimiento, o en el peor de los casos, dejar a los niños en estado de apátridas.

A. Caso con problemas de inscripción de la filiación.

Estanislao y Gines son dos varones de nacionalidad Española que se encuentran casados desde el año 2005; en el 2007 decidieron que querían ser

¹³³ Brena Sesma, Ingrid y Romeo Casabona, Carlos (*Comp.*), *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM-Universidad de Deusto, Diputación Floral de Bizkaia, 2006, p. 228.

padres y recurrieron para cumplir con su deseo a la gestación por sustitución. Firmaron un contrato con una mujer para que gestara los embriones y al término del embarazo, la gestante dio a luz a unos gemelos.

La pareja solicitó al registro civil consular de Los Ángeles, California la inscripción del nacimiento de sus gemelos nacidos el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. El registro civil consular de California realizó la inscripción de los menores y estableció la filiación en favor del matrimonio solicitante.

Una vez que tuvieron a sus gemelos con ellos, acudieron al registro civil consular Español para solicitarles la inscripción de la filiación de los menores en el registro civil español. El encargado del registro civil consular Español se negó a hacer la inscripción porque invocó la prohibición contenida en el artículo 10 de la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Los interesados, frente a tal situación, interpusieron un recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado; en dicho recurso solicitaron la cancelación de la negativa del encargado del Registro Civil Consular, así mismo solicitaron la inscripción de los recién nacidos en el Registro Civil Español con la filiación determinada en los asientos registrales Californianos.

La resolución al recurso antes mencionado fue favorable, ordenando la procedencia del registro de los menores con la filiación determinada en los registros californianos; la resolución fue pronunciada el 18 de febrero de 2009. Al emitir la resolución, se consideró que al ordenar el registro de los menores en el Registro Civil Español, no vulneraba el orden público internacional de España, consideraba también que se evitaba una discriminación por razón de sexo y que se protegía el interés superior del menor.

Ante la resolución favorable para el registro de los menores, el Ministerio Fiscal Español presentó una demanda donde se impugnaba la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado. La impugnación se basó en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; en el artículo 10 se establece que será nulo de pleno derecho el

contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por este medio, será determinada por el parto.

Los solicitantes del registro y el abogado del Estado se opusieron a la demanda del ministerio fiscal. El juzgado de primera instancia núm. 15 de Valencia, tuvo conocimiento de esta demanda de impugnación; el juez de primera instancia estimó la impugnación del ministerio fiscal y ordenó la cancelación de la inscripción antes ordenada.

Los solicitantes recurrieron esta resolución en apelación, pero la audiencia provincial desestimó el recurso. Ante la desestimación del recurso, los solicitantes interpusieron su recurso de casación¹³⁴ con la única motivación de que, al negarles la inscripción en el registro civil, se les vulnera el derecho a la identidad única de los menores, así como el interés superior del menor, consagrado en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989.

El fundamento que sostiene el motivo de la casación, es que, el hecho de no permitir la inscripción en el Registro Civil Español de los menores nacidos en California y con filiación a favor de dos varones, constituye discriminación por razón de sexo.

Al privar de la filiación a los menores nacidos en California, vulnera el principio del interés superior del menor porque los deja desprotegidos. Los recurrentes, argumentan que ellos deben ser reconocidos como los padres de los menores ante el Registro Civil porque ellos “son los mejores padres”; argumentan que esto se debe a que la mujer que los dio a luz sólo asumió su papel de “mera parte en el contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo”.

De igual manera, se fundamenta el motivo en que el derecho a la identidad única del menor debe ser respetado aún por encima de las fronteras estatales. Se argumenta también que el reconocimiento de la filiación determinada en los registros de California no contraviene el orden público

¹³⁴ STS 247/2014, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Rafael Saraza Jimena (ponente), sentencia en el recurso 245/2012, resolución 835/2013.

internacional de España, toda vez que, la prohibición contenida en el artículo 10 de la ley 14/2006, versa sobre la invalidez y celebración de contratos de vientre de alquiler, mas no así de la filiación del nacido como consecuencia jurídica última de la realización de la maternidad subrogada.

El tribunal finalmente desestimó la casación y ordenó al ministerio fiscal que hiciera la inscripción de filiación de los menores para integrarlos en un núcleo familiar “de facto”.

A manera de comentario, es importante destacar que los argumentos de los solicitantes, Estanislao y Gines, no fueron los de mejor sustento para que los asistiera el derecho; debieron basar su argumentación en que los menores eran hijos genéticos de uno de ellos o de ambos para que se les concediera la paternidad en virtud de ese hecho.

B. *Caso de apatridia.*

Cayetana es una niña que nació de una mujer Hindú pero como producto de la unión de los gametos de sus padres Juan Antonio González y Elsa Saint Girons, el primero de nacionalidad Española y la segunda de nacionalidad Argentina.¹³⁵

Juan Antonio y Elsa son un matrimonio, que desde el 2003 estaba buscando la forma en que pudieran concebir un hijo, lamentablemente Elsa se sometió a siete tratamientos de fertilidad, sin que ninguno de ellos lograra ser efectivo.

Al cabo de nueve años y de una cantidad de tratamientos sin éxito, Elsa y Juan Antonio decidieron ir a algo seguro: una madre de alquiler. La maternidad subrogada es ilegal tanto en España como en Argentina, pero en la India, ni siquiera está regulada, por lo que lograron contactar con una agencia especializada en reproducción asistida y así comenzar con el procedimiento.

El convenio de maternidad subrogada y los meses del embarazo transcurrieron sin contratiempos, la mujer gestante dio a luz a la pequeña

¹³⁵ Barbero, Igor, *Cayetana, una bebé hija de españoles pero apátrida en la India*, publicada en el Diario “El mundo” España, 30 de junio de 2012. Consultado en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/30/espana/1341042729.html>

Cayetana el 16 de mayo de 2012 en Nueva Delhi, hasta donde viajaron Elsa y Juan Antonio para reunirse con su pequeña hija.

Al nacer, el hospital de Nueva Delhi suscribió a Juan Antonio como el padre de la menor y a Elsa, su esposa, como madre de la pequeña Cayetana. Los padres de la menor acudieron a la embajada de España en la India para poder regresar con su pequeña hija a casa.

La embajada española, al tener conocimiento del certificado de nacimiento emitido por el hospital de Nueva Delhi argumentó que la partida de nacimiento de Cayetana es inválida porque no recoge la identidad de la madre gestante como la madre de la pequeña Cayetana. La Cónsul Paloma Sierra argumentó que se requería de que la partida de nacimiento identificara claramente a la persona que dio a luz para que se pudiera determinar la filiación materna.

