



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“Análisis Jurídico de la Figura de la Maternidad Subrogada
en México y su inclusión en una propuesta de Ley
denominada “Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad
de México”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

OSCAR JAVIER GALLEGOS GARCÍA

ASESOR:

Lic. Martín López Vega.



Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, a 05 de Abril de 2019.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE.	PÁGINAS
Introducción.....	I-VIII
Capítulo I: Marco Histórico.....	1-22
Antecedentes hasta la actualidad de la figura de la maternidad subrogada	
1.1. En el Mundo.....	1-23
1.1.1 Estados Unidos.....	1-6
1.1.2 Francia.....	6-8
1.1.3 Australia.....	8-9
1.1.4 Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.....	9-11
1.1.5 India.....	11-13
1.1.6 Organización de las Naciones Unidas.	13-16
1.2. En México.....	16-23
1.2.1 Tabasco.....	16-17
1.2.2 Sinaloa.....	17-19
1.2.3 Ciudad de México.....	19-20
1.2.4 Querétaro.....	20-21
1.2.5 Coahuila de Zaragoza.....	21-23
Capítulo II: Marco Conceptual.....	23-49
2.1 Definición, y estudio somero sobre la problemática que rodea a la Figura de la Maternidad Subrogada.....	23-33
2.2 Hipótesis.....	33-38
2.3 Comparativa de Teorías y Postura Particular.....	38-46
2.4 El Principio Mater Semper Certa Est, su contemporaneidad y sus implicaciones alrededor de la Maternidad Subrogada.....	46-49
Capítulo III: Marco Jurídico de la Maternidad Subrogada.....	49-104
3.1 Clasificación Legal.....	49-68
3.2 Marco Jurídico Nacional.....	68-70
3.2.1. Tabasco.....	71-85
3.2.2 Sinaloa.....	85-98

3.2.3 Querétaro.....	98-100
3.2.4 Coahuila.....	100-101
3.3 Jurisprudencia.....	102-104
Capítulo IV: Planteamiento final del Problema y Propuesta.....	104-140
4.1 Recapitulaciones de la Figura en la Actualidad Mexicana.....	104-117
4.1.1 Panorama General en México.....	104-109
4.1.2 Tabasco.....	109-113
4.1.3 Sinaloa.....	113-114
4.1.4 Ciudad de México.....	114-117
4.2 Propuesta de la Nueva Ley de Maternidad Subrogada para la Ciudad de México.....	117-140
Conclusiones.....	141-142
Bibliografía	

*Para Ana, lo logramos finalmente,
Ya somos abogados, cumplir tu sueño
Fue cumplir el mío y conocerte el gusto
De toda mi vida, me hubiera gustado
Tenerte más tiempo y que hubieras sido
La mujer de mi vida pero no pudo ser, lo
Que si puede ser es que al final, pese a
Todo y aunque no estés aquí para verme
Este día, fuiste parte de este logro por
Eso cariño, este trabajo es para tí.*

Agradecimientos:

A mis padres por apoyarme en todo momento hasta el punto en que se concretó este esfuerzo, en la medida de todo cuanto pudieron y les fue posible hacer.

A mi familia nuclear por igualmente apoyar y creer en este esfuerzo final.

A la familia política por apoyar en todo sentido que pudieron a este esfuerzo.

A la familia que elegí, por ser un pilar importante en la construcción de la persona que soy ahora, por ser un apoyo en las crisis y seguir siéndolo.

A todas mis familias, gracias, por cada consejo, cada llamada de atención, cada ayuda en la medida que pudieron dármela, por intervenir en cada vez que quería rendirme, siempre se los agradeceré, son parte de esta historia, este triunfo será también para todos ustedes.

Hicieron cuanto pudieron, desde mi madre hasta mis hermanos putativos y el que de ellos es también mi terapeuta, pasando por todos los demás, el resto está en mis manos, prometo no decepcionarlos.

Introducción:

A pesar de que el mundo moderno cambia con los años adelantándose cada vez más a las épocas conforme los adelantos se suceden en todas las materias, hay aspectos en la vida del hombre que no cambian, como su reproducción la cual como en todo organismo vivo, permite la preservación de su especie a través del tiempo, la reproducción del *homo sapiens* es sexual, la unión de 2 gametos separados para su conjugación en un embrión que al finalizar la gestación se convertirá en una cría.

Pero ¿Qué sucede cuando nuestra capacidad reproductiva se ve mermada?, por cualquier factor, el ser humano tiene unos 40,000 años de existencia, desde los primeros homínidos hasta nuestros días ha pasado mucho tiempo, en el cual las cosas permanecieron casi inalteradas, dado que la tecnología disponible no era lo suficientemente avanzada para lograr cambios trascendentales.

Desde la invención de la máquina de vapor en Inglaterra en el siglo XVII los seres humanos hemos desarrollado un horizonte tecnológico extremadamente avanzado tanto lo es que en menos de 400 años contra los 20,000 años de existencia de la especie *Homo Sapiens*, nuestra actual especie humana hemos desarrollado adelantos tecnológicos tan enormes que ahora en más somos capaces incluso de la manipulación genética de organismos para nuestros fines, desarrollado construcciones que son imposibles para otras especies animales, desarrollado sociedades enormes y que conviven de una forma sana en muchos casos.

Podría decirse que nos hallamos en la epítome del desarrollo tecnológico humano sin mucho temor a equivocarse pero, el problema es que a pesar de tanta tecnología, el pensamiento no ha avanzado tanto como otras áreas, ejemplo de ello es el tema eje del presente trabajo.

Al hablar de *Maternidad Subrogada* hablamos de un fenómeno que en realidad tiene más o menos 40 años de antigüedad pero que no se hallaba tan en boga sino hasta hace unos años, aproximadamente 10 en nuestro país, es una figura polémica puesto que hablamos de poner un precio sobre la vida humana de cierta forma, ¿por qué decir esto?, Es sencillo en realidad.

Eso se dice porque básicamente al comenzar la figura se le ponía un precio al embarazo, la primera polémica era si en realidad se ponía precio a la gestación en sí misma como acto o al producto de la misma, ciertamente ambas vertientes tienen su dosis de cautela cuando hablamos de ellas, porque pensándolo quizás un poco a fondo, se hablaría de ponerle precio al acto de la decisión de tener o no un hijo, incluso podríamos hablar de que violaríamos los derechos reproductivos de la mujer consagrados a nivel constitucional primeramente y en instrumentos internacionales de igual manera.

Se violarían sus derechos debido a que si se le asignara un precio al acto de la gestación hablaríamos jurídicamente de que otra voluntad ha intervenido en el ejercicio de éste derecho en alguna u otra forma y bajo la consideración del *Artículo cuarto Constitucional*, esto atentaría contra la libertad reproductiva que en el numeral se asienta.

Violentándose así el derecho personalísimo de la libertad sexual y reproductiva, por otra parte, si se le pusiera precio al producto de esa gestación, incurriríamos en un peor ilícito, la consideración más importante en materia de derechos humanos en la actualidad es el derecho a la vida el cual es eminentemente iusnaturalista, debido a que se apega inherentemente a la condición sola de ser humano, la vida en consignas internacionales que abordaremos por supuesto más adelante en este trabajo, tiene algunas consideraciones a destacar.

La primera es que la vida humana, tiene un valor único e intasable, es decir, no se le puede poner precio a la vida humana puesto que cada ser humano o el

hombre en general dependiendo del enfoque que se dé a esta afirmación, es invaluable por el sólo hecho de que su vida vale tanto como la de otro miembro de la especie humana.

La segunda es que al ser la vida un derecho, como tal, y desprendiéndose de la calidad individual que mencionamos en el anterior párrafo, éste al ser personal, no puede ser cedido acorde a lo estipulado en nuestro *Código Civil*, tanto local en la Ciudad de México como federal, esta clase de derecho no puede cederse por ninguna cantidad entonces al poner precio al producto, técnicamente intentamos ponerle precio a una vida, a nuestro derecho de tomarla y criarla como nuestra.

Cosa la cual está eminentemente prohibida debido a su calidad de derecho personal y humano.

La tercera y última consideración es de igual forma jurídica, si nos fijamos claramente los requisitos para la existencia del contrato son 2 en realidad debieran ser tres pero pocos contratos son solemnes entonces estipularemos sólo al consentimiento y al objeto, el consentimiento como sabemos es la expresión de la voluntad individual de contratar con la otra parte o partes, el objeto es aquella cosa materia del contrato.

Para que pueda ser patente éste objeto, se requieren 3 elementos:

- *Licitud en el objeto.*
- *Que la cosa sea cierta y exista.*
- *Que esté dentro del comercio.*

Ésta última característica es la que nos compete en ésta última consideración en el esbozo introductorio, dado que si la cosa no puede estar en el comercio no puede ser parte del contrato, por lo cual si la vida humana es invaluable técnicamente no quiere decir que carezca de valor sino que es imposible

otorgarle un valor debido a que el que contiene intrínsecamente es tan superior a otro que no alcanzaría numerario o cosa que se equipare al valor de ésta.

Calidad por la cual al momento de contratar, haría la contraprestación impagable para la otra parte, dado que ni con todo su patrimonio podría aspirar al valor que tuviera el objeto invaluable.

Por lo cual se elimina del comercio al posibilitar el dejar en desventaja a la otra parte contratante.

Es por ello que en teoría la vida humana no tiene precio alguno dado que el valor intrínseco de la misma es superior al de un objeto material y tomando el postulado penal de la figura del *Estado de Necesidad* que nos dice que una causa excluyente de responsabilidad penal es el proteger un bien jurídico tutelado de un valor mayor o igual al que se daña con el ilícito cometido convierte la conducta en necesaria en el momento de la comisión del delito.

Si lo aplicamos a los postulados arriba vertidos nos damos cuenta para éste efecto y puntualizando que es sólo de manera teórica sin querer otorgar un valor como tal a la vida humana, que la única cosa que pudiere alcanzar un valor similar en lo invaluable sería otra vida humana.

Por ello sería disparatado el ofertar una vida por un precio en numerario, así como igualmente lo sería contraponerla o mejor dicho intercambiarla por una contraprestación.

Hecho por el cual el ponerle precio al producto de la gestación sería a todas luces violatorio de Derechos Fundamentales y a la vez de Derechos Locales.

Teniendo esto en mente surge la pregunta, *¿Por qué a pesar de éstas polémicas surgen como ordenamiento leyes sobre dicha figura de la Maternidad Subrogada?*

Los postulados a favor van de la mano con la tecnología aplicable a la reproducción humana debido a que gracias a esta pueden ahora cultivarse *in vitro*, embriones humanos y ser implantados en el útero de una mujer biológicamente o no relacionada con los gametos a insertarse.

Ello posibilita a las parejas con problemas de fertilidad o bien a las parejas de cualquier identidad sexual distinta a la heterosexual que no sean fértiles por naturaleza o bien por qué se abstengan de llevar a cabo la gestación en cualquiera de sus miembros, tener una familia, que desde un punto de vista biológico es uno de los fines últimos de cada especie es decir, el perpetuar su existencia a través de la reproducción de sus miembros.

Y desde otro punto de vista más social, la familia es vista como la unidad base de interacción humana es decir por mucho tiempo se le ha considerado como la unidad social por excelencia, dado que garantiza en teoría claro la supervivencia de sus miembros al ser la especie humana un animal gregario por naturaleza.

Por ello al otorgar a las parejas de toda clase, la posibilidad de criar a su prole por otros medios *supranatura* se garantiza que su herencia genética sea trasladada a las nuevas generaciones sin olvidar que los conjuntos de valores de dichas familias serían en teoría perpetuados por los nuevos vástagos que dichas familias den utilizando o no su material genético

Hecho que merece mención aparte en el presente trabajo puesto que según organismos internacionales como lo es la ONU entre otros, en instrumentos como la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos

Humanos, han estipulado concretamente en el artículo 4 del instrumento citado¹, que el material genético humano no debe ser objeto de lucro en su estado natural, de la lectura del propio ordenamiento, incluso nos damos cuenta que prevé cuestiones acerca de la clonación humana y diversas cuestiones más acerca de la información genética humana.

Por lo que podemos observar que es uno de los tantos tratados internacionales que se verían violentados por el uso de la técnica de Gestación Subrogada, pero entonces *¿Dónde queda el derecho de reproducirse de las personas con algún impedimento para ello?* He ahí el porqué de la figura jurídica que hoy nos compete, la reproducción para algunas parejas es un verdadero calvario por algún impedimento biológico que les impida dar a luz ello les deja en una situación en la cual no pueden perpetuar su legado genético.

Es ahí donde el derecho quiso encontrar una manera de ayudar a estas parejas la cual fue permitir la formulación de contratos de *maternidad subrogada*, pero cierto es también que al momento de realizar dichos instrumentos, se violan derechos fundamentales sin ser ésta la intención del contrato mismo, por lo que se convirtió en un problema y ahora sólo está permitido en unos pocos países que le han regulado de forma eficiente.

Entre los países que han regulado dicho instrumento se encuentra México, pero no se halla regulada a nivel federal, sólo en unos pocos estados en la república mexicana, de los cuales por supuesto hablaremos en el presente trabajo de investigación para comparar los modelos de nuestro país con anteriores y actuales modelos de dicho tema alrededor del mundo.

¹ Organización de las Naciones Unidas, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos”, París, Francia, 11 de Noviembre de 1997, versión digital disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Por lo que ello llevó al que suscribe a querer estudiar la figura de forma más profunda y aislada, dado que la población mexicana así como la población mundial ha sufrido los estragos de la disminución de las tasas de fertilidad y por ello de natalidad que últimamente se presentan en la población humana y ello ha requerido el esfuerzo del legislador para intentar ayudar a las parejas ya sean homoparentales o tradicionales a poder perpetuar su linaje genético y a la especie a sabiendas de una posible crisis de población con lo avanzado de la edad de la población mexicana actual.

Sin embargo la desinformación dentro de la sociedad mexicana, es tal que incluso se desconoce esta figura en muchos estados incluso en la capital del país existen personas que no conocen sobre el tema.

Es por lo anteriormente expuesto que surge la hipótesis para este trabajo de investigación, la cual es la siguiente:

Partiendo del concepto de que la figura de la maternidad subrogada se encuentra incluido dentro de la legislación mexicana, pero en forma polarizada en toda la república, ¿es necesario regular la figura en la Ciudad capital de la República Mexicana?.

De esta pregunta principal surge también la propuesta de Ley que adorna el presente trabajo de investigación a manera de propuesta para la resolución del problema que es una realidad jurídica dentro de la Ciudad de México.

Por lo tanto y utilizando el método de variaciones concomitantes para investigar dicha hipótesis se pretende demostrar que en efecto, la Ciudad Capital de la República Mexicana requiere regular de manera eficaz la figura de la Maternidad Subrogada.

Facilitando su acceso a los Habitantes de la demarcación y así mismo que se respeten las regulaciones de la Secretaría de Salud Local y Federal por lo que hace a esta figura jurídica garantizando la seguridad de los contratantes.

Se eligió el método inductivo utilizando también el modelo de Variaciones Concomitantes puesto que es el que permite contraponer variables cuyos datos diferenciales permiten en efecto acercarse a una conclusión positiva en relación a la hipótesis que se presenta.

Debido a que a la figura de la gestación subrogada la acompañan diversas variables que han generado la polémica alrededor de esta figura, por lo que relacionando dichas variables entre los modelos legislativos de los estados de la República Mexicana en los cuales la figura existe, sea prohibitiva o permisivamente para que pueda aislarse el problema principal durante el planteamiento y la propuesta de solución sea la más viable a dicha problemática.

Dichas variables serán relacionadas de lo general a lo particular como marca la utilización del método inductivo puesto que es necesario brindar un panorama integral de lo que rodea a la figura jurídica tan específica como lo es la Maternidad Subrogada, para comprender porque es tan polémica desde el punto de vista del derecho.

Y con ello ayudar a reforzar el entendimiento de la problemática que se pretende estudiar en el presente trabajo de investigación.

Capítulo I: Marco histórico de la maternidad subrogada.

Objetivo: En el presente capítulo se darán los antecedentes más importantes sobre la figura de la Maternidad Subrogada en el mundo, así como en México a la vez que se muestran la adaptación de dicha figura en las legislaciones de dichos estados a través del tiempo

1.1. En el Mundo

1.1.1. Estados Unidos.

Para comenzar el presente capítulo es necesario conocer los principales antecedentes de la figura de la maternidad subrogada en el mundo, ello considerando que es una figura surgida dentro del derecho anglosajón, por tanto es menester describir sus orígenes y antecedentes principales para comenzar a exponer los antecedentes de dicha figura dentro del estado mexicano, debido a que al no ser una figura originada en el derecho latino, al migrar la figura a sistemas jurídicos de corte romano-germánico sufre una serie de adaptaciones, las cuales se explicaran dentro del breviarío histórico de la figura de la maternidad subrogada, que se expone a continuación .

La maternidad subrogada ve su antecedente principal en 1975 en el estado de California en Estados Unidos, donde reza la historia, que en un periódico local una pareja colocó un anuncio dónde en su desesperación solicitaba a una mujer que pudiera ser inseminada y llevar a término el producto a cambio de una remuneración monetaria.

Es allí cuando comienza a gestarse la figura, posteriormente hay un precedente judicial en ese país el sonado caso de "*Baby M*"² éste caso ocurrió en 1985, no es en realidad el primer caso de conflicto entre las partes pero tiene especial relevancia por la manera en que transcurrieron los hechos.

² Wilentz, Robert, Baby 'M', 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227, Estados Unidos, The Supreme Court of New Jersey, p.410-468, 1988, versión digital disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>

La Corte Suprema de Nueva Jersey de la mano del entonces Juez Jefe Robert Wilentz llevo el caso de apelación de la señora Whitehead por los siguientes motivos

El matrimonio Stern, contrató con Mary Whitehead para llevar a cabo el embarazo con semen del señor Stern tras una inseminación artificial, en el instrumento celebrado, se observa que se tenía una clausula (*la cual permanece hasta nuestros días*) la cual marcaba que la “*Gestante*” se abstenía de generar cualquier relación materno filial con el producto, el problema surge cuando la Sra. Whitehead al momento del nacimiento se niega a entregarla al matrimonio Stern.

Y su esposo procede a reconocer a la niña producto de esa gestación como suya, ello amparado tras un dictamen psicológico el cual clamaba que la señora Whitehead no podía desprenderse del producto, y que la separación de esta con el producto del embarazo en pugna, le había producido problemas psicológicos mayores y de gravedad tal, que clamaba el dictamen que la señora Whitehead necesitaba estar en contacto con el producto

Debido al tipo de sistema legal en Estados Unidos, algo interesante que sucedió fue que el juez en efecto a pesar de no existir un precedente legal pudo a criterio resolver el caso, en la primera instancia, se resolvió que el contrato era perfectamente válido y se procedió a entregar a la pequeña al matrimonio Stern.

El caso llegó a segunda instancia y en éste ámbito, la corte Suprema del Estado de New Jersey, revocó la sentencia original pero sólo decretando la nulidad del contrato. Esa sentencia sucede en 1988. Y es justamente la que su señoría el juez Wilkens se encargó de redactar y así mismo hacer cumplir.

La guarda y Custodia de la Menor seguiría en manos de los Stern argumentándose que era lo mejor para la menor debido al nivel socioeconómico superior que podía ofrecer para su crianza el matrimonio Stern contra el Matrimonio Whitehead, la historia sin embargo no terminó allí.

Mary Whitehead siguió luchando en los tribunales durante años a raíz de ello se le reconoció como la madre biológica de la niña y se procedió a otorgarle un derecho de visita no así a entregarle la custodia completa de la bebé la cual siguió estando en custodia del matrimonio Stern.

Este es el primer antecedente legal conocido dónde se pone en controversia un contrato de Maternidad Subrogada dónde como podemos ver se necesitaba una regulación superior y fuerza coercitiva para llevarlo a término.

Aunque por otra parte aquí inicia el dilema bioético de la Maternidad Subrogada, dado que el instinto materno en realidad es algo inherente a las hembras de prácticamente todas las especies animales incluida la humana, entonces el desprendimiento de un instinto tan poderoso por la vía legal, el compromiso de ir *contranatura* plasmado en un contrato, también es una parte que ha generado controversia entre la comunidad bioética internacional, sin embargo eso es tema de otro apartado en esta investigación.

Un dato particularmente interesante al respecto de esta sentencia, tan controversial y al mismo tiempo tan acertada, fue que si bien es cierto los actos celebrados por vía de un contrato por ambas partes son ilegales e incluso podían en aquel tiempo gracias a la legislación estadounidense en materia de adopciones ser considerados como un crimen, por lo que hace a la entrega con carácter de irrevocable de la patria potestad de la menor y el precio dado por la entrega del producto del embarazo, que el matrimonio Stern estipulo en el cuerpo del contrato original.

También fue cierto que atendiendo al interés superior de la menor en cuanto hace a las particulares circunstancias del caso en cuestión entre las que se incluye la fuga de los Whitehead de la acción de la justicia no ayudó a que Mary Whitehead pudiera quedarse con la custodia, a pesar de haber sido considerada como madre biológica de la menor y que la legislación estadounidense estipulo en aquel momento una política de hijo natural, es decir, que el hijo se quedaría con quien le diera a luz por ser producto del parto de la gestante, esta es reconocida como madre del menor, eso bajo el criterio observador del Juez Wilentz al momento de resolver dicha problemática.

Ello debido por supuesto que en aquel momento no se tenía contemplado en la legislación norteamericana el tema de la gestación por sustitución tan común hoy en día.

En un hecho controversial sin embargo a pesar de reconocer a Mary Whitehead como madre natural de la menor, atendiendo al segundo principio de derecho internacional establecido en la Declaración de los Derechos de los Niños de 1959, el decir, el principio de interés superior del menor el cual perdura hasta nuestros días, en dicho instrumento a la letra se lee:

“Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, **la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.**”³

³ Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada en la resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de Noviembre de 1959.

En ese estricto sentido de no ser por este principio probablemente el matrimonio Stern habría pisado la prisión por la ilegalidad del convenio celebrado y del hecho de poner precio a la entrega del producto de la gestación de Mary Whitehead.

Eso ocasiono evidentemente que el primer gran precedente de la legislación estadounidense fuera tan controversial debido a las particulares circunstancias que rodearon al evento en cuestión y que en realidad se respetara a pesar de ser ilegal lo convencido en el contrato celebrado entre ambas partes.

El precedente tiene peso porque al ser el interés superior del menor la piedra angular de la resolución tomada, ello quiere decir que si el estar con los padres de intención, es decir los padres a los que sería entregado el producto de la gestación subrogada en favor de los cuales la subrogante cede la patria potestad del producto, es beneficioso para el menor recién nacido en mayor medida que estar con su madre natural, no es sino la mejor opción atendiendo a la garantía de bienestar del recién nacido.

Por lo que atendiendo a ello es dable sugerir al menos para el caso de Estados Unidos que el precedente hizo popular a la figura, debido a que si bien los contratos en su momento eran ilegales, al atender al principio de interés superior del menor, si los padres de intención podían ofrecer una estabilidad mayor a la de la gestante sea soltera o casada era bastante probable, gracias al precedente del caso Baby M, que pudieran a fin de cuentas quedarse con el hijo que tanto anhelaban tener, a pesar de la ilegalidad de los contratos, el peso del agravio que la gestante expresara en su apelación para ganar la custodia definitiva del menor que llevó en su vientre, debía encaminarse también a que ésta última fuera la mejor opción para el bienestar del menor.⁴

⁴ Wilentz, Robert, Baby 'M', Op. Cit.

Eso probablemente y haciendo una suposición fue lo que llevó a que en la actualidad la figura estuviera permitida en varios estados de la Unión Americana. Y que tenga la utilización que hoy día tiene.

1.1.2 Francia

Después de ello, podemos irnos a Francia en 1983 concretamente en la ciudad de Montpellier donde un par de hermanas gemelas, realizaron el procedimiento para ayudar a una de ellas a concebir debido a su problema de esterilidad, el parentesco del producto resultante fue equiparado al consanguíneo con la madre de intención a través de un convenio.

Esto fue posible gracias a las Agencias de Subrogación como las '*Mères D'Accueil*', las cuales fueron concebidas originalmente para que las parejas que sufrieran el calvario de la infertilidad, pudieran concebir, ya sea usando la maternidad subrogada u otro método de reproducción asistida, la inseminación artificial particularmente era el método más usado para lograr la concepción de los productos dentro de las madres de alquiler o bien dentro del útero de las mujeres que acudían a realizar dichos procedimientos, algo interesante para la Gestación Subrogada en Francia fue que las mujeres que se sometían a dicho procedimiento, comprendían perfectamente y apoyaban la idea de que a pesar del hecho de que la gestación se llevara a cabo en sus vientres, el hijo que cargaban, no era ni remotamente suyo, lo cual es un contraste con lo que se aprecia sucedió en los Estados Unidos.

Ellas decían hacerlo por ayudar a otras parejas que se encontraban incluso en ocasiones a bordo del suicidio esa actitud de alguna manera ayudó a solventar en cierta medida, los problemas que las mujeres gestantes tenían con la opinión pública puesto que la moral francesa de ese entonces era un duro golpe para estas mujeres, considerando que entregar un hijo a otra mujer es

más sólo el hecho de concebir para otra mujer no era bien visto, era algo que salía del modelo tradicional de valores para la época.⁵

Otro de los problemas de dichas agencias en Francia fue el hecho de que las madres gestantes tenían diversos problemas con los futuros padres debido a que por un lado estas al poder cualquier mujer participar como gestante dentro del procedimiento, varias no dejaban sus vicios de lado para salvaguardar la integridad del producto, y este nacía deformado, o incluso muerto, en el otro extremo de la moneda, en ciertas ocasiones los padres no se hacían cargo de todos los bebés nacidos de un parto múltiple, puesto que solamente "*Habían Encargado Uno*" por lo que dejaban a la subrogante desamparada con el resto de los productos nacidos de su embarazo múltiple, aún cuando los niños genéticamente hablando en varias ocasiones compartían información genética con el padre o la madre de intención, incluso cuando no tuviera parecido biológico con la madre de intención, de este modo, se desentendían de los productos⁶

Por lo que podemos ver que la figura no fue del todo aceptada por la sociedad francesa, de tal suerte que hoy en día la figura, se considera ilegal, e incluso puede acarrear la comisión de un delito en las tierras galas.

Ello se desprende de la lectura de los artículos 16-5 y 16-7 del Capítulo II del Código civil francés, los cuales a la letra dicen:

"Artículo 16-5

Los convenios que tengan por objeto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulos."⁷

⁵ Anson Oliart, Francisco, "Se Fabrican Hombres: (Informe sobre la Genética Humana)", Madrid, España, Editorial Rialp., 1988, P. 48.

⁶ Anson Oliart, Francisco, Op.Cit., p.49-51.

⁷ Código Civil de la República Francesa, Dirección de Información Legal y Administrativa, Secretaría de Gobierno, Versión al Español, Trad. Mestrot Michéle, Hualde Sánchez José Luis, et. al., París, Francia, 2006.

“Artículo 16-7

Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo.”⁸

Es por ello que se dice que la figura de la maternidad subrogada es ilegal en territorio francés, siendo irónico ya que fue uno de los primeros impulsores de dicha figura, la cual no pudo sobrevivir al paso del tiempo en territorio galo.

1.1.3 Australia.

Posteriormente en el estado de Nueva Gales del Sur, ubicado en Australia hubo un problema similar, de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada sin problema se entregó la custodia del menor a los padres de intención

En el estado de Victoria en Australia al momento de resolverse un caso similar, de nueva cuenta se reconoció la paternidad de los padres de intención

De este precedente, se tiene que en el estado de Victoria la gestación Subrogada es a todas luces legal, y muy segura para los padres de intención puesto que la ley para ese estado, claramente establece que no se puede reclamar la paternidad por parte de los donantes óvulos y/o esperma, por lo que al nacer el producto de un embarazo con los gametos que hayan prestado, sería imposible para ellos reclamar la paternidad de este último, es decir, el contrato se cumple de manera total⁹

En este sentido como podemos observar la problemática se resolvió de manera similar que en el caso de *Baby ‘M’* arriba mencionado dónde el estado

⁸ Idem.

⁹ Martínez Calcerrada y Gómez, Luis, “La Nueva Inseminación Artificial”, Madrid, 1989, p. 80-81.

no reconoció la paternidad de la gestante sino que la otorgó a favor de los padres de intención.

1.1.4 Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En el *Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, en 1987 Kim Cotton se convierte en la primera mujer en participar en un alquiler de vientre, por la suma de 14,000 libras esterlinas, pero no para la madre sino para la *Agencia de Maternidad Subrogada*” a manera de comisión, este hecho fue denunciado ante los tribunales británicos dado que era por un vacío legal por lo que podía celebrarse el contrato y las agencias de maternidad se establecieron para dicho fin.¹⁰

Este caso en particular fue el que abrió el terreno para la maternidad subrogada en Reino Unido, la cual tiene como principio central el ser acto altruista.

Puesto que, según las Actas de Subrogación de 1985, las cuales aún a la fecha rigen el procedimiento de gestación subrogada en el Reino Unido, no se permiten pagos, salvo que sean para el mantenimiento de los gastos de la madre gestante o bien de los gastos que realizó durante el pago o bien que se haya dado el caso en el que hayan estipulado una remuneración¹¹, la posible “desventaja” de la subrogante en ese sentido es que la remuneración no podía sobrepasar el valor del acto, es decir, que se contabilizaría lo gastado por los padres de intención y hasta ese tope era viable dar remuneración a la madre gestante.¹²

¹⁰ Blásquez Fernández, Niceto, “La Bioética y los Hijos del Futuro”, Editorial Visión Net, Madrid, 2004, p.83

¹¹ Surrogacy Arrangements Act of 1985, Parlamento de Gran Bretaña, con el visto bueno del Jefe de Estado la Reina Isabel II de Inglaterra, versión digital en inglés, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/introduction/england+wales+ni>

¹² Idem

Sin embargo, algo de igual manera interesante es el hecho de que el acto debería empezar de manera altruista, como dice la propia acta en el Parágrafo 2 subsección 1 en todos sus incisos, los actos que tengan como fin la intermediación para que se lleve a cabo un acto de Subrogación entre las partes están prohibidos, es decir que las “Agencias de Subrogación”, desde ese momento quedan prohibidas, puesto que son intermediarios cuyo objetivo es que se lleven a cabo contratos de subrogación entre las partes es decir, se esto queda entendido que son las mismas partes las que deben celebrar el contrato sin ningún tipo de intermediario o publicidad del acto que van a celebrar, quedando como un acto netamente privado entre estas y como la intermediación estaba prohibida, en teoría se entiende que las mujeres que se someten a este procedimiento de subrogación, , sin embargo, es destacable que cuando nos remitimos a la subsección 2 A del mismo parágrafo, el acto puede no ser altruista porque las partes y sólo las partes pueden pactar una remuneración, sin embargo esa remuneración está limitada como se dijo arriba.

Y además obedece al hecho de que sea una decisión de las partes, es decir no se puede estipular un precio.

Ello es un parteaguas porque si bien es cierto el acto en un inicio es altruista, puede ser susceptible de remuneración y la vigencia de esta Ley y de la Figura de la Maternidad Subrogada, en la actualidad en la Gran Bretaña, pueden indicar que el hecho de hacer remunerado el acto, influye de manera positiva en el número de actos celebrados, ergo de parejas que finalmente vieron ejercitados sus derechos reproductivos, y con ello lograron cumplir su más ferviente deseo que es el haberse convertido en padres.

Así mismo también es indicativo de que el considerar la gestación subrogada como un acto remunerado cual si fuera un servicio, produce mejores resultados dado que las partes pactan en todo momento las condiciones y

plazos para el pago convenido, sin cometer una ilegalidad como darle precio a una vida, porque lo único que se paga es el servicio de una gestante para que de a luz material genético perteneciente a persona diversa a esta última, es cierto, en la praxis es mucho más complejo debido a otros factores más morales y políticos que de derecho pero si se observa de mejor manera se paga en realidad por un servicio.

Pero es interesante qué a pesar de todo ello, la maternidad subrogada sea exitosa en el marco legal de Reino Unido, la única desventaja real, es que el contrato de acuerdo al parágrafo 1 Subsección 1 A de esta misma acta de subrogación¹³ los contratos de subrogación no tienen fuerza coercitiva alguna.

1.1.5 India

En India, la figura se encuentra regulada desde el año 2002, India es un caso particular, puesto que en él se puede observar que es lo que puede suceder en caso de que un estado medianamente desarrollado regula esta clase de figura jurídica, siendo económicamente hablando un buen simil del estado mexicano así como en la educación de su población, su posición en los mapas de desarrollo económico lo sitúa en el grupo de los países emergentes, puesto que en los últimos 25 años ha tenido un impresionante desarrollo tanto tecnológico como económico, es por ello que su derecho ha ido adaptándose a las nuevas exigencias del mercado de la globalización así como de las nuevas necesidades de su población, el mérito es asombroso, sin embargo el ser también el segundo país más poblado del mundo no es una tarea fácil en cuanto hace a la adaptación de la Ley en todo el territorio del país puesto que tiene regulaciones bastante extrañas en aplicabilidad hoy en día como lo es un complejo sistema de castas, que añade distinciones adicionales y marginación adicional a varios sectores poblacionales, así que incluso los más

¹³ Idem

desfavorecidos, tienen niveles y jerarquías en razón de las castas a las que pudieran pertenecer.

En ese mismo tenor, son las mujeres de las poblaciones más desfavorecidas las que participan en estos procedimientos¹⁴, incluso, es dable decir que no entienden lo que firman, puesto que los contratos en el país asiático se hacen en inglés que es una de las lenguas oficiales, sin embargo, este sector poblacional por lo general habla, entiende, escribe y lee lenguas distintas al inglés por lo que su situación de vulnerabilidad contrasta con el público occidental que acude a este país para poder llevar a cabo el procedimiento de subrogación, puesto que es mucho, pero mucho más barato de realizar que si se realizara en sus países de origen, y pueden pagar la cantidad pactada sin ninguna clase de problema, es incluso para ellos módico hacerlo por el precio que se oferta en India.

La comisión para las subrogantes, se traduce en 5 años de trabajo en términos monetarios en algunos casos, mientras que para los Padres de Intención, es fácilmente sólo el equivalente a un mes o un par de meses de trabajo, atendiendo a esa comparación podemos ver que el aliciente en India es económico, no existe otro motivo, es una manera fácil y sencilla de hacer, en el caso de las subrogantes, mucho dinero con pocas preguntas y en el caso de los Padres de Intención, el ahorrarse casi 3 veces el costo del procedimiento en sus países de origen en el caso de que este sea legal, o bien hacerlo de la manera más barata y rápida posible.¹⁵

¹⁴ VEGA ROLLANO, Laura, “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros”, Diario El País, España, 27 de septiembre de 2017, Internacional, versión digital disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html.

¹⁵ Amador Jiménez, Mónica “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad Subrogada en India”, Revista Nomadías, Número 14, Junio-Noviembre 2011, p.p. 35-58.

Podría parecer que ambas partes ganan, pero en realidad, habría que preguntarnos si realmente no es lucrativa la miseria en este caso particular, y la respuesta parece ser que sí, hay tentativamente más de 200,000 agencias de subrogación operando en India¹⁶, en un negocio que se traduce en varios miles de millones de dólares por año, en vista de ello, el parlamento hindú, quiere regular la figura hasta el punto de que el procedimiento sea realizado de manera totalmente altruista y sólo entre familiares.¹⁷

Sin embargo el que esto suceda, podría abrir la puerta a un mercado negro lo cual atentaría contra la vida de miles de mujeres que ven en estos procedimientos la única manera de salir delante de la miseria.

1.1.6 Organización de las Naciones Unidas.

Por lo que hace a la Organización de las Naciones Unidas, en el “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”¹⁸ del año 2018, se refiere a la maternidad subrogada como un motivo de preocupación, datos que pueden extraerse del cuerpo del informe, sin embargo el capítulo III en su apartado A, puntos 7, 8 y 11 requieren una lectura pormenorizada así como también los puntos 13, 14, 17, 18 , 20, 24, 25 y 27 del apartado B, de ese mismo Capítulo III del referido informe, e igualmente requieren atención extra los puntos 29 al 33 del Apartado C, de ese mismo capítulo III del mencionado Informe, puesto que, en esos determinados puntos, se externan entre varias otras

¹⁶ Idem.