La Cónsul argumentó que siempre se investigaban las partidas de nacimiento por maternidad subrogada para que se procediera con los trámites de entrada de los menores nacidos por maternidad subrogada, esto con el fin de saber quién fue la madre.

El hospital, ante tal impedimento, se negó a cambiar el formato de la partida de nacimiento para añadir a la mujer gestante y argumentaron que cualquier cambio en un documento de esa naturaleza, implicaría un cambio legislativo que al menos tomaría tres años.

Lo grave del asunto en principio fue que en la embajada de España en India le sugirieron a Elsa dejar a la pequeña en un orfanato, ellos podrían regresar a España, pero sin Cayetana. La pequeña recién nacida necesitaba el reconocimiento de nacionalidad para poder ingresar a España e iniciar su vida al lado de sus padres.

Tras casi dos meses de encontrarse en esta situación, Elsa, Juan Antonio y la pequeña Cayetana pudieron regresar a España gracias a que el consulado argentino reconoció a la niña como ciudadana Argentina; una vez en

España, los padres debieron registrar a la menor y tramitar su nacionalidad Española.

4. India

La maternidad subrogada se ha convertido en una de las técnicas de reproducción asistida más socorrida de los últimos años, incluso, numerosos países del mundo permiten su realización bajo cualquier supuesto contractual, es decir, que se aceptan como válidas por igual las prácticas que envuelvan una subrogación con o sin pago, ejemplo de esto son Rusia y Ucrania.

La India se ha dado a conocer en los últimos años como uno de los destinos preferidos del turismo médico y la razón es porque en la India, un procedimiento de maternidad subrogada que por lo general, en Estados Unidos costaría entre 50,000 y 100,000 USD, en la India sólo costaría entre 23,000 y 30,000 USD, apenas una fracción.

El gobierno de la India argumenta que la maternidad subrogada es una de las industrias más valiosas que tienen en el país, porque se calcula que la práctica dejará una ganancia económica de aproximadamente 2.3 millones de dólares en un año; está calificada como “una mina de oro”.¹³⁶

Existen páginas de agencias de maternidad subrogada que se dedican a aplicar la técnica en la India y bajo sus propias palabras:

“parejas infértiles de todo el mundo acuden en masa a la India ya que los costes de alquiler de vientres pueden ser hasta cinco veces menores que en países como EE.UU. El proceso es así mismo más fácil en la India ya que la regulación reconoce los derechos tanto de la madre sustituta como de los futuros padres”.¹³⁷

Las razones por las que las mujeres Hindúes acceden a fungir como mujeres gestantes es por la extrema necesidad económica en la que viven; para confrontar esta afirmación y reforzarla, se puede encontrar que las

¹³⁶ Amador Jiménez, Mónica, “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, Cali, núm. 6, julio–diciembre de 2010, p. 199.

¹³⁷ SinCigueña, Vientre de Alquiler.com, leyes de maternidad subrogada en India, en <http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/vientre-de-alquiler-india/>

mujeres gestantes en la India reciben entre 5,000 y 7,000 USD como compensación por sus servicios.

Existen agencias de maternidad subrogada que impiden el que las parejas solicitantes y la mujer que gestará al embrión se conozcan e incluso que hablen; hay otras que más que impedir el llamado emparejamiento entre las partes en el contrato de maternidad subrogada, sólo promueven que se realice el procedimiento de fertilización *in vitro* y la transferencia del embrión resultante a la mujer gestante pero sin que siquiera se mencione el contacto entre ambos.

La India es un país en donde el salario mínimo es de 2 USD al día; Estados Unidos, su salario mínimo es de 8 USD por hora, la diferencia en la calidad de vida y el poder adquisitivo son realmente muy notorias.

Es muy importante no perder de vista que en la India, el denominado *baby boom* de los últimos 3 o 4 años junto a las desigualdades y la necesidad económica, ha fomentado que muchas mujeres, vean en el procedimiento una oportunidad de trabajo para poder alimentar a sus familias y proporcionarles al menos un techo.

A. Caso de separación de los solicitantes

En 2008, se presentó un caso que implicó al bebé Manji, un niño nacido de una madre de alquiler hindú para una pareja japonesa que residía en California. El pequeño Manji se convirtió en el foco de una crisis legal y diplomática poco después de su nacimiento.

Los padres genéticos del bebé, quienes habían recurrido a la maternidad subrogada para lograr tener un hijo, se habían divorciado meses antes del nacimiento, y la madre genética no quería quedarse con el niño; el padre y la abuela reclamaban la custodia del menor.

Como resultado de este caso, el Tribunal Supremo de la India se pronunció en el sentido de que, la subrogación comercial es legal en India, pero al mismo tiempo, resaltó la necesidad de desarrollar una legislación que resultara

adecuada para evitar controversias como la que se presentaba en ese momento.

La decisión de la Corte Suprema de permitir la subrogación comercial en la India dio como resultado un aumento significativo de la confianza internacional en los vientres de alquiler en la India. Sin embargo, en 2008 todavía había informes de madres sustitutas siendo explotadas por padres debido a la falta de mecanismos de regulación y leyes apropiadas a la problemática de subrogación en la India.¹³⁸

Actualmente, la subrogación comercial sigue sin estar contenida en una regulación, no hay legislación oficial que controle la celebración de los contratos de maternidad subrogada.

En vista de la ausencia de una regulación en la materia, el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR por sus siglas en inglés), ha establecido una serie de “*directrices nacionales*” para regular la práctica.

¹³⁸ Cfr. SinCigueña, *cit.*, <http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-india/>

CAPÍTULO QUINTO. GESTACIÓN SUBROGADA: ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE LEY EN EL DISTRITO FEDERAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN ANTE EL VACÍO LEGAL EXISTENTE.

I. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS FORMULADA POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF)¹³⁹ el 26 de noviembre de 2009 tuvo a bien aprobar la exposición de motivos con proyecto de decreto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal que fue presentado por la Diputada Maricela Contreras Julián.

La iniciativa de ley siguió todos los pasos del proceso legislativo, y luego de realizar las correcciones pertinentes, fue aprobado pero aun no está vigente porque no se ha publicado.

La exposición de motivos de la Ley hace referencia al problema latente que constituye la infertilidad hoy en día; declara así mismo que en los últimos 30 años se ha implementado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en clínicas públicas y privadas del país.

Las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que ya se aplican en el país, carecen de una regulación específica para protección de la esfera jurídica de los usuarios.