¹⁷ Vega Rollano, Laura, Op. Cit.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, A/HRC/37/60, 15 de Enero de 2018, versión digital disponible en:

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S

preocupaciones, que la gestación subrogada puede convertirse en un negocio y con ello atentar contra los derechos humanos de los menores, podrían incluso volver a darse casos de Bandas que lucran con las madres subrogantes como en una especie de enfermos Criaderos Humanos, práctica que se ha dado en estados como Vietnam, Tailandia, Tabasco en México, incluso en India.

Se plantea también que la polarización de las partes contratantes en cuanto hace a sus estándares socioeconómicos deja por lo menos a una de ellas en un estado casi de indefensión, puesto que como se menciona en puntos anteriores del presente trabajo de investigación, los contratos están prácticamente diseñados de tal forma que las subrogantes en algún punto quizá no entiendan lo que están firmando, al momento de ofrecerse para la realización del procedimiento, así pues, se tiene mucha mejor concesión con los padres de intención que con las subrogantes, a pesar de que ellas serán quienes llevarán la pesada carga de gestar al embrión hasta el momento del parto, si bien es cierto ellas voluntariamente se prestan para el procedimiento, también lo es, que al no entender realmente lo que leen, el estado de vulnerabilidad en el que se pueden encontrar, evidentemente será mayor que el de la pareja de padres de intención puesto que estos evidentemente tienen una preparación mayor y más amplia, en ese sentido, conocen desde un primer momento el contenido de los contratos que firmarán, en cambio las subrogantes no conocen en la mayoría de las ocasiones sino lo que los enlaces de las agencias de subrogación les dicen para que puedan en su poca educación y en su vida apegada a la tradición comprender la parte del procedimiento que en teoría les convenga y aceptar el dinero por la comisión del procedimiento, el cual puede ascender hasta al importe de 5 años de trabajo como se dijo anteriormente.

En ese caso, la subrogante acepta sin más, puesto que la promesa de suficiente dinero para salir de sus problemas económicos momentáneamente

es suficiente para que se sometan al procedimiento, sin mayor abundamiento en la parte legal que puede afectarles.

Ello junto a las bandas de tráfico humano que operan en algunos países donde el procedimiento es legal en sus dos vertientes tanto altruista como comercial, son las principales amenazas para los derechos humanos de las subrogantes.

Sin embargo, no debe pasar desapercibido el hecho de que las deficiencias mencionadas en anteriores acápite son también reconocidas en el informe de las Naciones Unidas mencionado como un problema de carácter internacional.

Por otra parte en la guía de estudio del protocolo de la Universidad Carlos Tercero de España del año 2016 para la vinculación con la ANUDI (Asamblea de Naciones Unidas para el Derecho Internacional) y la OMS (Organización Mundial de la Salud)¹⁹ se nos define a la figura e incluso, particularmente en las páginas: 5, 6 y 10 de dicha guía, la postura de dicho organismo perteneciente a las Naciones Unidas, es permisiva, e incluso alienta a la utilización del procedimiento, por ello es viable decir que a través de los años la postura de la Organización de las Naciones Unidas, ha ido cambiando acorde a la realidad social global, ahora bien, en ese estricto sentido, la Organización apoya el procedimiento, sin embargo no hace caso omiso a los indicadores de alerta que se han hallado en torno a la figura, puesto que para que el procedimiento sea lo más justo y seguro, legalmente hablando, es necesario que se proteja con una legislación más especializada a las partes que contratan.

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid y la Organización Mundial de la Salud, “Guía de Estudio del UC3MUN 2016”, 2 de Marzo de 2016, disponible en: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>, p. 5-12.

Lo que indica que la uniformidad de la Ley en torno a esta materia es una necesidad contemporánea y a la cual se le debe prestar atención para que pueda ser creado un modelo aplicable incluso a los casos donde otros estados han omitido la regulación.

Por lo que después de apreciar los antecedentes de la figura en el Mundo, es necesario estudiar los antecedentes particulares de la figura en México, con el fin de que se pueda particularizar aún más en la problemática vigente en el estado mexicano y en la Ciudad de México, con lo que respecta a la figura de la Maternidad Subrogada.

1.2 México.

1.2.1 Tabasco.

En México el antecedente más inmediato llega en el año de 1997²⁰, cuando el Estado de Tabasco, cambia su código Civil para permitir que los hijos tenidos por medio de técnicas de reproducción asistida, como lo es la maternidad subrogada tengan pleno reconocimiento legal como hijos de los practicantes de dichos procedimientos.

Pero por desgracia, se sucedieron diversos problemas, muy parecidos a los que en el caso de India, como Bandas de tráfico humano que lucraban con las subrogantes, se dieron casos de infecciones de VIH que derivaron en SIDA entre las propias subrogantes y sus bebés por las malas condiciones higiénicas y de salud en las que se llevaban a cabo los procedimientos con las subrogantes permanentemente embarazadas para atender a los muchos extranjeros que acudían a ellas para llevar a cabo el procedimiento de

²⁰ Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Decreto No. 205 “Se Aprueba el Código Civil Para el Estado de Tabasco, p. 1-187, 9 de Abril de 1997.

subrogación como ya se dijo, a un mucho menor precio como en el caso de la India y con los mismos resultados rápidos

Ahora bien en el año 2016²¹, la Ley en Tabasco cambia por fin desde 1997 y pretende regular de mejor forma el trámite de la subrogación, lamentablemente, esto fue para mal puesto que no solamente el problema del tráfico humano está dentro de la problemática de la maternidad subrogada sino que también existe el problema de la filiación ya que muchos padres no pueden llevarse a sus hijos recién nacidos porque no se les expide un pasaporte, ello es un acto de aplicación retroactiva de la Ley en padres cuyos contratos de subrogación son anteriores a la reforma del año 2016²² en la que ya no podían ser candidatos al procedimiento los ciudadanos extranjeros, siendo retenidos los menores de forma totalmente ilegal.

Ello por una mala planeación de dicha reforma, la cual entró en vigor antes de que dichos contratos fueran completados, por lo que esta clase de casos se suscitaron en el estado.

Este es un somero antecedente sobre el procedimiento en el Estado de Tabasco.

1.2.2 Sinaloa.

En el estado de Sinaloa, la reforma en materia de Subrogación Materna en realidad es relativamente reciente, la reforma apareció en 2013 en un decreto²³ del Periódico Oficial del Estado.

²¹ Periódico Oficial para el Estado de Tabasco, Decreto No. 265, “Se Adiciona el Capítulo VI Bis denominado “DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA”; integrado por los artículos: 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, al Título Octavo “DE LA FILIACIÓN”, perteneciente al Libro Primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco”, p. 9-15, 13 de Enero de 2016.

²² XICOTENCÁTL, Fabiola, “Piden eliminar maternidad subrogada del Código Civil de Tabasco”, Periódico Excelsior, Nacional, 08 de Marzo de 2017, versión Digital disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/08/1150957>

²³ “El Estado de Sinaloa” Órgano Oficial del Gobierno del Estado, Decreto No 742, “Se Aprueba el

En el cual se expide el Código Familiar para la Entidad, cuerpo legislativo en el cual se regula de igual manera la Maternidad Subrogada permitiéndose bajo ciertas condiciones y regulando el proceso para su trámite.

La reforma en cuestión aparece inscrita como parte del Nuevo Código Familiar para el Estado de Sinaloa que se publica en el mencionado decreto, en este se incluye un capítulo especial sobre técnicas de reproducción asistida, del cual hablaremos más adelante pero es en éste capítulo del nuevo Ordenamiento en Materia Familiar de aquél estado.

Donde se nos da pie a la realización del procedimiento de Subrogación ahora bien, es necesario mencionar que en este estado si se tiene una forma establecida para la elaboración del procedimiento desde que se publica la reforma, se tiene que elevar el contrato a la categoría de instrumento público.

Puesto que se establecen requerimientos médicos, los lineamientos para contratar, los requisitos que deben tener las partes que contratan para poder realizar el procedimiento.

Como se reconoce la paternidad para las parejas subrogantes, los tipos de subrogación que son reconocidas, entre otras nuevas, en aquel entonces, regulaciones y requisitos para el procedimiento.

El ordenamiento no ha presentado reforma hasta la fecha pero si se han propuesto varias iniciativas, en el sentido de querer prohibir la figura argumentando violaciones en el artículo 4 constitucional y leyes locales sobre la familia.

1.2.3 Ciudad de México.

En la Ciudad de México también el dilema de la Gestación Subrogada ha llegado a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, puesto que la capital del país siempre se ha jactado de estar a la vanguardia legislativa, con esta figura no podía ser para menos, era sólo cuestión de tiempo para que comenzaran las iniciativas de Ley en torno a esta figura.

Sin embargo, la más importante ha sido la “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”²⁴

En la cual, se propone a través de 33 artículos un control de la figura en la ciudad de México, dicha iniciativa tiene un corte permisivista de la figura, al mismo tiempo eleva la contratación de la misma entre las partes a la categoría de instrumento público para así garantizar en teoría que las partes no queden desprotegidas, así mismo propone que sólo sea viable acceder a esta técnica si y solo si se certifica la imposibilidad médica de la madre de intención para poder llevar a cabo la gestación por si misma, algo interesante de esta iniciativa es que sólo engloba un tipo de maternidad subrogada que es la subrogación parcial, la cual se explicará líneas abajo.

Ahora bien, ésta iniciativa, fue aprobada por el pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 30 de noviembre de 2010, sin embargo, a pesar de haber sido aprobada, no ha sido publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, en ese estricto sentido puede entenderse que aún no termina de ser estilizada para su publicación, o bien que se ha perdido en el limbo legislativo entre las comisiones a las que se le ordenó su verificación antes de finalmente ser publicada.

²⁴ Contreras Julián, Maricela, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, Instituto de Investigaciones Parlamentarias de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicado en el diario de los debates del 26 de noviembre de 2009. Versión digital disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf>

Sin embargo, es un buen primer intento para el que puede ser un parte aguas en la Legislación de la Ciudad de México, porque hasta la fecha y a pesar de la permisión de nuestro Código Civil del Distrito Federal, particularmente en el artículo 162 de dicho cuerpo normativo, la figura de la maternidad subrogada que es legal gracias a ese numeral, no ha sido eficientemente regulada.

1.2.4 Querétaro.

En el estado de Querétaro, las cosas son también muy interesantes, ya que la figura de la Maternidad Subrogada en realidad está prohibida por lo que reza en el artículo 400 de su Código Civil²⁵, sin embargo, es también dable decir que la legislación queretana contempla otra figura similar a la Maternidad Subrogada, y hasta cierto punto la permite, esa figura es la llamada “Adopción de Embriones” definida en el artículo 399²⁶ del ordenamiento antes citado, ahora bien, de ese mismo artículo se extrae que por definición será otra la mujer que lleve a cabo la gestación del embrión que se adopta, con el fin de que el producto nacido de ese embarazo sea considerado hijo de la pareja que adopta el embrión implantado.

En ese estricto sentido, la llamada “Adopción de embriones”, no dista de ser una Gestación por sustitución, solamente que puede englobarse en otro tipo de maternidad subrogada, esto supone un gran avance legislativo puesto que incluso, en el estado mencionado no se requiere una calidad específica de los contratantes²⁷ como lo es en otros estados, en los cuales el procedimiento de subrogación materna sólo se reserva para parejas casadas heterosexuales con problemas de concepción, dejando de lado a las mujeres solteras, parejas del mismo sexo, concubinos y otro tipo de posibles contratantes.

²⁵ Código Civil del Estado de Querétaro, art. 400

²⁶ Op. Cit. Art. 399

²⁷ Op. Cit. Art. 402

Lo cual abre la puerta para la exploración de un nuevo panorama legal, el cual es el de una figura paralela a la gestación subrogada que es funcional verdaderamente y sobre la cual no existe lucro alguno, la mejor parte del procedimiento es que los embriones que son “adoptados” tendrán un parentesco equiparado al consanguíneo para con los Padres de Intención.

Siendo en realidad el primer estado que propone una solución extremadamente viable para la problemática de la Reproducción Asistida, ahora bien, el gran defecto de esta técnica es que los embriones, genéticamente no tienen parecido alguno con los padres de Intención, sin embargo el parentesco civil de estos últimos al ser reconocido como consanguíneo para con sus futuros padres, prácticamente elimina cualquier barrera en cuanto a filiación dejando entonces al producto nacido de esta práctica con todos sus derechos protegidos legalmente.

1.2.5 Coahuila de Zaragoza

En el estado de Coahuila, la gestación subrogada estuvo prohibida hasta 2015 en el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza²⁸, pero por otra parte en el marco de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, concretamente en su artículo 268²⁹, contempla condiciones de parentesco para los hijos nacidos de métodos de reproducción asistida, ello quiere decir que ya no existe una prohibición expresa al respecto, pero por otra parte, el objeto de la gestación subrogada no tiene razón de ser cuando en ese mismo artículo se estipula que el parentesco sólo será consanguíneo entre las personas que empleen la técnica o bien con la mujer que haya procurado el nacimiento, este concepto es contradictorio porque al tiempo que puede significar que la pareja de padres de intención tienen parentesco con el menor

²⁸ Concretamente en los artículos 483, 486, 487, 488 y 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, dichos artículos se derogan en fecha 15 de Diciembre de 2015, por decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad, versión digital disponible en: <http://periodico.sfpcoahuila.gob.mx/ArchivosPO/100-PS-15-DIC-2015.PDF>, p.131-133.

²⁹ Este artículo solo hace mención acerca del parentesco que reciben los productos nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida.

producto de la subrogación, puesto que son ellos quienes recurren a la técnica de reproducción asistida pero por otra parte, en realidad quien procura el nacimiento del producto es la madre gestante, en ese estricto sentido, la madre gestante también tiene parentesco consanguíneo con el menor, es por ello que el fin último de la maternidad subrogada se encuentra en imposibilidad de ser llevado a cabo, puesto que la gestante tendría parentesco biológico con el producto nacido, ello quiere decir que la madre de intención quedaría fuera de la ecuación porque solamente el padre de intención acorde a lo establecido en dicho artículo quedaría con una paternidad reconocida sobre el producto, haciendo inútil la celebración de dicho contrato.

Con estos antecedentes podemos observar que entre cada país existen diferencias acerca del criterio que se debe aplicar en cuestión de la Maternidad Subrogada, incluso en estados federados de uno a otro como se aprecia en el caso de México, la diferencia es extrema, desde una absoluta prohibición hasta una permisión completa, algo que destacar es que no hemos acabado de legislar la figura de una manera lo más correcta posible, para beneficio de ambas partes, porque alguna de las dos quedará en desventaja frente a la otra.

Ello implica que es necesario un proyecto de Ley que sepa y pueda aprovechar en favor de las partes los recovecos que hayan dejado abiertos las legislaciones anteriores en materia de gestación subrogada.

Sin embargo, es necesario también descubrir y dilucidar los porqués de la disparidad en las teorías acerca de la maternidad subrogada, así como conocer los conceptos más utilizados en materia de gestación subrogada.

Ello para ampliar más el paradigma que se plantea el cual es crear un proyecto de Ley viable y a la vanguardia para llevar a cabo esta práctica con toda la seguridad posible.

Capítulo II: Marco Conceptual.

Objetivo: En este capítulo se contienen los conceptos primarios a conocer para tratar la problemática encontrada alrededor de la figura de la Gestación Subrogada, así mismo se expone dicha problemática y las posturas teóricas alrededor de la figura.

2.1 Definición, y Estudio somero sobre la problemática que rodea a la Figura de la Maternidad Subrogada:

Antes de comenzar a hablar de lleno sobre el presente tema de investigación es necesario brindar al lector las definiciones de los términos más importantes que se usarán a lo largo del presente trabajo de investigación, así como explicar la problemática detectada para la realización del presente trabajo de investigación.

Empezando por lo más importante, ¿a qué se denomina maternidad subrogada?

Se debe comenzar por lo principal, ¿Qué es subrogar?, el verbo subrogar es definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”³⁰

En ese estricto sentido, significaría entonces que etimológicamente la expresión maternidad subrogada significaría sustituir a quien llevará la maternidad, en ese sentido es una expresión relativamente acertada.

La expresión Maternidad Subrogada se define según Jesús González Merlo, como el “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”³¹

³⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua, España, 21 Edición, 1992. p. 1223

³¹ González Merlo, Jesús, “Ginecología”, Séptima Edición, España, Editorial Masson, 2000.

Así mismo en la Guía de Estudio del UC3MUN 2016³², documento elaborado en conjunto por la Universidad Carlos III de Madrid y dos organismos parte de la Organización de las Naciones Unidas, se brinda la siguiente definición sobre maternidad subrogada.

“La maternidad subrogada, calificada como una técnica de reproducción asistida, se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que, genética y legalmente pertenece a otros padres. La gestante subrogada es, por tanto, la mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja (padre y/o madre intencional), acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y dar a luz en sustitución de la mencionada persona o pareja.”³³

Como lo refiere el material expresamente citado, la maternidad subrogada es la utilización del útero de una mujer ajena a la pareja o persona que aporta el material genético para su implantación en el cuerpo de ésta con el fin de que geste al producto y tras el nacimiento entregué el mismo a los padres con los que de común acuerdo contrató.

Ahora bien, la Subrogación Materna, se puede definir en términos distintos a los previamente citados y a consideración personal del autor del presente trabajo como:

³² Es un protocolo encaminado al acercamiento de la comunidad universitaria de esa sede educacional a la comunidad y autoridades internacionales, discutiendo problemáticas de impacto contemporáneo en series de conferencias y asambleas dadas por los organismos internacionales participantes, en ese año particularmente se contó con la presencia de representantes de la Organización Mundial de la Salud para que llevara a cabo su 69 asamblea general, siendo uno de los temas a tratar, la gestación subrogada.

³³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid y la Organización Mundial de la Salud, “Guía de Estudio del UC3MUN 2016” Op. Cit.

La Figura Jurídica en la cual una mujer llamada Subrogante presta el servicio de gestación a una persona o pareja ya sea esta última homoparental u heteroparental, llamados Padres de Intención con el objetivo de llevar a término el producto de una Fecundación Extrauterina de material genético de la pareja, de alguno de sus miembros junto al de un donante que puede ser la mujer que proporciona de igual forma el servicio de gestación o en su defecto donante distinto y en ocasiones también de material genético enteramente proporcionado por donantes dada la inviabilidad del material genético de los Padres de Intención, entregando a estos el producto final del embarazo y la patria potestad del mismo, recibiendo la Subrogante para dicho efecto los cuidados pre, inter, y pos natales que sean necesarios para la salud del producto y adicionales en la manera que pacten las partes en un contrato llamado de Subrogación Materna.

Estas definiciones en realidad obedecen a la modernidad de la figura, han habido otras figuras y definiciones, que al final se habrían de tener como figuras jurídicas aparte como la “*Locución de Útero*”³⁴, figura que es idéntica a la que compete salvo por el detalle de que se implanta un embrión ya listo para sólo implantarlo en el útero ajeno, es decir el parentesco de la “*Locutora*” es decir, la mujer que presta para dicho fin su útero es nulo debido a que la concepción se ha logrado en el exterior y lo que se ha de rentar es sólo el “servicio” dicho de forma muy atrevida de gestación, para con el “*Cliente*” que sería la parte que reciba al producto fuera del útero.

En cambio al referirnos a *Maternidad Subrogada*, el producto, en ciertos casos incluso puede tener parentesco con la gestante, en otros casos el producto puede incluso no tener parecido alguno con las partes involucradas, lo cual es

³⁴ Baffone, Cristina, “La Maternidad Subrogada: Una Confrontación entre Italia y México”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año 47, Mayo-Agosto de 2013, Número 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 2013, p. 441-470. Versión Digital Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4818/6169>

algo que se debe analizar con mucho cuidado para establecer una correcta filiación del mismo, y que al tiempo, no se incurra en problemas legales derivados de una mala filiación.

Posteriormente, se debe hablar de las partes en dicho contrato, para tales efectos, las partes son las siguientes:

- Subrogante, Madres Subrogada, Madre Gestadora o Madre Gestante³⁵: En el contrato se le define como la mujer que llevará a término el embarazo al interior de su útero, ya sea que aporte o no material genético para llevar a cabo dicho embarazo, por lo que tiene otras clasificaciones en atención a dicha condición.
- Padres de Intención³⁶: Se les ha llamado de diversas maneras con el correr de los años, desde clientes, locutores o bien se les ha llamado de igual forma arrendadores de Vientre, el concepto de Padres de Intención, sin embargo desde un punto de vista personal, considero que se acuña con el objeto de evitar malos entendidos con los nombres de las partes entre otros contratos diversos, para el fin específico de la subrogación ya que el padre de intención es un tipo de contratante específico ya que su fin último no es la compraventa de un producto, ni tampoco rentar un órgano, sino que el fin último del contrato será, como se especifica más adelante, el hecho de la prestación del servicio de gestación por parte de la subrogante, lo cual convierte a la parte que contrata de la subrogante en algo más que un cliente, en vista de lo delicado del servicio que contrata no tiene una calidad que pueda ser derivada de un contrato anterior por lo que al referirnos a la intención de las partes de ser padres, llamarles padres de intención resulta lo más apropiado, debido a la

³⁵ Martínez Martínez, Verónica Lidia, “Maternidad Subrogada: Una Mirada a su Regulación en México”, Revista Dikaion, Semestral, Junio- Diciembre 2015, Número 2, Universidad de la Sabana, Colombia, 2015, p.353-382, Versión Digital Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf>

³⁶ Valdés Díaz, Claridad del Carmen, “El Acceso a algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida: Crónica de una vida anunciada”, Revista IUS, Semestral, Enero-Junio 2017, Vol. 11, Número 39, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2017, pp. 9-23 Versión Digital disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/297/293>

intención que deriva de la firma del contrato entre la Subrogante y estos “Padres de Intención” sin embargo, esto será tocado en posteriores capítulos.

Como se puede rescatar de la definición claramente en la cita se puede observar que no especifica el procedimiento por el cual habrá de celebrarse el acto, pero en general es un contrato por escrito, en algunas legislaciones debe ser celebrado ante notario público de otra forma será inválido, sin embargo a pesar de que el instrumento pueda tener validez en su celebración, en ningún estado de entre aquellos en los que se permite, el contrato no tiene fuerza coercitiva³⁷ alguna, el convenio es válido si pero no es ejecutable, en ese estricto sentido, el fin último del contrato de Maternidad Subrogada es posible que no sea llevado a término ello porque es bastante probable que la madre gestante, al desarrollar un lazo afectivo con el producto nacido, decida no entregar al neonato a los padres de intención.

Con bastante más frecuencia de lo que se puede pensar, la circunstancia se mencionada sucede, y los padres de intención simplemente quedan indefensos ante la circunstancia porque, separar al producto de manera forzada de la madre, acarrea indeseables consecuencias mentales para ambos, atendiendo al mencionado principio de “Interés Superior del Menor” en páginas anteriores del presente trabajo de investigación, es necesario que, salvo cuando la madre sea un peligro potencial para el menor permanezca con él, de no ser así las consecuencias para el producto pueden ser atroces, y también la psique de la madre de intención sería afectada de manera masiva como puede leerse en ‘Baby M’³⁸, caso en el cual la defensa de la madre de intención argumentaba que su psique fue dañada por el desprendimiento de ella con el producto, en ese caso en particular, el dictamen fue considerado auténtico por parte del estado, entonces la afectación acerca de la separación

³⁷ Véase “Surogacy Arrangements Act of 1985”, Parágrafo 1, Subsección 1A, Op. Cit., Código Civil de la República Francesa, Versión Digital en Español, Artículos 16-5 y 16-7, Op. Cit.

³⁸ Baby ‘M’ Op. Cit

entre madre y neonato tiene un precedente que la apoya, porque si bien en Baby 'M' también se observa la primera vez en que atendiendo al Principio de Interés Superior del Menor se emite una sentencia mediante la cual la subrogante fue considerada un peligro para el bienestar del menor atendiendo a las particulares circunstancias del caso; pero cierto es que de no haber sido considerada como un peligro para el bienestar de la bebé nacida vía este procedimiento, la Sra. Whitehead bien pudo ser declarada como quien tendría la guarda y custodia así como los derechos de paternidad de la bebé nacida del procedimiento de subrogación, ello tras la admisión del dictamen en materia de psicología que fue presentado ante la corte cuando se deliberaba el caso.

En este ejemplo, se observan claramente varios problemas acerca de la figura de la Maternidad Subrogada el primero, es la falta de coercitividad del instrumento, ya que en Baby 'M', como se dijo páginas arriba, el instrumento fue declarado nulo, gracias a que contenía cesiones de derechos que en su tiempo eran ilegales, además de que se consideraba un delito pagar por un niño adoptado, (puesto que se pactó que la niña sería dada en adopción a los Stern tras su nacimiento) y evidentemente al compensar a la subrogante por el hecho de donar su vientre para la gestación del producto final nacido, a cambio de dinero, más el hecho de que fueran a celebrar la adopción de la bebé después de nacida, se crea un hecho que fue susceptible de analogía y se entendió como que se pagaba por un niño que iba adoptarse, cosa la cual la Ley de Estados Unidos no permitía.

Esa nulidad acarrea en primer lugar que el fin último del contrato celebrado no podría ejecutarse forzosamente, puesto que dicho instrumento al ser nulo, sus estipulaciones quedan también nulificadas, incluida la entrega de la bebé por parte de la Sra. Whitehead al matrimonio Stern.

Por lo que como en la mayoría de los casos el instrumento a pesar de contemplarla en sus páginas, en la práctica carecía de fuerza coercitiva.

Eso también implicó que al no estar obligada la Sra. Whitehead a entregar al producto final de la gestación para la que se subrogó podría haberse llevado sin más a “su hija”, de no ser por las implicaciones del interés superior del menor, el matrimonio Stern, por lo robusto del dictamen en psicología y el profundo vínculo emocional gestado entre “madre-hijo” hubiera quedado sin su pequeña hija.

Este caso junto a lo anteriormente vertido en las páginas del siguiente trabajo de investigación, nos indica que existen 3 problemas mayúsculos en materia de gestación subrogada.

I.- La falta de fuerza coercitiva de los instrumentos, con el fin de que ambas partes queden en un estado de relativa igualdad, en cuanto hace al cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

II.- La determinación del parentesco del recién nacido.

III.- La ampliación de la protección dada hacia las partes, debido a que la protección legal por sí sola no es suficiente, se requiere un tratamiento integral tanto médico, así como psicológico para la prevención de escenarios donde las partes incumplan sus obligaciones por elementos subjetivos inesperados, lo cual puede abarcar desde caprichos absurdos de los padres de intención, así como la falta de cumplimiento de la obligación de entrega del recién nacido por parte de la subrogante.

Estos son los principales problemas que se derivan de la implementación de la Maternidad Subrogada como una figura jurídica permitida en los países donde se ha permitido su implementación.

Por lo que la de concretarse la creación de una ley que regule dicha figura, evidentemente deberán intentar solucionarse dichas problemáticas, de lo contrario será otro modelo fallido.

Pensando en ello la cobertura debe hacerse no sólo desde el frente jurídico sino también desde el frente de la salud física y mental de las partes contratantes, ello porque evidentemente la sola cobertura jurídica no es suficiente, debido a que se encuentran también inmiscuidos factores emocionales y físicos, por lo tanto es necesario que de existir un proyecto de ley viable, en este se aplique la protección más integral para los contratantes en las 3 materias mencionadas.

Sin embargo a pesar de que es una figura jurídica que ya lleva aplicándose varios años, la existencia de la Maternidad subrogada no estaría ni siquiera contemplada o bien no hubiere sido objeto de estudio si no se hubiesen inventado o descubierto otros métodos de Reproducción Asistida cuya intervención es necesaria para llevar a cabo dicho proceso, es importante mencionar que si bien existen definiciones médicas sobre dichos procedimientos, no están expresamente regulados en cuanto a su uso o bien sobre la filiación que de ellos se desprendería dentro del marco de ley, y que en la Ciudad de México que es la Capital del país a pesar de mencionarse en su Código Civil como se explica más adelante no se encuentran definidas en dicha Ley.

Para elaborar un proyecto de Ley que las incluya como el que es el principal objeto del presente trabajo de investigación, es necesario definir a la Reproducción Asistida y a cuatro Figuras adicionales a la Maternidad Subrogada que hacen posible su existencia:

Técnicas de Reproducción Asistida: “Se entiende como técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se

*desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.*³⁹

*Inseminación Artificial: “La inseminación Artificial consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.”*⁴⁰

*Fecundación In Vitro: “La fertilización in vitro se define como la técnica de reproducción asistida que involucra fecundación extracorpórea. La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (“in vitro”) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina.”*⁴¹

*Transferencia de Embriones: “Procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Fallopio.”*⁴²

³⁹ Santamaría Solis, Luis, “Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos”, Cuadernos de Bioética, Cuatrimestral, Enero-Marzo, No.41, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid, España, 2000, pp. 37-47, versión digital disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

⁴⁰ Santamaría Solis, Luis Op. Cit. p.39

⁴¹ Bagnarello González, Fiorella, “Fertilización In Vitro, Conceptualización”, Revista Parlamentaria de Costa Rica, Semestral, 1er Semestre Enero – Mayo, Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2015, p.p. 205-249., versión digital disponible en: <http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones%20a%20Texto%20Completo%20%20Revistas/Revista%20Parlamentaria%202015.pdf>

⁴² Zegers-Hochschild, Fernando, Adamson, David, et. al., “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida”, Versión revisada y preparada por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Humana Asistida (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud

Adopción de Embriones: *“La adopción de embriones es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.”*⁴³

Estas figuras son todas antecesoras a la maternidad subrogada, ello debido a que esta última es la última chance de concebir un hijo para las parejas a las cuales el resto de las técnicas de reproducción asistida no les han sido favorables.

En realidad, las legislaciones que permiten la figura la contemplan como un recurso extremo como puede leerse en líneas anteriores debido a la complejidad y problemas relacionados con el procedimiento, en el caso de México, en las legislaciones de los estados que lo permiten, no es posible llevarla a cabo sino previa valoración médica en la cual se certifique que en efecto la pareja que va a intentar someterse al procedimiento efectivamente no tiene otra solución para su problema de fertilidad que someterse al procedimiento de maternidad subrogada.

Esto se tratará con posterioridad en el presente trabajo de investigación, de momento con las problemáticas centrales definidas, es momento de pasar a exponer la hipótesis que rige el presente trabajo de investigación.

(OMS), Ginebra, Suiza, 2009, pp.11, versión Digital disponible en:
https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

⁴³ Artículo 399 Código Civil del Estado de Querétaro. (Esa definición de la figura por la utilizada por los legisladores queretanos, nótese que su redacción no contempla a parejas homoparentales, pero sí a mujeres solteras)

2.2 Hipótesis.-

La pregunta central del presente trabajo de investigación es la siguiente: ¿La Ciudad de México necesita regulación eficiente en materia de Reproducción Asistida y Maternidad Subrogada?, la respuesta es un rotundo sí, en atención al método inductivo de investigación científica, en lo particular atendiendo al método inductivo de variaciones concomitantes en el cual las diferencias particulares de cada caso se relacionan con la eliminación de una circunstancia particular.

La circunstancia en particular que se elimina en el caso particular de la Maternidad Subrogada, es la regulación.

Tomando como ejemplo a la legislación de la Ciudad de México, así como la del estado de Tabasco, en relación al caso de Estados Unidos, Francia y Australia se obtienen los siguientes casos diferenciables.

Estados Unidos: Se obtuvo un precedente legal⁴⁴, derivado de la falta de regulación, este precedente legal declara ilegal el instrumento de subrogación firmado entre las partes por las violaciones legales que involuntariamente sucedieron a la firma de dicho instrumento, como se dijo antes, analógicamente por la falta de regulación en la materia, se equiparó al instrumento de subrogación como una adopción prepago lo cual era ilegal en Estados Unidos. Gracias al principio de interés superior del menor fue que la madre de intención pudo conservar a su hija, de no haber existido una amenaza latente a la seguridad de la menor esta última habría sido entregada a la Subrogante.

⁴⁴ Baby 'M', Op. Cit.

Francia: Al comienzo de la creación de los instrumentos de subrogación entre las partes celebrantes, estos eran entre particulares sin regulación que los amparara, eran celebrados al interior de las agencias de subrogación, y con ellos se presentaban diversos problemas, entre ellos el desentendimiento de la paternidad de los padres de intención con los productos nacidos del embarazo de la gestante en el caso de haber sido un embarazo múltiple, así mismo, las subrogantes en diversos casos continuaban con un estilo de vida que arriesgaba la vida de los productos, incluso varios llegaron a tener malformaciones de nacimiento, por las cuales evidentemente los padres de intención se desentendían de la paternidad de los productos dejando a las subrogantes hacerse cargo de ellos.⁴⁵

Además derivado de estos problemas la religiosidad del pueblo francés no permitió que la figura no prosperara, además de ello fue socialmente despreciada por la misma sociedad francesa, todo ello derivado de hacerse los convenios sobre Maternidad Subrogada sin una regulación que atendiera a la problemática social que rodea a la figura.

Australia: Al suscitarse la primera controversia en relación a la figura de la maternidad subrogada, a pesar de la falta de regulación, se otorgó la paternidad del producto a los padres de intención ⁴⁶, sin embargo al principio al suscitarse estas controversias no existía una regulación al respecto de la figura, ahora bien, posteriormente se emite una regulación en la cual, no se puede reclamar la paternidad por parte de los donantes de óvulos o esperma de los productos nacidos de técnicas de reproducción asistida, por lo que la seguridad jurídica en la contratación de dicho procedimiento se eleva desde la emisión de esta regulación.

⁴⁵ Anzon Oliart, Francisco, “Se Fabrican Hombres (Informe sobre la Genética Humana)”, Op. Cit.

⁴⁶ Martínez Calcerrada y Gómez, Luis, “La Nueva Inseminación Artificial”, Op. Cit.

Tabasco: En la Reforma Original de 1997, al Código Civil para el Estado de Tabasco, solamente se incorporaba el texto donde se permitía la figura y se reconocía un parentesco consanguíneo de los hijos nacidos de los procedimientos de reproducción asistida, particularmente la Maternidad Subrogada para con aquellos que solicitaran dichos procedimientos, sin embargo, no regula el procedimiento para su operatividad y tampoco la forma que debieran revestir los instrumentos de maternidad subrogada, a raíz de ello, se tuvieron diversas situaciones de abuso hacia las subrogantes, una de ellas fue el establecimiento de bandas las cuales se dedicaban al tráfico humano, estas bandas, mantenían a las subrogantes permanentemente embarazadas para así traficar con los productos los cuales evidentemente por el miedo a ser muertas por sus captores o sufrir algún tipo de represalia adicional al negarse a entregar a los productos por lo que el turismo reproductivo ilegal, fue un gran negocio en el estado hasta la entrada en vigor de la reforma del año 2016, la cual evidentemente al regularizar el procedimiento para que se llevara a cabo la contratación de la maternidad subrogada, permitió que el negocio de turismo reproductivo terminara.

Todos los casos mencionados, padecieron en un principio de falta de regulación, particularmente en el caso de Australia y Tabasco, se optó por regularizar la figura, en el caso de Australia imponiendo una medida no coercitiva de forzar a que la subrogación se llevara a cabo de manera íntegra sin que pudieran apropiarse los donantes de la información genética (cabe recordar que en ciertos escenarios de subrogación la propia subrogante es quien proporciona el gameto femenino) de la paternidad de los productos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida.

Mientras que en el caso de Tabasco, se optó por regularizar todo el procedimiento en cuanto a la forma de llevarlo a cabo y de las autoridades que participarían en su gestión y tramitología, sin embargo de lo que carece es de

una medida coercitiva como en el caso de Australia para asegurar que la paternidad de los productos quede con los padres de intención.