El texto de la Iniciativa de Ley establece que en México existen un millón y medio de parejas que padecen de infertilidad, por lo que la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debe ser tratada como un

¹³⁹ En adelante se le denominará ALDF.

problema de salud pública y que es merecedor de tener una legislación específica.¹⁴⁰

El artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en su párrafo segundo que *“toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*¹⁴¹ y se puede comprender que este párrafo tutela el ejercicio del derecho a la reproducción.

La mención del párrafo segundo del artículo 4° de la Constitución resulta de gran importancia debido a que la iniciativa de Ley fue formulada con el fin de que se brindara certeza jurídica al derecho de acceder al ejercicio del derecho a la reproducción, el cual es entendido como parte de los derechos reproductivos.

La iniciativa de ley de maternidad subrogada fue formulada con base en los principios de dignidad humana e interés superior del menor. Durante la lectura de la iniciativa de ley se puede comprender que lo que menos se pretende es que la mujer gestante sea un instrumento para que la pareja infértil logre tener descendencia.

Es importante establecer que el proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal ya fue aprobado por la ALDF pero no ha sido publicado y por lo tanto no se encuentra vigente.

Los únicos estados de la República Mexicana que tienen una legislación específica respecto de la maternidad subrogada son Tabasco, Sinaloa y Coahuila, este último estado, establece de manera expresa en su Código Civil la prohibición de la aplicación de los procedimientos de maternidad subrogada.

El vacío legal existente en la materia se ha constituido como uno de los más grandes problemas que enfrentan ésta y el resto de las técnicas de reproducción asistida en México.

¹⁴⁰ Contreras Julián, Maricela, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*, México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, 2009, p. 2.

¹⁴¹ Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2014.

Para poder analizar el contenido de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal es necesario antes, establecer ciertas directrices comunes de la técnica legislativa para lograr comprender por qué razones se dividió el análisis en este trabajo.

La técnica legislativa establece que lo primero a lo que se debe atender en la formulación de una ley, es a la terminología que se empleará, esto, porque las palabras con las que se busca transmitir el mensaje de la ley, deben ser claras y poderse entender sin ambigüedades y sin lagunas.¹⁴²

Del mismo modo, la técnica legislativa establece que las leyes deben estar formuladas en enunciados concisos y breves que transmitan de forma sencilla la intención de la regulación. En este sentido, tenemos que no siempre se atiende a este aspecto, ya que las leyes en ocasiones se forman con enunciados complejos y muy largos, con los que durante la lectura, es muy fácil perder el hilo de la intención principal del artículo o la ley.

Adicionalmente a lo que establece la técnica legislativa, se debe tener en cuenta que, como juristas, al entrar en contacto con el texto legal, se enfrenta la necesidad de interpretar la ley y su sentido real, para ello, se debe atender, primeramente, a la interpretación conforme al sentido común de los términos.

Apegándonos a la primera regla de la interpretación legislativa, mencionada arriba, si se debe atender primeramente al significado de los términos empleados en la ley, desde las cámaras de origen y hasta el destinatario de la ley, debe haber conciencia de que no siempre hay claridad y precisión en la formulación de los textos normativos.

1. Análisis de la terminología empleada en el cuerpo de la iniciativa.

Para poder comunicar con claridad la intención y fines de la existencia de toda ley, se requiere que los términos que emplea el cuerpo de la misma,

¹⁴² Cfr. Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, 2a. reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina jurídica, núm. 312, 2011, p. 43.

sean claros y comprensibles para la sociedad a la que está dirigido dicho cuerpo legal.

Es muy importante atender al significado de las palabras que se emplean en una exposición de motivos para la iniciativa de creación de una nueva ley o de una reforma ya que es en la exposición de motivos en donde se harán ciertas precisiones terminológicas sobre la ley.¹⁴³

La terminología empleada en el cuerpo de la iniciativa de ley a criterio seguido por el presente trabajo, no representa el más adecuado. Durante el análisis pertinente se logró notar ciertas confusiones terminológicas que dejar abierta la puerta para dudas y lagunas que se pueden presentar en situaciones de controversia.

El primer artículo del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal que presenta ciertas lagunas terminológicas ocasionadas por la confusión o mal entendimiento de la maternidad subrogada es el artículo 3°, que en la fracción VII establece:

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

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

El primer aspecto que es criticable de la fracción VII del artículo 3° de la Ley es que se entiende la filiación que debe surgir entre el hijo por nacer y la

¹⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 45.

madre, se genera en virtud de lo establecido en el Instrumento de Maternidad Subrogada.

Si la filiación surge en virtud de la existencia de un contrato o de un instrumento de naturaleza contractual, será nula de pleno derecho, según lo establecido en el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal¹⁴⁴.

El siguiente aspecto criticable de la terminología empleada en este artículo es la noción que se tiene de “Instrumento de maternidad subrogada” se pretendió, de acuerdo con lo establecido en la exposición de motivos que, se evitara confundir la maternidad subrogada con un contrato de arrendamiento de un órgano, como el útero, porque sería contrario al orden jurídico mexicano.

Cabe mencionar que la denominación fue lo único que se cambió, porque la naturaleza jurídica del instrumento de maternidad subrogada que refiere la iniciativa, es la de un contrato.

Respecto de lo que refiere el artículo en comento, es destacable el hecho de que se considera correcto que se haga mención expresa de que la mujer solicitante del procedimiento de maternidad subrogada sea quien aporte su carga genética para dar lugar al embrión que será implantado en la mujer gestante. Lo que no se considera adecuado, es el empleo del término “madre biológica”, se considera, según la línea del presente trabajo, que es más correcto emplear el término “mujer solicitante”.

Finalmente, en el texto del artículo que se comenta, se establece que es obligación de los padres velar por el interés superior del menor; es muy importante destacar que el velar por el interés superior del menor también está a cargo del estado sobre todo cuando se deba resolver una controversia que incluya al menor.

Respecto del mismo artículo 3º fracción XI, se proporciona una definición de padre, que textualmente expresa:

¹⁴⁴ El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.*

XI. Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta sus espermatozoides para la fecundación y que se compromete mediante el Instrumento para la maternidad subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

Esta definición, resulta hasta cierto punto innecesaria toda vez que se pretende establecer con esta ley, directrices que auxilien en la determinación de la maternidad, entendiéndose con esto, que si los solicitantes aportaron su material genético para la generación del embrión, son los padres del menor.

Resulta muy destacable el hecho de que, la maternidad subrogada, en la ley, queda a deducción el hecho de que, la variante heteróloga del procedimiento no queda abierta para ser aplicada en parejas homosexuales, toda vez que establece: *“Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer.”*

Derivado de lo establecido en este artículo 2°, se puede notar otro término que puede ser confuso; el término “práctica médica” se refiere al arte o facultad de ejercer los conocimientos de la doctrina médica.