Ahora bien, en los casos donde si existe una regulación aplicable a la figura en cuestión, se observa que el procedimiento no es socorrido en la medida que en los países donde no se encuentra o encontraba regulado por esta misma falta de regulación puede llegar a ser más cómodo desde un punto de vista personal para los padres de intención que desean contratar esta figura jurídica puesto que si existe una laguna legal en cuanto a la forma que deba revestir el procedimiento en forma especializada, los instrumentos celebrados con respecto a la Maternidad Subrogada todos serían legales, sin importar las condiciones en las que hubieran sido redactados siempre que se respetaran normas generales de derecho.

En un país con un procedimiento regulado para contratar la Maternidad Subrogada con otra persona, se debe ceñir a la forma dispuesta por la ley cualquiera que desee contratar con otra persona la celebración de esta figura jurídica, además de que ello impone condiciones para que no se lleve a cabo con una libertad tal que atente contra los derechos personales de la otra parte contratante.

Por ello es que desafortunadamente hasta que no exista una regulación funcional en un estado o país donde esté permitida la figura no cesarán los abusos derivados de la falta de regulación específica de la misma, lo cual evidentemente expone la necesidad de regular la figura, y en la Ciudad de México no es para menos, puesto que el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, permite que los cónyuges puedan elegir de forma libre el número y espaciamiento de sus hijos, además de ello permite que utilicen los métodos de reproducción asistida en los términos que señala la Ley para lograr su propia descendencia.

En atención a ese precepto se entiende que cualquier método de reproducción asistida, incluyendo a la maternidad subrogada, puede ser usado en la Ciudad de México siempre y cuando se siga el procedimiento establecido por la Ley, el problema es que no hay una Ley que regule estos métodos de reproducción asistida en la Ciudad de México, por tanto hasta que sean regulados, podrían suceder casos como el de Tabasco porque como en 1997, la Ley que permite la Figura, en este caso el Código Civil para el Distrito Federal, no regula dicho procedimiento.

Atendiendo a estos casos, es dable entonces determinar que si la figura no se encuentra regulada, pero si permitida, los conflictos entre las partes van a escalar exponencialmente y podrían contribuir a la desaparición de la figura y con ello a coartar los derechos reproductivos de miles de parejas que ven en esta figura la única esperanza de tener un linaje genéticamente emparentado con ellos y cumplir su sueño de ser padres.

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que la hipótesis en la que se piensa no es sino respaldada por las variables aquí expuestas, dado que sin una regulación efectiva en la Ciudad de México es sólo cuestión de tiempo para que comience a realizarse el convenio de Maternidad Subrogada de forma no regulada y ello lleve a la misma serie de problemáticas que se tuvieron en otros países y estados, puesto que atendiendo al principio general de Derecho que nos indica “lo que no está prohibido, está permitido”, si el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal permite la aplicación de técnicas de reproducción asistida y no prohíbe la figura de la Maternidad Subrogada expresamente, ello quiere decir que es válido usarla como método de reproducción asistida al no haber una ley que regule dichos métodos pero que tampoco los prohíba, es dable aprovechar esa laguna legal para realizar un Contrato sobre Maternidad Subrogada a gusto de las partes entre tanto como se dijo antes, no contenga prestaciones que no estén prohibidas por ley.

Por tanto es posible celebrar convenios de maternidad subrogada fuera de regulación, sin que realmente tengan una consecuencia salvo que existan excesos en los contratos que se realizan.

2.3 Comparativa de Teorías y Postura Personal.

En cuanto hace a las teorías que rodean a la Figura de la Maternidad Subrogada, es necesario decir que es un tema de extremos, o las posturas se dan totalmente a favor o totalmente en contra, en particular es interesante el trabajo de la Doctora Eleonora Lamm, de Argentina, quien explica en un breve resumen dentro de su trabajo investigación intitulado “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho” los contrastes entre los argumentos en contra y a favor, que existen en su país la república de Argentina, en este país resumidamente se puede decir lo siguiente: Las posturas en contra se sostienen bajo diversos argumentos, extrayéndose principalmente los siguientes:

Entre los argumentos en contra ⁴⁷ se toman los siguientes:

La “Inmoralidad del Contrato” y su nulidad absoluta por estar las personas fuera del comercio.

El “Turismo Reproductivo”, en su vertiente de tráfico humano, debido a que se han registrado casos en los cuales determinadas bandas operaban en países donde se permite la figura manteniendo plagiadas a diversas mujeres las cuales servían como criaderos humanos y se encontraban permanentemente embarazadas sirviendo a los fines lucrativos de estas bandas.

⁴⁷ Lamm, Eleonora, “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Trimestral, Enero-Marzo, 2012, Barcelona, España, p 49, versión digital disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.

Asimismo, también se contemplan las problemáticas que podrían derivar de un aborto espontáneo de la subrogante, igualmente por la falta de entrega del producto a los padres de Intención por parte de las subrogantes, además de ello, lo conducente a la falta de regulación propicia los abusos entre las partes.

También, la Doctora Lamm menciona en su texto que otro punto en contra es que coarta la libertad reproductiva en sí misma, ya que los teóricos consideran que, así como se vino diciendo en capítulos anteriores del presente trabajo de investigación, es posible que la voluntad de las partes no sea totalmente libre, puesto que generalmente las subrogantes son mujeres en situaciones de vida socialmente inversas, puesto que las mujeres de llamado “primer mundo”, son las que contratan la subrogación con mujeres del llamado “tercer mundo”, puesto que los costos de contratación son bastante más asequibles en estos países, pero ello no quiere decir que no puedan contratar con mujeres de países de “primer mundo” considerando que en ciertos estados como lo son Gran Bretaña y Estados Unidos, se permite.

Por lo que realmente se quiere evitar el alto costo al momento de contratar acudiendo a estados donde su economía permite cierta holgura en cuanto a los precios para los padres de intención, esa es la causa principal del turismo reproductivo, dado que se presume la polarización de las condiciones económicas de los contratantes, de cierta manera manipula la voluntad de contratación y con ello evidentemente el instrumento estaría viciado.

Así mismo en España, en particular en el trabajo de la Dra. Noelia Igareda González, en su artículo intitulado “La Inmutabilidad Del principio *Mater Sempre Certa Est* y Los Debates Actuales sobre La Gestación por Substitución en España”⁴⁸ brinda un catálogo de argumentos también en contra de la figura

⁴⁸ Igareda González, Noelia, “La inmutabilidad del Principio *Mater Sempre Certa Est* y los debates actuales sobre la Gestación por Sustitución en España”, *Universitas. Revista de Derecho y Filosofía*, Semestral, Universidad Carlos III de Madrid, Enero 2015, No. 21, P. 3-21, Madrid, España, 2015, versión digital disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2410/1309>.

dictados por teóricos españoles, en lo particular llama la atención aquel que considera el contrato ilícito puesto que las partes del cuerpo están fuera del comercio, por tanto en teoría es nulo el contrato de gestación por sustitución debido a que se está de cierta manera rentando el útero de la subrogante.

Volviendo a Argentina, en su texto la Doctora Lamm menciona también factores a favor⁴⁹ que plantean los teóricos Argentinos como lo son:

Un acceso total a los derechos reproductivos de las personas que contratan esta figura jurídica.

El ejercicio de la libertad reproductiva de los contratantes.

Esta es sumamente importante y se relaciona con la primera, puesto que el número y espaciamiento de los hijos son derechos universalmente reconocidos, en el caso particular de México se reconocen en el artículo cuarto Constitucional, lo cual quiere decir, que en ambos casos las partes ejercitan su libertad reproductiva, ya que están decidiendo de forma libre e informada sobre tener un hijo, una gestándolo y la otra decidiendo que en efecto ese hijo por nacer sea producto de sus células sexuales o en su defecto de no ser así estar dispuesta a tratarle como si fuera un hijo biológico, lo cual desde el punto de vista de la ley civil equipara su relación a una cual si fuera consanguínea y con ello brinda plenitud de derechos al producto para con los padres de intención en su caso.

En cuanto hace a lo expuesto por la Doctora Igareda en su texto, esgrime también argumentos a favor⁵⁰, en particular se debe observar aquel que

⁴⁹ Lamm, Eleonora, “Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho”, Op. Cit.

⁵⁰ Igareda González, Noelia, “La inmutabilidad del Principio *Mater Semper Certa Est* y los debates actuales sobre la Gestación por Sustitución en España”, Op. Cit

sugiere que en tanto sea altruista la gestación por sustitución es algo perfectamente legal, puesto que si no es oneroso se termina con aquella acepción que afirma que es ilegal por estarse rentando una parte del cuerpo humano.

Ahora bien, en México, la Doctora María Mercedes Albornoz, profesora e investigadora para el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en el artículo intitulado “Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución”⁵¹ así como en el trabajo intitulado “Marco Normativo de la Gestación por Sustitución, Desafíos Internos y Externos”⁵²

También nos brinda argumentos tanto en contra como a favor de la Gestación Subrogada entre los argumentos en contra que la Doctora Albornoz exhibe en sus trabajos de forma indirecta, puesto que, desde un inicio, es notable que está de acuerdo con dicha figura, se encuentran aspectos tales como. La falta de reconocimiento de la filiación en materia de derecho internacional, porque una cosa es que el niño tenga filiación con los padres de intención en su estado “De Nacimiento” y otra cosa muy diferente es que el niño pueda conservar dicha filiación con los padres de intención en los estados de origen de los mismos (Estados de Recepción)⁵³, en algunos estados por ejemplo, para evadir las reglas de hijo natural, se omite el nombre de la madre, o bien en lugar de evadir las reglas de hijo natural, se solicita que los contratantes realicen gestiones en los estados de nacimiento previas a este para poder

⁵¹ Albornoz, María Mercedes, González Martín Nuria, “Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Anual, Enero, Vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2016 p. 159-187. Versión Digital Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00159.pdf>

⁵² Albornoz, María Mercedes, López González, Francisco, “Marco Normativo de la Gestación por Sustitución en México. Desafíos Internos y Externos”, *Revista IUS*, Semestral, Enero-Junio 2017, No. 39, Vol. 11, Puebla, México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, p. 173-184, 2017, versión digital disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.

⁵³ Albornoz, María Mercedes, González Martín Nuria, “Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución”, Op. Cit. p. 173-179

llevar al producto al estado de Recepción de manera legal y plenamente reconocida.

Esto cambia con el sistema jurídico de cada estado donde se realice la figura.

Por ejemplo, en el Reino de los Países Bajos (eminentemente romano-germánico) esto de ocultar el nombre de la madre natural ha causado problema porque evidentemente podría alterar el orden público dado que se violaría el principio de Hijo Natural que se ha mencionado en el presente trabajo de investigación, porque se entendería entonces que la institución no aplicaría para el producto nacido de este modo y con ello se acarrearía una pérdida de futuros derechos para el producto.

Mientras que en países como India con el sistema de Common Law, basta con la expedición de una visa médica y con que los padres demuestran que en su Estado de Recepción esté aceptada la Gestación Por Sustitución para que el procedimiento se lleve a cabo sin mayor problema.

Otro punto en contra que reafirma en estos trabajos es el hecho de la explotación de las gestantes, que por su condición económica recurren al procedimiento sin realmente tener manera de enfrentarse a los Padres de Intención por encontrarse estos educacional y económicamente en mejores y ventajosas circunstancias en comparación a la subrogante.

Sin embargo como puntos a favor, como lo deja claro en estos dos trabajos de investigación, es el hecho que la Gestación Subrogada puede funcionar con regulación, hace hincapié a que la Gestación por Sustitución tenga una regulación que pueda terminar con estos abusos, y con sus problemáticas en general, no solo en la legislación local mexicana (Cabe aclarar que dedica un capítulo específicamente para hacer notar lo heterogéneo de la legislación

mexicana con respecto a dicha figura)⁵⁴ sino también a nivel internacional, para que de esta manera se puedan garantizar los derechos de todas las partes involucradas, y más importante aún garantizar el interés superior del menor nacido de esta técnica de reproducción asistida.

Otro punto al que hay que hacer hincapié es que si bien la Doctora Albornoz, nos habla de una polémica que rodea a la figura, también nos habla de que es un beneficio que debiera ser mejor regulado para aquellas parejas, ejemplificando su punto con parejas homoparentales de tener un hijo genéticamente emparentado con la pareja, aunque sea con sólo uno de sus miembros, pero poder perpetuar su linaje genético.

Ahora bien, en cuanto hace al tema de la figura luego de observar estos factores preponderantes en otros países, por lo que hace a México, y desde un punto de vista personal, en realidad los órganos humanos no carecen de valor, tan es así que los artículos 513, 514 y 515 de la Ley Federal del Trabajo hacen mención a tablas específicas a las que deberán adherirse las instituciones de seguridad social para determinar el porcentaje otorgado de incapacidad por la pérdida de funcionalidad de alguno de los órganos y tejidos que se catalogan en los mencionados artículos.

Es por ello que realmente no se comparte la postura de que los órganos carecen de valor, sin embargo algo que se puede decir también es que esta tabla trata sobre pérdidas de funcionalidad o de tejidos sanos, es decir que no pertenecen ya a la maquinaria corporal, sino que han sido separados de esta y su funcionalidad orgánica está terminada.

En teoría y por exclusión puede decirse que mientras el órgano pertenezca y funcione en un organismo humano vivo, su valor es incalculable, puesto que

⁵⁴ Albornoz, María Mercedes, López González, Francisco, “Marco Normativo de la Gestación por Sustitución en México. Desafíos Internos y Externos”, Op. Cit., p. 177-178.

la funcionalidad orgánica de los órganos y tejidos no puede ser replicada a un 100% ni con la tecnología más moderna, sin embargo, la naturaleza de la maternidad subrogada en realidad no intenta apropiarse de la funcionalidad de un útero humano, sino que y haciendo hincapié en que este es un punto de vista personal, lo único que hace es buscar que la gestante de inicio a la función biológica natural de su útero de manera voluntaria, es decir que pueda llevar a cabo la gestación cosa para que la que el útero fue concebido en primer lugar, es decir, no se pretende alterar la funcionalidad del útero de la subrogante, sino que se pretende únicamente que en un acto altruista brinde vida al sueño de ser padres de los que tienen la intención de serlo.

Que bien podría ser oneroso sin problemas, puesto que si somos etimológicamente correctos la madre gestante está prestando un servicio a los Padres de Intención, no dona su útero porque de hacerlo así estaríamos hablando de un trasplante inter-vivos por decirlo de alguna manera, usufructo tampoco es porque se podría correr el riesgo de comparar al producto con un fruto civil lo cual evidentemente cosificaría a la Madre Gestante y al neonato.

Servicio, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, puede definirse como “*Acción y efecto de servir.*”⁵⁵ y usándose en la voz “*estar al servicio de alguien*”⁵⁶ significa “*Estar a su disposición.*” en ese sentido, la madre de intención al momento de contratarse, proporciona a los padres de Intención su voluntad de procrear y gestar, ello utilizando de manera consciente su útero, y libre de vicios de voluntad puesto que se entiende que para la realización de un acto semejante como lo es un embarazo, la madre

⁵⁵ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua, 23 Edición, España, 2014, versión digital disponible en: <https://dle.rae.es/?id=XhXvJqs>.

⁵⁶ Esta acepción se encuentra en la misma dirección electrónica, como ejemplo del uso del sintagma servicio, siendo ésta a la que se busca hacer mención, puesto que, en Derecho Civil, se entiende que, al contratar un servicio, el oferente del mismo está literalmente sirviendo a la persona que le contrata para el desempeño de determinado acto.

gestante estará en todo su derecho de decidir si en efecto gestará o no, al embrión que los Padres de intención le soliciten se sirva de gestar.

Por ello es que personalmente se opta por decir que la figura de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada, debe ser permitida, tanto de forma altruista como onerosa, sin embargo es posible que al hacerla onerosa se puedan tener presiones internacionales, pero para mermar estas, lo oneroso debería ser de común acuerdo entre las partes, es decir, que los padres de intención así como la subrogante puedan decidir si se entregará o no cualquier tipo de compensación adicional al término de la gestación, independiente de las obligaciones que los padres de intención deban tener para con ésta última.

Por ejemplo, la contratación de un seguro de salud de gastos médicos suficientes como para cubrir el parto, así como brindar a la Madre de Intención los cuidados pre y post natales necesarios para asegurar la correcta gestación del producto, así como someterse las pares a un tratamiento psicológico antes durante y después de terminado el procedimiento, para así asegurar que su integridad mental, está preparada para realizar la entrega correcta del producto a los padres de intención, un registro de subrogantes para mantener en orden la Salud Pública de la Ciudad de México y al tiempo impedir que se cometan crímenes como el tráfico humano para explotación reproductiva.

Actualizar un catálogo de delitos, y finalmente intentar solucionar los problemas de filiación para con los padres de intención.

En resumen, permitir la figura si y sólo sí se pueden cubrir los retos que otros estados no han podido resolver, sobre todo en la parte de una justa coercitividad de los instrumentos de subrogación, para que la inversión de los padres de intención y su integridad patrimonial, se encuentran relativamente protegidos. Así como con la actualización de un catálogo de delitos para proteger a la subrogante de cualquier posible abuso de los padres de intención

para con ella y viceversa, protegiendo plenamente los derechos de ambas partes a través de las precauciones dichas.

Sin embargo hay un último escollo para la aplicación de la Maternidad Subrogada, y eso es la oposición a un antiquísimo proloquio latino, que se dice “*Mater Sempre Certa Est*” principio el cual es base también de algunas de las implicaciones bioéticas sobre la gestación por sustitución, y el cual es el principal enemigo de la figura.

2.4 El Principio *Mater Sempre Certa Est*, su contemporaneidad y sus implicaciones alrededor de la Maternidad Subrogada.

El coloquio latino mencionado en español se dice “La Madre siempre es cierta”, es decir, que la maternidad nunca se cuestiona, ello devenido del principio del Hijo Natural, es decir que el hijo es técnicamente de quien nace, quien alumbró al producto finalmente será quien sea su madre.

Sin embargo, la falta de superación de dicho principio deja a quienes llevan a cabo la práctica de la Maternidad Subrogada en un estado de indefensión puesto que al ser quien alumbró al producto una persona distinta a sus padres genéticos, en la mayoría de los casos, no es la mujer de la que nace el producto su madre, a pesar del parto, no está emparentado genéticamente con la mujer que lo da a luz, eso es algo importantísimo.

Diversos teóricos tratan esta voz latina en torno a la maternidad subrogada, entre ellos los trabajos de José Barroso Figueroa⁵⁷ mexicano y Horacio Teitelbaum⁵⁸ argentino parecen especialmente interesantes, ello debido a que

⁵⁷ Barroso Figueroa, José, “Maternidad, Paternidad y Genética (Un Problema de Libertad)”, Estudio dentro del Libro titulado: “Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México”, Primera Coedición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, p. 23-44, Versión Digital disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3968/7.pdf>

⁵⁸ Teitelbaum, Horacio, “El Colapso del Dogma Mater Sempre Certa Est frente a la nueva voluntad

contrarían el principio latino que se menciona, ahora bien, en contraste el trabajo de la Doctora Noelia Igareda González⁵⁹ que fue previamente citado, a pesar de ser un trabajo que habla sobre la contemporaneidad de dicho principio, dentro de él se pueden encontrar puntos a favor de la Gestación por Sustitución, además de ello habla sobre la necesidad de poner en debate a dicho principio en el mundo moderno, esa postura coincide con lo expuesto por Barroso Figueroa, puesto que habla sobre la posible contrariedad a dicho principio por no estar emparentado el producto genéticamente con los padres, eso convertiría al producto en hijo genéticamente hablando de aquellos cuyo linaje genético llevaran pero no así de la gestante porque verdaderamente no comparte ningún rasgo con esta última, genéticamente hablando.

Por ello es que el Principio "*Mater Semper Certa Est*", no debiera aplicar al tratarse de Gestación Subrogada, puesto que en realidad el producto no es hijo de la Subrogante a nivel genético, sino que es de los Padres de Intención a ese nivel tan primigenio como es el del maquillaje genético es imposible negar el parentesco genético no es posible puesto que es la estructura básica de la vida, de los genes provenimos, no es dable el cuestionar su veracidad por decir lo menos al ser estas estructuras las que encierran el esquema del ADN humano, necesario para la vida, se llega a esa conclusión tras observar los mencionados trabajos.

Además del trabajo de Taitelbaum se extrae otra conclusión, que es la Voluntad de Paternidad, es decir la mención expresa del deseo de adquirir la paternidad del producto, es suficiente para vincularle con quienes deseen cargar con el ejercicio de la misma, puesto que es la subrogante, al menos en Argentina

procreacional. Una nueva incumbencia notarial.", Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Anual, Año 2016, No. 94, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 535-568, versión digital disponible en: <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Gestacion-por-sustitucion.-Teiltelbaum-RNCba-94.pdf>.

⁵⁹ Igareda González, Noelia, "La Inmutabilidad del Principio Mater Semper Certa Est y los debates actuales de la Gestación por Sustitución en España", Op. Cit.

quien protocoliza ante un notario su voluntad consentida expresamente de que los padres de intención adquieran los derechos de paternidad sobre el producto, esa protocolización es suficiente para poder ceder los derechos de paternidad sobre el producto que pudiere llegar a tener la subrogante, y de este modo convertirse en aquellos que tienen toda la patria potestad y reconocida paternidad del menor.

En resumen, el desprendimiento del principio “*Mater Sempre Certa Est*” es necesario en esta era moderna con el fin de que las nuevas técnicas de reproducción asistida gocen de todas de toda la protección jurídica necesaria para evitar que los productos nacidos de estas técnicas queden desprotegidos en tanto se resuelve su situación jurídica, cuando no debiera ser así, sino que los derechos de paternidad de los padres de intención debieran estar reconocidos desde el momento del nacimiento.

Se debe hacer hincapié en este último punto puesto que desgraciadamente en varios países donde se permite la figura de la Gestación por Sustitución, el Principio “*Mater Sempre Certa Est*”, impera en la legislación civil de esos países por lo tanto al ser la subrogante quien da a luz, en los certificados de nacimiento aparece su nombre, a pesar de que no tenga ninguna clase de parentesco a nivel genético con el producto y más aún incluso sobrepasa a la voluntad de paternidad expresada en el instrumento de subrogación, en ese tenor al prescindir de la regla basada en la multicitada voz latina, se podrían resolver varios de los problemas en lo que concierne a la filiación de los productos nacidos de técnicas de reproducción asistida.

Dicho esto es pertinente cerrar con el marco teórico expuesto, llegando a la conclusión de que mientras no se resuelvan los problemas clave de la Gestación por Sustitución, los cuales son la Falta de Regulación, problemas de filiación y la ausencia de coercitividad de los instrumentos firmados entre

las partes, con una legislación capaz de cubrir dichas problemáticas, no se podrá hacer operativa la figura como es debido.

Ahora bien, pasemos a otra parte medular en el presente trabajo de investigación que es el Marco Jurídico de la Gestación por Sustitución.

Capítulo III: Marco Jurídico de la Maternidad Subrogada.

3.1 Clasificación Legal.

Objetivo: En este capítulo se recoge la clasificación jurídica del contrato de maternidad subrogada atendiendo a la teoría general del contrato, así mismo, se presenta un resumen comentado de la legislación mexicana alrededor de esta figura con el fin de identificar como aborda la regulación mexicana los problemas alrededor de la figura.

La Maternidad Subrogada se reconoce como un *contrato* en las legislaciones donde está permitida y es vigente como figura jurídica, es prudente entonces partir de ésta acepción para clasificar esta figura.

Un *contrato* es un Acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones, esto según el Código Civil para el Distrito Federal⁶⁰ según los estudios de Bejarano Sánchez⁶¹, en el Código Civil Federal concretamente en su artículo 1792 se incluye al contrato dentro de los denominados convenios en general o *lato sensu*, ello porque un convenio es en realidad el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, Gutiérrez y González⁶² Añade una quinta categoría de los convenios y esa es el conservar derechos y obligaciones ahora bien, en sentido estricto, en ese la

⁶⁰ Artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁶¹ Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Harla, Sexta Edición, México, 2010, p.67

⁶² Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2001

especie contrato, se encarga sólo de transmitir y crear derechos y obligaciones, mientras que la especie convenio, en sentido estricto de aplicación, se encarga primordialmente de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

Y una obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o no hacer.⁶³

Para que un contrato tenga efectos legales, debe contar con dos tipos de elementos, los *elementos de existencia* y los *elementos de validez*.

Los elementos de existencia son aquellos por medio de los cuales el contrato efectivamente nacerá a la vida jurídica, sin estos elementos no se puede configurar un hecho jurídico susceptible de contratación debido a que sin su presencia no es posible que se configure el acto jurídico.

Ahora bien, los elementos de validez son aquellos que si bien su presencia no es necesaria para que se configure el acto jurídico, el cual ya ha nacido a la vida jurídica, sin los elementos que lo hacen válido aun cuando el acto haya nacido a la vida jurídica si carece de elementos de validez, el acto celebrado se nulifica en virtud de que no es legal, aunque tenga los elementos de existencia perfectamente bien configurados.

Como estila la introducción del presente trabajo los elementos de Existencia son los Siguietes:

- *Consentimiento*.
- *Objeto*⁶⁴.

⁶³ Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Op. Cit. p.2-18

⁶⁴ Según el Artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal.

El consentimiento, el primero de los elementos de existencia, se define como la manifestación expresa o tácita de la voluntad libre de adherirse al contenido de una oferta publicitada por otra persona.

El consentimiento así mismo, determina la Ley que puede ser Expreso o bien Tácito ⁶⁵, será expreso cuando se manifieste por escrito, verbalmente o a través de signos inequívocos de que es voluntad de las partes contratar, ahora bien, para el caso de la Maternidad Subrogada, al tener que protocolizarse el instrumento por el que se celebra dicho contrato, será en el 100% de los casos un consentimiento expreso el que se necesite para celebrar dicho contrato.

El consentimiento será tácito si resulta de hechos que supongan o tiendan a suponer que en realidad fue expresado.

El consentimiento se compone de 2 partes esenciales:

Oferta y Aceptación.

La oferta no es más que el objeto, o acto que se pone a la vista del individuo para que este acepte llevar a cabo su realización o enajenación.

La aceptación es la adhesión voluntaria al contenido de la oferta.

Lo dicho se extrae de diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal⁶⁶

En ese sentido diremos que la oferta para el caso de la maternidad subrogada, es por el lado de la subrogante el prestar el servicio de gestación a los padres

⁶⁵ Artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁶⁶ Artículos de 1804 a 1809 para ser precisos.

de intención, y los padres de intención a llevar a buen término y en las condiciones sanitarias debidas el embarazo de la subrogante así como a proporcionar todo o una parte del material genético a usarse.

La voluntad de uno contra la oferta del otro formará en última instancia el consentimiento.

Ahora bien, el siguiente elemento de existencia de este contrato es el objeto.

El objeto se define según Martínez Alfaro⁶⁷, “como el compromiso asumido por las partes en el acto jurídico sobre aquello que constituye la conducta a realizar, sea de dar, hacer o no hacer, es la obligación que se contrae en el acto jurídico”, en este caso el contrato.

En ese sentido el objeto también tiene características específicas para ser reconocido.

- *Existir en la Naturaleza (Estar determinado o ser determinable).*
- *Estar en el Comercio.*
- *Ser lícito en su motivo o fin*⁶⁸

En cuanto a la existencia del objeto en la naturaleza se dice que éste debe formar parte del mundo físico, por ejemplo no se puede vender el alma, no se puede comprar aire y debe ser determinado en cuanto su objeto o especie, por ejemplo en una compraventa de de maíz, si no se especifica la calidad del maíz que se venderá o cuanto maíz, el contrato no puede existir debido ello a que no se sabría si es maíz para ganado o bien de consumo humano, y de la sola oferta del vendedor al comprador, no se supo la clase de maíz que este necesitaba, o bien quedar obligado a comprar un volumen incierto y que

⁶⁷ Martínez Alfaro, Joaquín, “Teoría de las Obligaciones”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 32

⁶⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, “Derecho de las Obligaciones”, Op. Cit.

probablemente no pueda costear pudiendo causar daños y perjuicios con este contrato.

Estar en el comercio

Se diría a esto que La Luna por ejemplo está en el cielo, es una cosa cierta, podemos verla por las noches, podemos verla a través de fotografía espacial, pero no es un objeto válido a la hora de contratar, ¿por qué?, es simple, la luna no está en el comercio puesto que no es posible poseerla, por el incalculable valor que tiene en primer lugar, al no estar en el comercio, el objeto no es válido, por lo que todo instrumento derivado de la hipotética acción de enajenar la luna, sería ilícito por no adherirse a las convenciones legales, destruyendo 2 de los 3 elementos del objeto.

Haciendo todo lo relacionado con la enajenación del objeto Luna, inválido dado que los 3 elementos deben converger para que ese objeto sea apropiado para su adquisición o realización.

Esa controversia también llegó a presentarse en el desarrollo de la figura de la Maternidad Subrogada.

Debido al hecho de que la gestación originalmente era pagado a la subrogante, en ese sentido el acto de gestar es parte de la naturaleza humana, al principio el otorgarle un valor se veía como algo imposible por la invaluable naturaleza de la vida humana, como se dijo en la introducción del presente trabajo, se pretende en realidad que el valor lo tenga el servicio de gestación, no el útero de la subrogante, porque simplemente un órgano cualquiera que sea, no está en el comercio.

Es básicamente lo que se hace con los trasplantes, lo que se paga en realidad no es el órgano, sino los gastos derivados de la cirugía, desde el transporte

del órgano, su almacenaje, y por su puesto los honorarios del médico que presta su servicio como cirujano, pero como observamos en ningún momento realmente se ha pagado por el órgano en sí mismo.

Sólo los gastos que rodean a la cirugía los cuales también son absorbidos por la sanidad pública, como se estipula en el reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes⁶⁹

Así es como el objeto en cuestión de una cirugía de trasplante pasa a estar dentro del comercio, enmascarado como una prestación de servicios profesionales del médico y al mismo tiempo pasa como labor altruista puesto que los órganos trasplantados siempre provienen de bancos de tejidos operados por el estado mexicano a través del CENATRA (Centro Nacional de Trasplantes) en coordinación con otras instituciones de salud pública de una manera bastante inteligente.

En ese mismo sentido es lo que se pretende hacer con la Maternidad Subrogada, pagar precisamente eso, el servicio de la gestación que pudiera ofrecer la subrogante, debido a que la controversia radica en ¿Qué es realmente lo que se paga?, al principio debido a que se gratifica a la Subrogante tras entregar el producto a los padres de intención, se tenía la controversia de que lo pagado era el producto, lo cual es evidentemente violatorio de Derechos Humanos, Convenciones Internacionales y por supuesto de las leyes locales.

Por ello la figura se cambia para que la subrogación se hiciera de manera altruista, así la cesión del producto del embarazo se convertiría en una

⁶⁹ Artículos 3, 4, en todas sus fracciones, 16, 17 y 18, del suscrito reglamento entre otros, la idea central de lo mencionado es que los trasplantes están regulados como parte de la Salud Pública, y además que técnicamente no se paga por el órgano sino por los traslados, así mismo por el almacenaje y la propia cirugía.

donación, los únicos gastos generados serían por supuesto los de parto, puerperio y monitoreo ginecológico de la Subrogante.

Esto sucede alrededor del mundo, por lo que cuando llega a Tabasco, en el año 1997 va con el tinte de altruismo que la va catalogando en los países europeos.

Así, se elimina el problema del objeto que no está en el comercio, y se sortea a través de una laguna como lo es el pago de un servicio a un contrato que es en esencia un híbrido entre un usufructo y una prestación de servicios desde un punto de vista personal.

Ahora bien, otro problema que se tuvo con el objeto fue su licitud, derivada de su inexistencia en el comercio, es decir al tiempo que se intentaba cubrir la parte de la existencia en el comercio, se cubre la ilicitud que tenía puesto que en efecto al principio sonaba como si se estuviera enajenando una vida humana, desde el embrión.

Cosa la cual se prohíbe, dado que la información genética humana, en todas sus formas puras es invaluable y por ello no existe en el comercio, debido al valor intrínseco de la vida que se viene discutiendo desde la introducción del presente trabajo de investigación, todo estudio o manipulación de la misma debe ser altruista.

Entonces el pagar por el embrión es simplemente impensable en ninguna de sus etapas, el mismo problema se presentó en su momento con la implantación intrauterina de embriones fecundados *in-vitro*, los detractores apoyaban parte de la ilegalidad del procedimiento en el principio citado arriba, es decir que cualquier estudio o manipulación de la información genética debía hacerse sin fines de lucro.

En ese momento se recurrió entonces a justificar el cobro de los procedimientos de implantación como una prestación de servicios profesionales, debido a que naturalmente las personas capacitadas para realizar el procedimiento de implantación son los médicos.

Los cuales legalmente argumentaban que la manipulación no se cobraba, lo que generaba costos, como en el caso de la maternidad subrogada, eran los procedimientos tanto de implantación como de almacenaje de los gametos y de los embriones.

Se cubrían en el costo entonces el almacenaje de los gametos y los honorarios del médico para la implantación del embrión en el útero de la interesada, con ello se recurre a la laguna de la prestación de servicios como un instrumento para dotar de legalidad al proceso médico, que ha ayudado a la formación de familias que de otro modo, no hubieren sido posibles.

Para con la maternidad Subrogada se hizo lo mismo, aunque el fin último del contrato es llevar a buen término el embarazo de los Padres de Intención en el cuerpo de la Subrogante, y la posterior entrega del producto.

Los costos cubiertos en realidad son para la gestación y culminación del embarazo, no por recibir al producto, dado que como se dijo anteriormente los gametos son en realidad de los Padres de Intención, no de la subrogante que no tiene relación genética directa con el producto, por lo que lo que presta es un servicio de gestación, en el remoto caso de que la subrogante también haya donado gametos para la concepción, tendría una relación genética directa pero al ser otro de los padres de intención padre biológico de la criatura en todos los casos, simplemente lo que se hace es entregar la custodia total al otro padre con ello se puede tener al hijo como de los padres de intención de forma total.

Es decir, no se está lucrando con la vida humana, sólo con el servicio de la gestación, dado que todas las gestiones legales en la parte humana de la paternidad, en realidad se harían obedeciendo al Principio de "*Interés Superior del Menor*", siendo éste eminentemente altruista, cubriendo el problema legal.

Por ello es que contrato de Maternidad Subrogada, como está estipulado en la Legislación Tabasqueña y de Sinaloa es altruista, no se permite que se gratifique a la madre tras la entrega del producto, la única gratificación que ésta habría de recibir, sería la de tener por supuesto las atenciones gineco-obstétricas y pediátricas que tengan por fin llevar a buen término el embarazo.

Otro tipo de gratificación no está permitida, con ello el objeto de la Maternidad Subrogada se hace también, lícito.

El último de los elementos de existencia de un contrato es la Solemnidad, éste no se encuentra presente en el Contrato de Maternidad Subrogada.

Pasemos ahora a determinar los elementos de validez del contrato:

Todo contrato necesita elementos de validez, para que pueda surtir plenamente sus efectos a la hora de ser llevados a cumplimiento, dado que si un contrato es inválido pero si tiene elementos de existencia, estaremos en frente de una nulidad que coarta los efectos de dicho contrato hasta que sea eliminada la causa de la nulidad y éste pueda ser plenamente válido.

Los elementos de Validez son los siguientes:

- Capacidad de Las Partes.
- Ausencia de Vicios en el Consentimiento.
- Forma.

- Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.⁷⁰

En el contrato de maternidad Subrogada se podrían observar de la siguiente manera:

Capacidad: La capacidad se define como la aptitud del sujeto para ser objeto de derechos y obligaciones.⁷¹

Se divide en Capacidad de Goce, es decir, la aptitud de las personas para ser titulares de esos derechos y obligaciones, y en Capacidad de Ejercicio que es la aptitud para hacer válidos dichos derechos y obligaciones, ya sea por sí o por medio de representante legal para el caso de las personas morales.⁷²

En el caso de la maternidad subrogada es necesario que las partes sean ciudadanos mayores de edad para tener plena capacidad de ejercicio dado que las decisiones tomadas son de carácter exclusivamente persona puesto que son derechos reproductivos, y en ese sentido la decisión es de un carácter personalísimo por precepto constitucional, por ello es que se necesita la Mayoría de edad y plena conciencia del acto a realizar.