La práctica médica se refiere principalmente a la capacidad de aplicar los conocimientos adquiridos de la doctrina de la medicina; la maternidad subrogada sería, por su naturaleza, un procedimiento de atención médica, el cual se define como: el conjunto de intervenciones o procedimientos realizados o mandados a realizar por el médico para cuidar a los pacientes y subsanar sus problemas de salud; estos procedimientos se centran en el paciente y dan respuestas efectivas a las necesidades y preferencias del mismo.¹⁴⁵

La dignidad humana es uno de los principios en los que descansa la formulación de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada. La definición de

¹⁴⁵ Definición de “procedimiento de atención con especial referencia a la atención médica. Cfr., http://es.wikipedia.org/wiki/Proceso_de_atenci%C3%B3n

dignidad humana no es sencilla, de hecho, no se ha llegado a un consenso en cuanto a su significado, en el pasado se era digno por el origen divino, es decir, solo los miembros de la realeza eran dignos; en concreto, la dignidad humana es recibir el trato acorde con lo que se es.

El hecho de que la iniciativa de ley descansa sobre el pilar de la dignidad humana y de paso, del interés superior del menor, implica que se formula la iniciativa con el fin de evitar que tanto las mujeres como los menores nacidos de la maternidad subrogada no sean tratados como mercancías o instrumentos que pueden venderse o intercambiarse.

Se pueden notar diversas confusiones en cuanto a los términos más adecuados para denominar las distintas figuras que pueden presentarse durante la realización del procedimiento de maternidad subrogada.

Ejemplo de las confusiones que pueden surgir de los términos empleados en el cuerpo de la iniciativa se puede encontrar en el artículo 3º, fracción X, donde se proporciona una definición de mujer gestante; En el texto de la definición de madre se establece al final lo siguiente: “...*cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo.*”

Este ejemplo resulta destacable porque queda claro que el embarazo o la gestación de un hijo propio y en general de un nuevo ser humano, no constituye ninguna obligación de carácter civil y menos aún una obligación que pueda ser subrogada.

Al hablar de lo que se entiende por transferencia embrionaria en el mismo artículo 3º de la ley, en la fracción XV se menciona que la transferencia se podrá realizar en cualquiera de los estadios del óvulo fecundado, esto es imposible, toda vez que se tienen hasta los primeros 14 días para que el óvulo pueda ser transferido y se logre implantar para la gestación.

2. Aspectos contractuales contemplados en el cuerpo de la iniciativa.

La iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal contempla que la maternidad subrogada hace constar sus términos y

disposiciones convenidas por las partes en un instrumento de maternidad subrogada, que se define como:

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

V. Instrumento para la maternidad subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante;

Es necesario mencionar que si se le otorgó la denominación de “Instrumento para la Maternidad Subrogada” al contrato donde constan las condiciones de realización del procedimiento, puede deducirse que fue para evitar incompatibilidades con las otras leyes que pueden intervenir en el procedimiento, por ejemplo con el Código Civil o el Código Penal ambos del Distrito Federal.

Parte de los aspectos contractuales que destacan es el otorgamiento del consentimiento; para la realización del procedimiento, la manifestación del consentimiento en los procedimientos de maternidad subrogada debe ser expreso y debe encontrarse contenido en el cuerpo del instrumento para la maternidad subrogada.

Antes de hacer manifiesto el consentimiento para iniciar el procedimiento de maternidad subrogada, los miembros del personal médico deberán informar debidamente tanto a solicitantes como a la gestante sobre las consecuencias médicas, biológicas y legales de someterse a un procedimiento de esta naturaleza.

Es muy importante no dejar de mencionar el papel del consentimiento informado porque si no se recibe la información necesaria para otorgar un consentimiento razonado y con conocimiento, entonces el consentimiento puede estar vacío y podría presumirse de erróneo.

Para que se pueda hacer manifiesto el consentimiento para la práctica de la maternidad subrogada, es necesario que tanto la gestante como los solicitantes reúnan los siguientes requisitos establecidos en el artículo 14 de la ley:

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

I. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por la autoridad competente;

II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;

III. La madre biológica acredite, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;

IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano [...]

V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y

VI. De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la

maternidad subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga.

[...]

La mayor parte de los requisitos que debiera reunir la gestante y los solicitantes para consentir el procedimiento de maternidad subrogada son comprensibles y hasta pueden resultar necesarios, el único requisito que resulta un tanto complicado de comprender es el contenido en la fracción VI debido a que si la gestante tiene esposo deberá informarlo y si consiente, no debe existir problema alguno, si no consiente el procedimiento, deberá atenderse siempre a la voluntad que manifieste la mujer gestante.

Llama la atención el requisito para la mujer gestante, quien debe tener algún parentesco consanguíneo o por afinidad con la madre biológica o con el padre. Este requisito está depositado en el texto del artículo 16 de la Ley. Es de notarse porque si la mujer que pueda llegar a fungir como gestante no tiene ningún parentesco con los solicitantes, puede entonces que se preste a que se lucre con las mujeres hasta llegar a un extremo que se pueda equiparar a la trata de personas.

Más adelante, el mismo artículo 16 establece que, en caso de que no exista una candidata con esa característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de maternidad subrogada. Dado lo anterior, resulta innecesaria la precisión del primer párrafo del artículo 16.

Un aspecto contractual que es resaltante, reside en el hecho de que el consentimiento otorgado por las partes del procedimiento de maternidad subrogada deberá realizarse ante notario público. Lo interesante no está en que deba estar revestido de la fe de un notario, sino que adicionalmente, el consentimiento deberá manifestarse antes de la realización de cualquier transferencia de embriones.

Se puede asumir de esta disposición, que la intención es evitar que se realice la transferencia embrionaria, avance la gestación, y luego, los solicitantes ya no quieran al menor o por motivos de separación de la pareja

solicitante, ya no quieran recibir al menor que fue generado a partir de la unión de su gametos, como se pudo conocer en el capítulo anterior.

En relación con la posibilidad de que alguno o ambos padres fallezcan o se separen, el artículo 23 de la ley contempla que el juez de lo familiar resolverá la situación del menor en relación a lo establecido en el código civil relativo a la patria potestad, guarda y custodia y tutela.

El carácter altruista de la maternidad subrogada contemplado en la exposición de motivos de la iniciativa de ley es muy destacable porque con ello se puede comprender que la intención es evitar que las mujeres de bajos recursos se conviertan en instrumentos para tener a los hijos de las parejas adineradas afectadas por la esterilidad.