Esto puede verse en el artículo *380 Bis 3, Tercer Párrafo*, del *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco* que a la letra dice:

“Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria

⁷⁰ Zamora Valencia, Miguel Ángel, “Contratos Civiles”, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p.35

⁷¹ Borja Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 2006, p. 274

⁷² Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit. p. 36.

para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento”

Desde que la legislación nos restringe a un cierto rango de edades, la capacidad de ejercicio de hace necesaria, la edad base son los 25 años, por ello la capacidad de ejercicio ya es plena, así mismo es enfática en que se debe realizar con plena información del consentimiento.

En *Sinaloa*, en su *Código Familiar* se puede apreciar la exigencia expresa de la capacidad, en el *artículo 290* de dicho ordenamiento, concretamente en su *fracción II* que a la letra dice:

Artículo 290: El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

I. Ser Ciudadano Mexicano;

II. Poseer capacidad de goce y ejercicio

Como se puede apreciar el ordenamiento nos dice indirectamente que la mayoría de edad es necesaria para contratar puesto que se requiere la capacidad de ejercicio plena de las partes contratantes.

Ausencia de Vicios en el Consentimiento: Se entiende como vicios del consentimiento a aquellas circunstancias particulares que sin suprimir el consentimiento lo dañan, de tal suerte que el consentimiento en si mismo no está perfeccionado por lo que el contrato no es válido.⁷³

Se consideran vicios del consentimiento los siguientes:

⁷³ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit, p. 40-41

1. *Error*: El error es la incorrecta interpretación de la realidad.⁷⁴, el error sucede al momento de consentir, debe recaer en el hecho que da origen a la voluntad de contratar, es decir, en la cosa en si misma, en la identidad verdadera de los contratantes, entre otros factores que pueden modificar la apreciación original que se tenía en cuanto hace a la voluntad de contratar.

2. *Violencia*: La violencia se define como la coerción realizada por una de las partes hacía la otra con el objeto de obtener su voluntad para contratar, en ese sentido los medios de violencia pueden ser de todo tipo, física o psicológica, al encontrarse viciada la voluntad bajo la promesa de agresión o por una agresión directa⁷⁵, los términos del contrato evidentemente favorecerían a la parte que ejerce la coerción y dejar como valido un instrumento con un consentimiento arrancado por medio de la violencia es evidentemente absurdo, por ello los instrumentos viciados por violencia son inválidos.

3. *Mala Fe*: Se define como mala fe según el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal como: “La disimulación del error de los contratantes una vez conocido”, es decir, que a sabiendas de que una de las partes está en un error la otra se aprovecha del mismo y contrata sin notificarle a la otra de su error a pesar de haberse dado cuenta.

Por ejemplo, imaginemos a dos personas que se venden un objeto, el comprador responde al anuncio de un periódico donde decía “20 botellas de vino tinto a \$1200”, al momento de la compra, el comprador paga en dólares el valor del objeto, cuando debió pagarlo en pesos mexicanos, eso sí paga entero el valor del producto pero evidentemente a 20 veces su valor real prácticamente porque la contraria pensó que el precio estaba expresado en dólares.

⁷⁴ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit., p.41

⁷⁵ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit p. 43

4. *Dolo*: El dolo se define como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en el a alguno de los contratantes⁷⁶, en términos generales es básicamente aprovechar la inducción del error para la obtención del consentimiento.

El vicio de la voluntad en realidad no es el dolo en sí mismo sino la voluntad obtenida vía esos artificios, por lo que esa voluntad se encuentra contaminada y no es óptima para contratar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina que “El Dolo, en rigor, es tan solo el error que sufre un contratante por artes de otro o un tercero en connivencia con este, quienes pueden concretarse, además a mantenerlo en aquel en que el mismo incurrió”⁷⁷

Ahora bien, se dice que el vicio radica en los efectos que produzca el dolo más no en el dolo mismo, por lo siguiente, no hay violencia, no se aprovecha directamente la situación de la otra parte contratante, lo que se hace en realidad es recurrir a la manipulación para evitar que el otro contratante se dé cuenta de su error hasta que el instrumento contractual tiene efectos plenos y se obtiene la ventaja esperada.

Por ejemplo, en un contrato de transporte el fin último es transportar mercancías, personas, lo que convengan transportar las partes, pero imaginemos por un momento que el transportista accede a transportar un cargamento ilícito creyendo que son bienes legales, por ejemplo transporta un camión con doble fondo donde en una capa hay cajas disfrazadas de

⁷⁶ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit, p. 42

⁷⁷ Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala. Séptima Época, Volumen 57, Cuarta Parte, Pág. 25. **VICIOS DE CONSENTIMIENTO**. Amparo directo 3969/70, Florentino Hernández Villalobos, 28 DE Septiembre de 1979, versión digital disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/241/241836.pdf>.

alimentos pero detrás hay drogas suficientes como para levantar una alerta en el camión del transportista, el transportista sin embargo desde un inicio se contrató para llevar los alimentos, sin embargo, no se le permitió comprobar su carga, sin embargo, de todos modos siguió su encargo, se le presentaron los papeles, evidentemente falsos de la carga que transportaba para evitar que quisiera volver a revisar la carga, lo cual funcionó, y transportó la carga, hasta que la policía incautó la carga y lo remitió a la autoridad correspondiente.

Es un ejemplo de que dolosamente quienes contrataron al transportista, le mantuvieron en el error de que transportaría alimentos y no le notificaron el verdadero contenido de la carga que llevaba orillándole a cometer el ilícito de transportarlas, al ser las mercancías ilícitas el objeto de por si se vuelve ilegal pero aparte de ello, el hecho de que hayan ocultado la información e incluso proporcionaron papeles falsos para enmascarar el error en el que estaba el transportista, con el ánimo de que siguiera en el error de creer que transportaba alimentos a pesar de que su carga era ilícita, si el transportista no hubiera sido mantenido en el error de que transportaba alimentos, no habría dado en primer lugar su consentimiento para llevar la carga.

5. *Lesión*: El artículo 17 del Código Civil Federal reza lo siguiente: “*Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios*”

- *Forma*: La forma se define como la manera específica dictada en los cuerpos legales para poder realizar un contrato o procedimiento.

Tratándose de la Forma para el contrato de maternidad subrogada podemos encontrar 2 vertientes diferentes la primera es la que está inscrita en el Código Civil para el estado de Tabasco y la otra la del Estado de Sinaloa, que son los estados dónde se permite el procedimiento.

En Tabasco:

En su Artículo 380 Bis 5 el Código Civil para el Estado de Tabasco reza lo siguiente con respecto a la forma del contrato:

“El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código. Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre

contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.”

En Sinaloa: El artículo 290 del Código Familiar del Estado de Sinaloa reza lo siguiente en cuanto a la forma para el contrato de maternidad subrogada:

Artículo 290: El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por Las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

I. Ser Ciudadano Mexicano;

II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;

III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física 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 de la mórula, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento; y,

V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

Como podemos observar los requisitos son esencialmente los mismos en ambos estados, sólo que el primero en establecer los procedimientos fue el Estado de Sinaloa en su reforma del año 2013, Tabasco le siguió en 2016 con el establecimiento del procedimiento para llevar a cabo el contrato.

Hay otros requisitos de forma pero se abordarán más adelante debido a la división del presente capítulo por ahora se exploran someramente.

Nos queda hablar del último de los elementos de validez del contrato que es la:

Licitud en el Objeto Motivo o Fin: Ésta se define como que el objeto materia del contrato, la cosa o acción sea lícita⁷⁸ según lo establecido por las leyes locales y federales, como se vino tratando en párrafos anteriores del presente trabajo, es en resumen, que el objeto plasmado que se recibiera o en el que recaigan los efectos del contrato sea estipulable, por ejemplo no es posible enajenar 1 kilo de *Clorhidrato de Cocaína* sin que exista una consecuencia penal, porque según la *Ley General de Salud* y el *Código Penal Federal* eso evidentemente es un hecho delictuoso.

Así como tampoco es posible cometer un robo como objeto en un contrato, o el concertar que el objeto de una asociación civil fuera la comisión de múltiples ilícitos, porque ello pudiera convertirlo en delincuencia organizada.

⁷⁸ Zamora Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit. p. 47-49.

A ello es que se refiere que el objeto motivo o fin de un contrato deba ser lícito porque no debe contener disposiciones contrarias a la Ley, Salud, Paz o bien Moral Pública ello quiere decir que si cualquiera de las disposiciones que contenga con relación al objeto del contrato que se celebra, fueran ilícitas el objeto del mismo no lo sería, ergo, el objeto de dicho contrato es inválido por ello el elemento de validez de la licitud en el objeto, no se configura, y con ello el contrato es nulo.

No queda mucho más que mencionar sobre la licitud en el objeto porque se ha tratado ya cuando se habló del objeto como elemento de existencia del contrato.

Mencionados ya los elementos de Validez y de existencia de este contrato pasemos entonces a determinar las características de éste instrumento:

El contrato de maternidad Subrogada en la personal opinión de autor del presente trabajo de investigación, tiene las siguientes características atendiendo a la clasificación inicial de los contratos de Borja Soriano⁷⁹:

- Es un contrato Bilateral: Puesto que ambas partes se atienen a una obligación, en el caso de la Subrogante a la entrega del producto, y en el caso de los padres de Intención de encargarse de los gastos médicos generados por la gestación del producto.
- Es un contrato gratuito: Porque sólo una de las partes sufre un gravamen patrimonial, en este caso, son los *Padres de Intención* los que cubren los costos de la gestación y cuidados relacionados con el embarazo, si bien es cierto la subrogante carga con el trabajo gestacional, no sufre una pérdida patrimonial, en ese estricto sentido es que el contrato es Gratuito

⁷⁹ Borja Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Op. Cit., p. 129-135.

- Es un contrato Aleatorio: Puesto que, si bien ambas partes conocen sus obligaciones desde el momento de celebrado el instrumento, puede que no se suscite la entrega del producto o que este pueda no llegar a nacer, entre otras circunstancias particulares de cada caso que podrían hacer que no se cumpla la obligación de la subrogante o de los padres de intención, es por ello que es un contrato aleatorio.
- Es un contrato Principal: Puesto que no requiere de otro para poder existir propiamente.
- Es un contrato Formal: Puesto que requiere de una forma determinada por la ley para llevarse a cabo.
- Es un contrato de Tracto Sucesivo: Debido a que no se entregará al producto al momento de la firma del instrumento sino que será entregado en cuanto termine el embarazo, en ese estricto sentido, el tracto sucesivo entra al no perfeccionarse de manera instantánea el intercambio de prestaciones sino que se irán perfeccionando a lo largo del tiempo, es decir, las consultas y cuidados de la subrogante por ejemplo sucederán durante todo el embarazo día con día, mes con mes, entonces allí entra lo sucesivo en la celebración del contrato.

Entonces dicho esto observamos que en efecto la *Maternidad Subrogada* es un contrato, porque *es un acuerdo de voluntades* en el cual dos partes, una la subrogante o madre sustituta y la otra los receptores, o padres de intención, acuerdan entregar prestaciones mutuas las cuales se pactan en la realización del instrumento.

Quedando debidamente clasificado como contrato, la especie *Maternidad Subrogada*, como se ha venido mencionando es permitida sólo en 2 estados de la república mexicana los cuales son Tabasco y Sinaloa.

Por lo que a continuación pasaremos a desglosar el marco jurídico para la figura en la República Mexicana.

3.2 Marco Jurídico Nacional:

En la República Mexicana la figura de la maternidad subrogada está presente en 2 cuerpos legislativos de manera permisiva y en otros tres de manera prohibitiva:

La lista de cuerpos legislativos que permiten la Maternidad Subrogada es la siguiente:

Código Civil para el Estado de Tabasco.

Código Familiar para el Estado de Sinaloa.

Los Códigos pioneros merecen una especial atención en el presente trabajo, por lo que se les atenderá en secciones aparte, es importante mencionar, que la tanto la Cámara de Diputados Federal, así como la Cámara de Senadores ha querido en múltiples ocasiones legislar en torno a ésta figura.

El día 23 de Febrero de 2017 la Dip. Marcela Contreras Julián, nuevamente propone una iniciativa para regular la Maternidad Subrogada como en su momento propuso como diputada Local en la Ciudad de México⁸⁰, dónde se modificarían diversos artículos para poder llevar a cabo la figura, el sentido de ésta iniciativa es eminentemente permisivo y determinado a proteger a las subrogantes y a los Padres de Intención en todo momento.

⁸⁰ Contreras Julián, Maricela, “Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma y Adiciona la Ley General de Salud”, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, Publicada en el diario de los debates del día 23 de Febrero de 2017, versión digital disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Así mismo en 2018, la entonces senadora ministra emérita Dra. Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, por parte de la bancada panista, formuló otra iniciativa en materia de técnicas de reproducción asistida, en esta un dato interesante para resaltar es el hecho de que se centra en el problema de la falta de control del uso de dichos métodos y tiene un corte permisivista con restricciones bien delimitadas, así mismo, confía en la creación de un órgano de registro nacional que lleve el control de dichos procedimientos⁸¹

Estas Iniciativas se encuentran en discusión al día de hoy.

Es preciso también mencionar que la Maternidad Subrogada tiene su sustento constitucional en el *artículo 4 de nuestra Constitución Política* este aparte de consagrar la equidad de género, el acceso al agua y alimentos, garantizar la salud, entre muchos otros, consagra también los derechos reproductivos de los ciudadanos mexicanos, concretamente en su segundo párrafo a la letra lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”*⁸²

Desprendiéndose de esa afirmación tuvo lugar la creación de los postulados sobre maternidad subrogada en los diferentes estados que la llevaron a cabo, el argumento con la base constitucional era que el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos era un derecho que la biología humana muchas veces llegaba a coartar, en el mejor de los casos se esperaba que la adopción fuera el remedio, pero debido a lo largo de las gestiones y a lo inaccesible del trámite.

⁸¹ Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley general de salud, en materia de reproducción humana asistida”, Gaceta del Senado, Publicada en el diario de los debates del día 20 de Noviembre de 2018, versión digital disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf

⁸² Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Se optó por poner a éste método que estaba utilizándose en los países Europeos y en el Primer Mundo Americano (Gran Bretaña y E.U.A) como una opción viable para aquellas familias que incluso parecían ser resistentes a los tratamientos de fertilidad.

Ofreciéndoles la posibilidad de finalmente ejercitar de manera eficiente su derecho a la reproducción, el problema surge cuando el contrato de Maternidad Subrogada tiene como base en términos simples, que otra mujer acceda a gestar un hijo que genéticamente no es suyo, o en el caso de otro tipo de subrogación, en efecto el producto si fuera su hijo, ¿Realmente se respeta la voluntad reproductiva de la Subrogante?, ¿O es que al tiempo de que los padres de intención ejercitan sus derechos reproductivos, coartan los de la subrogante?

Esta polémica lideró por mucho tiempo la idea de la Maternidad Subrogada en México, y más cuando se supo de la existencia de grupos que en efecto traficaban con los menores de embarazos de madres “productoras”, es decir mujeres que eran explotadas para estar gestando permanentemente sin importar el riesgo que ello implicara a su salud para ganar sumas millonarias por los menores que eran entregados a parejas de todo el mundo.

Todo ello antes de quedar las leyes en su estado actual.

Pasemos entonces a revisar la actualidad de las leyes que regulan éste contrato.

3.2.1 Tabasco:

Tabasco es el estado pionero en materia de gestación subrogada en México, la reforma pionera se dio tras la publicación en el periódico oficial de ese estado, ahora bien esto sucede en 1997⁸³, que son 22 años después del primer caso registrado de Gestación Subrogada en el mundo.

Por bueno que hubiere sido el esfuerzo de los legisladores tabasqueños para con esta figura, quedó escuetamente redactada, puesto que sólo se añadieron 4 párrafos al artículo 92 del Código Civil de Tabasco.

A dicha reforma le siguió otra del 2016⁸⁴ dónde se añade un capítulo VI Bis al mencionado Código Civil de Tabasco dónde se dieron lineamientos específicos tanto para las partes contratantes como para los médicos tratantes a la hora de realizar específicamente éste procedimiento.

Se incluía también la participación de la autoridad judicial, específicamente el Juez de lo Familiar dado que a partir de esa reforma la subrogación para legalmente dar paternidad a la pareja receptora, se debe estar a lo dispuesto para la adopción plena en dicho estado.

Sin embargo, también ahora se dan las características específicas que debe tener el instrumento de subrogación, el cual se define como un contrato en ésta legislación, también se plantea que los instrumentos fueran elevados a escritura pública para poder ser llevados a cabo.

⁸³ Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Decreto No. 205 “Se Aprueba el Código Civil Para el Estado de Tabasco, Op. Cit.

⁸⁴ Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Decreto No. 265 “Mediante el cual se Adiciona el Capítulo VI Bis denominado “De la Gestación Subrogada y Asistida”, Publicado el 13 de Enero de 2016, p. 4-15, versión digital disponible en: http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf

Así mismo se establecen nuevos requisitos médicos para poder llevar a cabo el procedimiento, los cuales tienen que ser corroborados en todo momento por un “médico tratante”, que será el mismo durante todo el procedimiento el cual realizará todas las gestiones sanitarias de las que se requiera.

Algo de igual manera interesante es que se plantea responsabilidad civil en caso de cualquier ilícito tanto para el notario que de fe al instrumento como para el médico tratante que mienta sobre cualquiera de los requisitos para llevar a cabo el procedimiento en la parte médica.

Algo que destacar es que así como trajo beneficios para las partes al hacer relativamente más seguro el instrumento y procurar sanciones a quienes cometieran ilícitos con la elaboración de los instrumentos o en la realización de los procedimientos como tales.

Han sido también interpuestas terribles restricciones a los procedimientos haciéndolos difíciles de realizar e inalcanzables para algunos sectores de la sociedad de los cuales hablaremos con posterioridad.