Sin embargo, el altruismo en la iniciativa de ley se torna relativo y sólo de mención porque en el texto del artículo 20 se puede encontrar que el instrumento para la maternidad subrogada puede contener las cláusulas que las partes consideren necesarias así como una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de la realización del procedimiento de maternidad subrogada, se contempla que la indemnización, de ser necesaria, deberá ser acorde con las posibilidades económicas de la pareja solicitante.

La disposición anterior resulta ambigua, es decir, por una parte es buena porque si la mujer gestante queda imposibilitada para seguir realizando su actividad habitual, la indemnización puede ser de gran ayuda para que sobreviva temporalmente antes de encontrar un nuevo empleo; la disposición, por otra parte puede ser negativa porque si las mujeres gestantes tienen como principal intención la de lucrar, pueden argumentar que tienen dependientes económicos y escasos medios para sobrevivir, solo con la intención de recibir la indemnización económica, de manera que sea legal y no sea vista como un pago o una forma de extorsión.

3. Requisitos médicos y jurídicos contemplados en la iniciativa.

Para la realización de un procedimiento de maternidad subrogada, se requiere que se cumpla con ciertas formalidades, tanto en el ámbito jurídico como en el médico, esto se debe a que como se ha mencionado en el presente trabajo, el procedimiento de maternidad subrogada tiene una naturaleza doble: una jurídica y una médica.

El primer requisito médico indispensable para la maternidad subrogada es que las partes otorguen su consentimiento; para que las partes que intervienen en el procedimiento presten su consentimiento de manera libre es necesario que sean previamente informados de las implicaciones médicas, jurídicas y psicológicas de realizarse ese procedimiento.

Es muy importante aclarar en este punto que el consentimiento informado, es más que un formulario que se firma en los hospitales antes de ser sometido a cualquier procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, el consentimiento informado es todo un proceso durante el cual, primero se recibe la información necesaria, la información debe ser comprensible y en términos sencillos, posteriormente, se deja al paciente un periodo de tiempo para que analice la información y después tome una decisión.

Resulta de suma importancia en la maternidad subrogada, que la pareja solicitante y la mujer gestante sean informados de manera adecuada sobre las ventajas y desventajas de someterse a un procedimiento de reproducción asistida de esa naturaleza, las consecuencias físicas y psicológicas que pueden atraer y con base en ello, cada parte logre tomar una decisión adecuada a sus necesidades y creencias.

Por lo general, se considera que prestar un consentimiento informado consiste sólo en firmar el formulario del hospital y seguir con el tratamiento o procedimiento, pero el consentimiento informado requiere de tiempo para poder ser prestado con certeza y conocimiento de lo que se pretende realizar.

Una de las partes más importantes en un procedimiento de maternidad subrogada es el personal médico que se hará cargo de la realización de la fertilización *in vitro* y de la transferencia embrionaria. Respecto del personal médico, se hace la aclaración de que en todo momento deberán guardar discreción y apegarse a una ética médica, con miras a respetar el derecho a la intimidad de las personas que intervienen en la maternidad subrogada (solicitante y gestante).

Antes de que se comience con el procedimiento médico, las partes en la maternidad subrogada deberán exhibir los documentos que hagan constar que se ha firmado ante notario el instrumento para la maternidad subrogada.

En el artículo 10 de la iniciativa se establece que el médico tratante deberá certificar que la mujer solicitante efectivamente padezca de infertilidad o de una contraindicación para la gestación, se asegurará también de que los solicitantes estén seguros de desear aportar sus gametos para la generación del embrión a implantarse y finalmente, el médico deberá asegurarse de que la mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Con esto, se debe entender que la mujer gestante deberá someterse a una serie de análisis físicos y psicológicos para comprobar su aptitud para fungir como madre gestante y asegurarse así, de que no sufrirá ninguna afectación en su salud.

Adicionalmente a los estudios de salud física y mental, la mujer gestante deberá declarar, bajo protesta de decir verdad que no ha estado embarazada durante los últimos 365 días previos a la transferencia de embriones, así mismo, declarará también que no ha participado en más de dos ocasiones en el procedimiento de maternidad subrogada y que su intervención es sin fines de lucro.

Entre los principales requisitos jurídicos para llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada está el hecho de que el instrumento para la maternidad subrogada y las manifestaciones expresas del

consentimiento deberán realizarse ante notario público para que se revistan de validez.¹⁴⁶

Es muy importante mencionar que, de acuerdo con lo mencionado por la iniciativa de Ley en el artículo 15 que la mujer gestante y los solicitantes deberán acudir a la secretaría de salud para manifestar su intención de llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada; la secretaría de salud determinará si todos son aptos física y psicológicamente aptos para someterse a un procedimiento de la naturaleza de la maternidad subrogada.

Una vez que la Secretaría de Salud ha determinado la aptitud de las partes para ser partícipes del procedimiento de maternidad subrogada, les expedirá una constancia, la cual deberá ser presentada ante el notario como condición indispensable para otorgar el consentimiento.

Una vez que se ha firmado el instrumento para la maternidad subrogada, el notario público deberá comunicárselo a la Secretaría de Salud para que inscriba a los solicitantes en una base de datos que hará constar el número de parejas que recurren a este método de reproducción asistida.

Para que el consentimiento otorgado en el instrumento para la maternidad subrogada sea válido, debe cumplir con los requisitos normales para consentir en la celebración de un contrato, es decir, que la voluntad esté libre de vicios y que no exista error respecto de la persona y que las personas que manifiestan su voluntad posean capacidad de ejercicio.

4. Lagunas que aparecen en el cuerpo de la iniciativa.

Todas las leyes que se formulan en un estado son susceptibles de tener lagunas, aspectos que se pudieron haber pasado por alto o que simplemente no se tuvieron en cuenta al momento de formular el texto legislativo.

Lo destacable de la existencia de lagunas en la ley reside en el hecho de que pueden representar objeto de críticas negativas y a su vez existe la

¹⁴⁶ Cfr. Artículo 18 de la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

posibilidad de que sean vistas como áreas de oportunidad para mejorar y legislar de la mejor manera posible para la sociedad en la que se vive.

La intención del presente trabajo es en todo momento la de presentar críticas constructivas para que, de ser tomadas en cuenta, se pueda emitir una legislación en materia de maternidad subrogada y en general de las técnicas de reproducción asistida que sea adecuada a las necesidades actuales de la sociedad.

La principal laguna que se puede notar en la iniciativa de Ley se encuentra cuando se analiza con detenimiento los requisitos médicos para poder ser candidata a ser mujer gestante, se trata el caso de los requisitos de residencia en el Distrito Federal, se trata el hecho de los análisis psicológicos, pero no se establece ningún apartado especial sobre requisitos que deben reunir tanto la gestante como los solicitantes, de quienes sólo se manifiesta que deberán estar preferentemente unidos en matrimonio.

En el cuerpo de la iniciativa se menciona la idea de llevar una especie de padrón de las mujeres que han fungido como gestantes para evitar que participen más de dos ocasiones, pero no se especifica quienes manejarán dicho padrón ni como serán inscritas las gestantes en él.

Respecto de los certificados de nacimiento de menores nacidos por medio de la maternidad subrogada, se especifica que se estará a lo establecido por la Ley de Salud para el Distrito Federal, y más adelante menciona que las referencias a la madre serán respecto de la madre solicitante y que la gestante no figurará en el certificado de nacimiento.

Es muy destacable y lamentable el hecho de que en el texto de la Ley de Salud para el Distrito Federal no se trata en ninguno de sus apartados sobre los certificados de nacimiento, y si como consecuencia de esto nos apegamos a lo establecido por la Ley General de Salud.

La ley General de Salud, respecto de los certificados de nacimiento es muy clara respecto a que se le otorga a todo aquel menor nacido vivo, es decir

que ha sido expulsado o extraído en su totalidad del cuerpo de su madre, y que, con independencia de la duración del embarazo, de señales de vida.

Derivado de lo anterior, puede deducirse que para la Ley General de Salud, la madre es quien da a luz y no quien comparte la carga genética con el menor nacido. Este hecho es digno de ser considerado antes de expedir una Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal debido a que una ley de esta naturaleza implicaría cambios a diversos cuerpos normativos del orden jurídico mexicano.

La filiación es otro tema resaltable, porque no se trata mucho sobre el tema en el texto de la iniciativa, de hecho, solo se puede deducir que la filiación será entre el menor y los solicitantes, y que esta filiación surgirá en virtud de que el menor comparte la carga genética de los solicitantes, en la línea del presente trabajo, es muy viable esta opción, de hecho, se pretende que con el tiempo y las reformas necesarias, se considere que la filiación de los menores nacidos mediante la maternidad subrogada se incluya en el Código Civil para el Distrito Federal como surgida en virtud de la carga genética con los padres.

El aspecto criticable de la filiación y su manejo en la iniciativa de Ley es que puede resultar contraria a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 338, que estipula que la filiación no será objeto de contrato ni de negociación ante árbitros.

II. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO FEDERAL.

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida ha resultado muy difícil de implementar tanto en el sentido del marco jurídico nacional como en la sociedad mexicana. Es muy importante determinar si es posible la inclusión de los procedimientos de maternidad subrogada en la legislación mexicana o si es mejor dejar el tema como prohibido, pero de manera expresa en alguna disposición legal.

Es necesario establecer que todo vacío legal podría resultar perjudicial para la sociedad en la que se está inmerso. La maternidad subrogada actualmente se encuentra en un total vacío legal ya que de nada sirve tener el texto de la ley sin promulgar.

Dada la naturaleza ambivalente de la maternidad subrogada es muy importante que reciba un tratamiento legal individualizado en una ley especial, que podría estar constituida, en este caso, por la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal que se ha comentado en este capítulo.

Una vez comprendida la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, por un lado como técnica de reproducción asistida y por el otro como una figura jurídica que se asimila a un contrato innominado, es necesario proceder a analizar qué cuerpos normativos deben ser reformados para que puedan ensamblarse como el sistema que son.

Particularmente, interesa tratar a la maternidad subrogada, primeramente, como una técnica de reproducción asistida, para que sea incluida su posible regulación en leyes como la Ley de Salud para el Distrito Federal, el Código Civil para el Distrito Federal y se hagan posibles reformas a la ley del notariado para el Distrito Federal y al Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal.

Posteriormente al tratamiento de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, se debe considerar su naturaleza como una figura jurídica asimilada a un contrato innominado, para lo que se debe atender principalmente, a las reglas establecidas en el Código Civil para el Distrito federal en materia de contratos.

El papel de las posibles reformas al Código Civil para el Distrito Federal será de importancia fundamental para que la maternidad subrogada pueda ser incluida en el orden jurídico mexicano; la regulación de la maternidad subrogada debe ser formulada con especial cuidado, sobre todo si se trata de la filiación y parentesco que surge entre el menor nacido y los solicitantes.

La intención de cuidar los aspectos referentes a la filiación en un Código Civil es la de dejar claro que no se pretende legalizar una forma de venta de niños y mucho menos de trata de personas, ambos delitos que atentan contra la idea de dignidad humana.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 203, establece que:

Artículo 203. Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda,

II. Inscriba o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido;

[...]

Este tipo penal muestra que, a pesar de ser considerado como un delito no grave, el tratar de registrar a un menor con una filiación distinta o simular que es hijo de quienes desean registrarlo, sin serlo, es considerado como un delito que atenta contra el menor nacido y las relaciones de filiación.

En este caso, se nota que para el orden jurídico mexicano el aforismo latino *mater Semper certa est* sigue siendo la regla general para atribuir la relación materno - filial.

Para que la implementación de la realización de los procedimientos de maternidad subrogada en el Distrito Federal sea viable, se deben tener en cuenta los aspectos legislativos que se mencionaron arriba y adicionalmente, considerar si la Secretaría de Salud sería capaz de prestar el servicio de reproducción asistida, sobre todo por cuestiones presupuestarias.

III. PROPUESTA PARA SOLUCIONAR EL VACÍO LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO FEDERAL.

Es viable la implementación de la realización de los procedimientos de maternidad subrogada no sin antes considerar la regulación en general de las técnicas de reproducción asistida y que en esta regulación se haga mención en lo general a la maternidad subrogada.

Es importante que también, de implementarse la maternidad subrogada en el Distrito Federal se tome en cuenta la situación económica que se enfrenta en la mayor parte del país y particularmente, de la población del Distrito Federal. La revisión de la situación económica es importante para evitar que las mujeres de más bajos recursos sean utilizadas como mujeres gestantes en contratos clandestinos de maternidad subrogada a cambio de dinero.

La propuesta presentada en este trabajo para dar solución al vacío legal de la maternidad subrogada es sencilla: primero se debe cobrar conciencia de que la maternidad subrogada no es un contrato, se debe entender que la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que hace constar sus términos en un contrato, el cual proporcionará seguridad jurídica a las partes del procedimiento en caso de controversia.

Lo siguiente que debe hacerse, es revisar todo el orden jurídico, particularmente el Código Civil para el Distrito Federal en lo que se refiere a la filiación y al parentesco, porque no es deseable que se pueda confundir el contrato donde constan los términos del procedimiento de maternidad subrogada con un contrato que pretende dar origen a una relación de filiación.

De prevalecer la confusión respecto del punto anterior, es importante considerar a la maternidad subrogada como una opción reproductiva para otro momento de la realidad social de nuestro país.

Una vez entendida la diferencia de términos en materia del contrato de maternidad subrogada, lo que procede es determinar si se permitirá o no la existencia de agencias privadas que ofrecen la prestación del servicio a

cambio, claro, del pago de una generosa cantidad de dinero¹⁴⁷ o si por el contrario, será el Estado, a través de la Secretaría de Salud quien preste el servicio.

Una vez determinado quién prestará el servicio, procede determinar con mayor claridad los requisitos para que una mujer que desea ser gestante, pueda hacerlo, siempre al amparo de una ley que le otorgue protección real ante cualquier situación de vulnerabilidad que pueda presentarse.

Así mismo, la ley de maternidad subrogada futura o mejorada, deberá contener disposiciones encaminadas a proteger a los solicitantes ante cualquier circunstancia en la que una mujer gestante con poco sentido ético, desee negociar para entregar al niño que gestó, a cambio de grandes cantidades de dinero, lo que se traduciría jurídicamente en una forma de extorsión para los padres solicitantes y en una forma de venta de hijos en contra del menor recién nacido, dejando así, a todas las partes en situación de vulnerabilidad.

La maternidad subrogada es una alternativa muy viable para aquellas parejas que buscan tener su propia descendencia, en el marco del libre ejercicio de sus derechos reproductivos, los cuales, a pesar de no tener esa denominación, se encuentran en muchos de los derechos humanos.

Lo importante es que el Estado sea capaz de garantizar, en cualquier momento a las personas que padecen infertilidad, el libre acceso a las alternativas que ofrecen las nuevas tecnologías para lograr la propia descendencia, siempre y cuando no se perjudiquen a terceros y se mantengan siempre los principios de dignidad humana y la protección del interés superior del menor.

¹⁴⁷ *Cfr.* Anexo 2, consistente en resúmenes de investigación elaborados durante la estancia de la autora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas bajo la orientación de la Dra. Ingrid Brena Sesma.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El estudio realizado sobre la terminología empleada para referirse a la maternidad subrogada es errónea, debido a que puede confundirse el término “subrogada” con la subrogación que es una forma de extinción de las obligaciones. Es entonces correcto emplear el término Gestación Subrogada, en el sentido que una mujer sustituye a la otra que no puede gestar.

SEGUNDA. Los derechos reproductivos existen enunciados en diferentes instrumentos nacionales e internacionales, aunque no se emplee ese término para referirlos; en el particular contexto de México, la Constitución y las Leyes y Códigos los protegen y enuncian, solo que se han olvidado de legislar sobre las personas que tienen afectaciones en la posibilidad de reproducirse.

TERCERA. Las técnicas de reproducción asistida representan además de un avance científico en materia de salud reproductiva, una alternativa para aquellas parejas que se ven afectadas de infertilidad, es por ello que debería generarse una ley en específico para tratarlas y establecer las condiciones y límites para hacer posible y clara su aplicación, brindando la mayor seguridad a quienes requieran de ellas.

CUARTA. La gestación subrogada es una de las técnicas de reproducción asistida. Es necesaria una regulación más específica en una ley especial que trate todos los aspectos de esta técnica, es decir tanto los aspectos médicos y los aspectos jurídicos a seguir, con el fin de que todos aquellos que se vean en la necesidad de recurrir a ella, tengan certeza jurídica al llevar a cabo el procedimiento.

QUINTA. Uno de los problemas de la gestación subrogada, es determinar, el lazo final entre la gestante y el menor. La diversas de las técnicas para lograr la gestación, puede ser que varias mujeres participen, ya sea con sus óvulos, o con el hecho de la gestación.

SEXTA. La gestación subrogada implica que la mujer que gestará al embrión solo será la gestante, sustituyendo a la mujer que aportó su material genético (madre legal), la gestante conoce desde el principio que no será la madre, ya que esta función será desempeñada por la persona que la contrato.

SÉPTIMA. Derivado de nuestro estudio, es importante resaltar que la gestación subrogada debe estar regulada en el Código Civil para el Distrito Federal como un contrato innominado, esto para formalizar su práctica y que se

considere como una nueva forma de establecer relaciones familiares y paterno-filiales por ese medio.

OCTAVA. La gestación subrogada tiene una naturaleza jurídica doble, en virtud de que, por una parte, es un conjunto de técnicas de reproducción asistida, y por la otra, es un acto jurídico que debe ser válido. La primera, tiene que ver con los profesionales en medicina reproductiva, y la segunda, con las relaciones filiales.

NOVENA. La gestación subrogada como técnica de reproducción asistida puede ser empleada por las parejas que deseen realizarlo, siempre y cuando sea la última alternativa, antes deben agotarse cualquier otra técnica para superar la infertilidad.

DÉCIMA. La constante en todas las controversias respecto al empleo de la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida, tanto a nivel nacional como internacional es el vacío legal existente.

DÉCIMA PRIMERA. El concepto de maternidad, se apega al aforismo latino *mater semper certa est*, que implica que la mujer que da a luz es la madre del menor, dejando de lado los avances científicos y sociales a los que nos enfrentamos a cada día, como es el caso de la gestación subrogada. Por ello, debe de reformarse nuestra legislación civil, para cambiar las presunciones de la maternidad, de esta forma se da paso a la legalidad y la protección de los derechos de los implicados.

DÉCIMA SEGUNDA. La gestación subrogada en la República Mexicana, está materializada en los estados de Tabasco y Sinaloa y así mismo se ha prohibido de manera expresa en otros estados como Coahuila.

En el Distrito Federal la Ley no ha recibido el impulso que merecería dada su importancia y aún no ha sido publicada para que comience su entrada en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ARCE Y CERVANTES, José, *de las Sucesiones*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2001.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, 2ª. ed., México, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 2009.
- BASTERRA, Marcela I, *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni editores, 2012.
- BRENA SESMA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos Comp., *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM, Universidad de Deusto, Diputación Floral de Bizkaia, 2006
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, editado por José María Bosch, 1995.
- CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Porrúa, 2011.
- CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad Subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 4ª. Ed. México, Porrúa, 2011.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, colección de libros jurídicos, materia civil, 2011.
- FIELD, Martha A., *Surrogate Motherhood*, Londres, Harvard University Press, 1988.
- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, Porrúa - UNAM, 2011.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- GORDON, Linda, *Woman's body, woman's Right*, Calle Hudson, Nueva York EUA, 3a. ed., 1990.

- GUTIÉRREZ BOADA, John Daniel, *Los límites entre la intimidad y la información*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2009.
- *Derecho Sucesorio inter vivos y mortis causa*, 7ª. ed., 1ª. reimp., México, editorial Porrúa, 2012.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modelo de filiación*, México, publicaciones de la Universidad Veracruzana, 2010.
- HERRERA CAMPOS, Ramón, *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*, España, servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1991.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *El derecho del menor*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación humana artificial, un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005.
- MARTÍNEZ ROARO, Marcela, *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*, 2ª. ed. México, Porrúa, 2007.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994.
- MURO RUIZ, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, 2ª. reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina jurídica, Núm. 312, 2011.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas – Nostra, 2010.
- PRETORIUS, Diederika, *Surrogate Motherhood. A worldwide view of the issues*, Springfield, Illinois, Thomas books publisher, 1994.
- REYES CORONA, Oswaldo y COLÍN ZEPEDA, Lorena, *Elementos Jurídicos de los Contratos*, México, Taxx, 2003.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, et. Al., *Derecho de Familia. Estudios en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, México, Porrúa - Escuela Libre de Derecho, 2011.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *La sustracción Internacional de menores por sus propios padres. Su destipificación en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, serie Doctrina Jurídica, núm. 641, 2012.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 21ª. ed., México, Porrúa, Tomo III, Teoría general de las Obligaciones, 1998.

----- *Compendio de Derecho Civil*, 27ª. ed., tomo IV Contratos, México, Porrúa, 2001.

SHAPIRO, Michael H., et. al. *Bioethics and law. Cases, materials, and problems*, 2°. Ed. Estados Unidos de América, Thomson West, 2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ingrid Brena Sesma, "Prueba pericial en genética. Su admisión es de imposible reparación, ya que afecta un derecho sustantivo", México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, núm. 5.

ARTÍCULOS EN REVISTA

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica, "Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India", *revista CS*, Cali, Colombia, número 6, julio – diciembre de 2010, pp. 193 – 217.

BRENA SESMA, Ingrid, "La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, número XII, 2012, pp. 25 – 45.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor Manuel, "Reflexiones sobre la Dignidad Humana en la Actualidad" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67.

PÉREZ PEÑA, Efraín, et. Al. "Estimulación ovárica controlada. Tiempo de reevaluar" en *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, México, volumen 3, número 1, julio – septiembre de 2010.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista Derecho Privado*, México, nueva época, año IV, núm. 11, mayo – agosto 2005, pp. 97-127.

CAPÍTULOS EN LIBRO Y OBRAS COLECTIVAS

ANNAS, George J., "Fairy tales, Surrogate Mothers tell", en GOSTIN, Larry, (Ed.), *Surrogate Motherhood. Politics and Privacy*, Indiana, USA, Medical & Ethical series, Indiana University Press, pp. 43-55, 1990.

BRENA SESMA, Ingrid, "La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho familiar?" en Brena Sesma Ingrid, (Coord.) *Reproducción Asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, serie estudios jurídicos Núm. 206, 2012.

FLORES, Javier y BLÁZQUEZ GRAF, Norma, "Tecnologías de Reproducción Asistida en el Siglo XXI y su Impacto Social" en Brena Sesma, Ingrid (Coord.) *Reproducción Asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, serie Estudios Jurídicos, núm. 206, 2012.

GORDON, Linda, "La Lucha por la Libertad Reproductiva: tres etapas del feminismo" en BERGALLO, Paola (Comp.), *Justicia, género y reproducción*, Buenos Aires, Librería, 2010.

WINOCUR Mariana, "El mandato cultural de la maternidad. El cuerpo y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse", en Brena Sesma, Ingrid, (coord.) *Reproducción Asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

PÉREZ DUARTE, Alicia y Carbonell, Miguel, "Derechos Reproductivos" *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2ª. ed., México, Porrúa, serie Doctrina Jurídica Núm. 72 – 83, XII volúmenes, vol. III D –E, p. 427, 2004.

TEALDI, Juan Carlos, *Diccionario latinoamericano de Bioética*, Bogotá, UNESCO, red latinoamericana y del Caribe de bioética y la Universidad Nacional de Colombia, 2008, Voz: "Salud Reproductiva", p. 546.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, *et. Al. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, Sao Paulo, International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, texto vigente, Editorial SISTA, México, 2014.

Código Familiar del Estado de Sinaloa, texto vigente consultado en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Sinaloa/wo78890.pdf>.

Código Penal para el Distrito Federal, Texto vigente, compendio por Editorial SISTA, México, 2014.

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, Egipto, 1994.

Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto de San José de Costa Rica*, adoptado el 22 de noviembre de 1969 y con vigencia internacional desde el 18 de julio de 1978.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 10, inciso h). Adoptada el 18 de diciembre de 1979 y con vigencia internacional desde el 3 de septiembre de 1981.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, sentencia pronunciada el 28 de noviembre de 2012.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución del 10 de diciembre de 1948.

Exposición de Motivos con proyecto de Decreto presentada en la V Legislatura de la ALDF por la Diputada Maricela Contreras Julián, miembro de la bancada del Partido de la Revolución Democrática.

Ley General de Salud Texto vigente, Título tercero *Prestación de los Servicios de salud*, Capítulo VI *Servicios de Planificación Familiar*.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y con vigencia internacional desde el 23 de marzo de 1976.

DOCUMENTOS EN LÍNEA

Agencia de maternidad subrogada “Planet Hospital”, contenido virtual en la liga: <http://agenciadematernidadsubrogada.com/index.php>.

Diario “La razón” en línea, dirigido por Pablo Hiriart Le Bert, y escrita por Geovanna Herrera el 14 de abril de 2012. En: <http://razon.com.mx/spip.php?article118250>

Diccionario de la Real Academia Española en línea, encontrado en:
<http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>.

Documental Mi decisión que fue presentado por el canal de televisión “National Geographic” en español, consultado vía youtube en la liga:
<https://www.youtube.com/?gl=MX&hl=es-419>.

Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-1993 Atención de la Mujer durante el Embarazo, parto y puerperio y del recién nacido. Criterios y procedimientos para la prestación del servicio. Apartado 4, punto 4.11: Puerperio Normal. Encontrado en
<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/007ssa23.html>

SinCigueña, Vientre de Alquiler.com, Leyes de maternidad subrogada en India, en <http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/vientre-de-alquiler-india/> consultada el 8 de octubre de 2014 a las 18:25 horas.

Voces: Síndrome de Turner, Legrado endometrial y Endometriosis, encontradas en la enciclopedia en Línea MedLine Plus, Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos de América, en:
<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/turnersyndrome.html>.