El Marco Jurídico para el Estado de Tabasco en torno a la Maternidad Subrogada ha sufrido varios cambios desde 1997 que fue el año dónde comenzó a ser vigente la figura, comenzó con una reforma al Artículo 92 del *Código Civil para el Estado de Tabasco*, en dónde se le añadieron el 2°, 3°, 4° y 5° párrafo para hacer mención del procedimiento, el artículo 92, queda como sigue⁸⁵:

⁸⁵ Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Decreto No. 205 “Se Aprueba el Código Civil Para el Estado de Tabasco, Op. Cit.

“ARTÍCULO 92.-

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

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

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material

genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

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

Esa fue la primer Reforma para permitir el procedimiento de Maternidad Subrogada, el gran problema surge cuando observamos que no hay una forma determinada para realizar el procedimiento, sólo hay conceptualizaciones y la mención enunciativa de que el proceso existe y se permite, pasarían 19 años para que el procedimiento fuera incluido en el Cuerpo del Código Civil..

Ahora bien, en otros artículos del mismo Código Civil para el Estado de Tabasco se contempla la filiación de los hijos nacidos del procedimiento como en los siguientes numerales:

“ARTÍCULO 347.-

Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

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

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

En este otro artículo se observa que la mujer que se presume como madre del producto en caso de participar una segunda mujer en el proceso reproductivo es aquella que contrata para con la otra, es decir, que en este artículo el principio “*Mater Sempre Certa Est*”, es cuestionado y puesto en tela de duda, con toda razón ya que la madre de intención precisamente tiene como fin último criar al producto final de la gestación, lo que nuevamente nos remite al concepto de Teitelbaum⁸⁶, sobre la voluntad de paternidad que correctamente añaden los legisladores tabasqueños como presupuesto de filiación.

“ARTÍCULO 360.-

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”

Aquí es interesante como se deja libre la posibilidad de que el hombre que donó el semen para el procedimiento pueda reconocer al hijo como suyo, cuando sea desconocido por el esposo de la madre de intención en caso de haberlo, una medida proteccionista para el menor muy interesante, el punto es que los datos personales del donante pueden quedar expuestos, fuera de ello, es desde un punto de vista personal un acierto.

La epítome sin embargo de la legislación en el estado de Tabasco se da a partir de la Reforma del Año 2016 mencionada arriba, con la inclusión de un

⁸⁶ Teitelbaum, Horacio, “El Colapso del Dogma Mater Sempre Certa Est frente a la nueva voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial.”, Op. Cit.

nuevo *Capítulo VI Bis* en la legislación Civil del Estado, el cuerpo legislativo se halla de los artículos *380 Bis al 380 Bis 7*, los cuales se citan a continuación.

“ARTÍCULO 380 Bis.

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.”

Ahora bien, de este artículo se entiende la definición de Reproducción Humana Así mismo menciona que existe la posibilidad de tener una diversidad genética en cuanto al uso de los gametos durante alguno de los procedimientos de reproducción humana asistida ya que menciona que la inseminación puede ser homóloga o heteróloga es decir, que pueden usarse gametos de personas distintas a los contratantes para ser usados en los procedimientos de inseminación o fertilización.

Por lo que plantea el escenario de que los Padres de Intención puedan no ser fértiles ello abre la posibilidad de que se puedan utilizar donantes para

completar los procedimientos, así mismo pueden utilizarse los gametos de los cónyuges en caso de que alguno de estos muera si se da su consentimiento.

“ARTÍCULO 380 Bis 1.

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.”

Este artículo nos indica el método como se deberá llevar a cabo la Gestación por Sustitución al tiempo que nos define la figura y sus limitantes, siendo importante mencionar que la limitante del procedimiento es únicamente la imposibilidad médica, es decir que los contratantes no pueden realizar el procedimiento por voluntad propia sino por motivos médicos.

Lo cual desde un punto de vista personal es una buena idea así se evita que las subrogantes sean explotadas con embarazos múltiples sin razón, ello debido a que al ser únicamente dable hacer el procedimiento por indicación médica, se evita que el procedimiento se lleve a cabo sin necesidad, es decir por simple capricho de las partes.

“ARTÍCULO 380 Bis 2.

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

- I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y
- II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.”

Este artículo nos indica las variantes que pueden presentarse en un procedimiento de maternidad subrogada que puede ser utilizando el material genético de la misma subrogante y el de una persona diferente es decir de alguno de los padres de intención o bien, simplemente portar el embrión que lleva los genes de ambos padres de intención

“ARTÍCULO 380 Bis 3.

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y

obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.”

Este artículo nos dice los requisitos para ser subrogante, y la forma que deberá revestir el contrato de maternidad subrogada, así como también nos dice que

autoridades deberán emitir los dictámenes médicos para determinar que en efecto los contratantes están médicamente impedidos para concebir, así mismo el artículo contiene plazos para informar en cuanto suceda cualquier cosa relacionada con el procedimiento, así mismo establece una limitante en cuanto al número de veces que la subrogante podrá ser partícipe en el procedimiento de subrogación.

“ARTÍCULO 380 Bis 4.

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.”

“ARTÍCULO 380 Bis 5.

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
- IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y
- V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados. Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.”

La redacción de este numeral desde un punto de vista personal nuevamente, resulta de lo más atinada, puesto que al limitar el número de embriones implantados, se evita la posibilidad de que a la gestante se le deje la responsabilidad de atender hijos “no encargados” al producirse un pacto múltiple, ya que desde el momento de elaborar el instrumento de subrogación, se entendería que la Voluntad de Paternidad existe por el lado de los Padres de intención y con ello están comprometidos desde el momento de la firma del instrumento a que ambos infantes en este caso, sean su responsabilidad por ser parte de su prole.

Igualmente la firma del instrumento ante notario público es un requisito interesante porque hace pública la cesión de los derechos de paternidad, y ello robustece cualquier presunción de paternidad en favor de los padres de intención, sin embargo dicha cesión no es coercitiva como la mayoría de los instrumentos de Maternidad Subrogada alrededor del mundo, pero ello es por la especial naturaleza emocional que envuelve a esta figura y que como se dijo antes, es de un tratamiento muy especial por lo que hace a los lazos maternos que pudieran llegar a darse entre la gestante y el producto.

La limitación de nacionalidad contenida en la Fracción I de este numeral es un acierto, porque evita el turismo reproductivo con fines de explotación.

Pero por otra parte impide que otros seres humanos ejerciten sus derechos reproductivos, entonces desde un punto de vista personal, es posible que se pueda abrir esta figura a extranjeros con un correcto control y registro de las subrogantes y las medidas de protección necesarias para evitar los abusos entre las partes, como la correcta asesoría médica, psicológica y legal desde un comienzo para ambas partes, así como el hecho de que la subrogantes

tengan una autorización especial por parte del estado para someterse al procedimiento, y controlados estos factores se minimizaría el abuso porque la voluntad de las partes si bien es cierto sería libre, no se daría en las mismas condiciones de desigualdad que en otros estados donde existe una evidente ventaja escolar y socioeconómica de los padres de intención contra la subrogante.

Así mismo, incluir requisitos de nulidad específicos para el instrumento contratado se evitan los abusos en contra de los subrogante puesto que es la parte más vulnerable, al tiempo que se protege también a los propios padres de intención.

“ARTÍCULO 380 Bis 6.

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.”

Ahora bien, este artículo en particular es una contradicción, puesto que en el Artículo 347 del Código Civil para el Estado de Tabasco, se observa que el Principio “*Mater Semper Certa Est*” se descarta puesto que según la redacción de este artículo se presume al hijo producto de gestación por sustitución como hijo de la Madre de intención, entonces, ¿por qué devolvemos a esta regla romana? Considerando que existe esa presunción, el tener que adoptar al infante es una complicación innecesaria puesto que hay medios de prueba suficientes para fortalecer dicha presunción en favor de la Madre de Intención,

desde un punto de vista personal, es mucho más sencillo, realizar la anotación referida en el certificado de nacimiento y colocar los nombres de ambas mujeres, ocupando el lugar de madre, la Madre de intención y crear un espacio de gestante en los mismos, donde se inscribiría el nombre de la gestante pero consolidar el nombre como madre en la constancia de alumbramiento como el de la Madre de intención con ello se puede prescindir de trámites innecesarios.

Para proteger los derechos de la gestante que no pudiese desprenderse del producto, simplemente se prorrogaría la emisión del certificado de nacimiento, con el fin de que previa sesión terapéutica y acuerdo de voluntades final, se decida si esta última entrega al producto, en ese caso, se haría otra anotación en el certificado de nacimiento, donde en el nombre de la gestante se le diera la calidad de madre del producto. Y con ello pasara a ser su responsabilidad completa y total.

Por ello se considera a la redacción del presente numeral desatinada por contradictoria.

“ARTÍCULO 380 Bis 7.

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso. Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen. Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.”

Esta Reforma ve la luz en pleno 2016, es decir, 19 años después de la reforma de 1997, y por supuesto después de la dura crítica que se mencionó algunos párrafos más arriba de que el estado de Tabasco sirvió como modelo de inseguridad a la hora de celebrar este contrato por su falta de legislación procedimental para éste.

Ahora bien, algo interesante es que el procedimiento es prácticamente igual al del segundo Estado que regula este contrato, el cual abordaremos a continuación.

3.2.2 Sinaloa

En el Estado de Sinaloa, el contrato de Maternidad Subrogada se regula en un código más especializado en lugar de un Código Civil se regula en un *Código Familiar*, éste ve la luz en 2013 tras un decreto del ejecutivo del estado⁸⁷, en varios títulos del código se recogen los preceptos regulatorios de este procedimiento.

Estos son los numerales relativos a la Maternidad Subrogada:

⁸⁷ “El Estado de Sinaloa” Órgano Oficial del Gobierno del Estado, Op. Cit.

“Artículo 198. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida.”

Este Numeral se halla en el Título Quinto en su Primer Capítulo, sobre el Parentesco.

El hecho de que la filiación y el parentesco de los productos nacidos por técnicas de reproducción asistida sea equiparado al consanguíneo es bastante interesante ello debido a que pone a los productos nacidos de la técnicas de reproducción asistida en la misma situación que los hijos nacidos del matrimonio.

“Artículo 240. La filiación es la relación existente entre el hijo y sus progenitores. En relación a la madre, se le denomina maternidad: respecto al padre, se le denomina paternidad. La filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción y ambas surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres.”

La filiación se trata en el Título Octavo Primer Capítulo del Ordenamiento y reafirma lo contenido en el artículo anteriormente estudiado.

En ese mismo *Título Octavo* pero en su *capítulo Quinto*, se encuentran reguladas las técnicas de reproducción asistida y la *Maternidad Subrogada*.

Quedando dichos artículos como sigue:

“Artículo 282. Se entiende por reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.

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

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que esta Ley exige, para efectos de inseminación post mortem.”

Este artículo nos indica que se entiende como maternidad subrogada, así mismo nos dice que se realiza a través de las instituciones de salud, en relación con las partes también nos dice que clase de filiación se tiene entre los productos nacidos por las técnicas de reproducción asistida, además de ello nos menciona que clase de inseminaciones y fecundaciones se pueden llevar a cabo, es un modelo extremadamente parecido a lo que establece el artículo 380 Bis del Código Civil de Tabasco.

“Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es

subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.”

Este artículo establece el límite de veces que la Maternidad Subrogada puede llevarse a cabo por cada gestante, así mismo, los requisitos de salud y edad que estas deben tener hasta el momento de la contratación, también aunado a ello, se establece que el procedimiento solo puede llevarse a cabo por problemas de salud de la gestante, para concebir, no por alguna otra causa.

Ahora bien, la limitación médica es de nueva cuenta y desde un punto de vista personal, un acierto debido a que impide la explotación de las posibles subrogantes, sin embargo, es dable decir que con el correcto control regulatorio, la gestación subrogada por motivos diversos a lo médico es posible de ser llevada a cabo sin demasiados riesgos por parte de la subrogante involucrada así como también protegiendo a los padres de intención.

Pero para dicho fin, primero es necesario un modelo totalmente funcional para llevar a cabo la gestación subrogada, de otra forma, las posibles lagunas legales devenidas del procedimiento, así como los posibles riesgos que de ello provengan podrían superar con creces los beneficios si no se protege de forma integral a las partes.

“Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

- I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;
- II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;
- III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,
- IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.”

En este artículo se enlistan las modalidades que puede tener la gestación subrogada, lo que es destacable es que este artículo propone y da cabida a la subrogación onerosa, la cual eminentemente es vista como un servicio, y cuya relación jurídica termina con la entrega del producto a los padres de intención entonces, es dable decir que para todos los efectos la legislación sinaloense entiende que el altruismo en cuanto hace a la Gestación Subrogada tiene un límite y debido a ello propone que el objetivo de la reproducción de hijos biológicamente emparentados, sea alcanzable para otras parejas que no pudieran tener a una subrogante que se ofreciera a realizar de forma altruista el procedimiento siendo necesario encontrar a una subrogante que evidentemente en relación al servicio prestado, no debiera quedar sin una compensación como pudiera serlo el recibir los gastos médicos por ejemplo o bien, recibir una compensación monetaria de decidirlo así las partes.

“Artículo 285. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social

del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.

La madre subrogada gestante, deberá acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.”

En este artículo se establece que la subrogante debe acreditar ser viable para ello al vivir de forma recta y sin vicios, así como verificar que éste no fuere su primer embarazo, además de ello esto se debe demostrar a las autoridades a través de un trabajador social y además de ello por parte de las autoridades sanitarias que explicarán las certificaciones en materia de salud de la gestante que sean necesarias para que ésta última pueda contratarse para dicho fin.

“Artículo 286. Las personas casadas no podrán donar espermatozoides u óvulos artificialmente a madre portadora, ni a reclamar la progenitura, a no ser que obtuvieren el consentimiento de su cónyuge. Pero en el caso de que demandaren la paternidad o maternidad, no podrán recibir la custodia del producto de la inseminación, salvo por la incapacidad o muerte de la madre y siempre con la anuencia del cónyuge.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de la maternidad subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.”

Este artículo establece que los contratantes deben contratarse de manera personal, sin que medie representante, además de ello establece un límite para la donación de gametos como espermatozoides y óvulos entre personas casadas para con la subrogante que es el hecho de que se done con el consentimiento del otro cónyuge.

De otro modo no se pueden donar gametos de personas casadas a las subrogantes.

“Artículo 287. El instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.”

En este artículo se reitera la firma personal que debe existir entre las partes firmantes del instrumento, asimismo, se reitera la firma del instrumento como instrumento público además de que firman todas las partes no solo los subrogantes sino también el director de la institución de salud en donde se vaya a realizar el procedimiento.

“Artículo 288. Es nulo el Instrumento para la maternidad subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; y,
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.”

Este artículo nos habla acerca de la nulidad que acarrearán los instrumentos de Gestación Subrogada y los supuestos en los cuales dichos documentos serán nulos.

“Artículo 289. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica, informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.”

El presente artículo habla acerca de las responsabilidades y obligaciones que deberán cumplir los profesionales de salud que traten a las parejas contratantes y a las subrogantes.

“Artículo 290. El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- I. Ser Ciudadano Mexicano;
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;
- III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física 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 de la mórula, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento; y,
- V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.”

Este artículo nos habla formalmente de las obligaciones de las subrogantes para con los padres de intención, y de los requisitos formales que estas deben revestir para poder llevar a cabo el procedimiento.

“Artículo 291. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.”

Este artículo habla de la obligación del médico tratante para con la subrogante de garantizar la salud de la subrogante así como su viabilidad para el procedimiento de subrogación antes de su realización.

Personalmente es de la opinión del autor del presente trabajo que la protección debe ser extensiva a todas las etapas del embarazo con el fin de garantizar que se cumpla con el objetivo de la misma.

“Artículo 292. La mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios, deberán hacerse los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados.”

Este artículo habla en efecto del esquema de protección de salud previo al procedimiento que deberán practicarse las partes.

En la opinión personal del autor del presente trabajo de investigación este artículo es innecesario puesto que bastaba con una añadidura en el numeral anterior que garantizara la salud física del resto de las partes.

“Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que

el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.”

Este artículo nos habla acerca de que se debe dar aviso a la secretaría de salud y al oficial del registro civil para que la filiación del hijo no nato se contemple como hijo de o de el contratante que se sometió al procedimiento.

“Artículo 294. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido.”

Este artículo nos habla de que en lugar de anotarse los nombres de la madre subrogante o gestante en el certificado lisa y llanamente se deberá hacer la anotación de que el producto nació por medio de una técnica de reproducción humana asistida., también nos dice que las alusiones a la madre se entenderán como hechas a la subrogada gestante, es decir la subrogante.

En ese estricto sentido, y en opinión personal del autor del presente trabajo de investigación hay un problema, puesto que si bien es cierto la gestante ha sido quien llevó al niño en su vientre, salvo que se trate de un caso de subrogación parcial y ella desee criar al producto o bien exista derivada de un caso de subrogación total la voluntad de criar a ese producto, no hay razón para que las acotaciones de madres no sean para la madre de intención porque en

resumidas cuentas sería ella quien criaría al producto y a su vez a quien legalmente le debieran pertenecer los derechos que rodean al producto.

“Artículo 295. El instrumento para la maternidad subrogada carece de validez, cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso.”

El artículo habla de la responsabilidad civil para el caso de nulidad del instrumento así mismo los casos en los que puede reclamarse y deja a salvo los derechos para acudir a la vía penal a denunciar lo que ocurriese

“Artículo 296. También puede la mujer gestante, demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.”

Este artículo nos habla de que la subrogante en efecto puede también interponer una demanda por responsabilidad civil para con los padres de intención por incumplimiento de sus obligaciones médicas para con la subrogante o bien por afecciones derivadas de una inadecuada atención médica

“Artículo 297. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen, de acuerdo a las disposiciones de este Código y los Códigos Civil y Penal vigentes.”

Este artículo nos habla acerca de que los médicos tratantes que realicen el procedimiento sin consentimiento de las partes se harán acreedores a las responsabilidades civiles devenidas de este y a las penales que les pudieran corresponder.

Con el estudio de estos artículos se puede notar que el parecido a los procedimientos tabasqueños es excepcional, podríamos decir que se ha copiado el modelo sinaloense a la legislación tabasqueña, aunque por supuesto aún existen lagunas en las leyes de ambos estados pero el esfuerzo legislativo puede observarse en la seguridad que proporcionan los instrumentos de subrogación.

Ahora bien, otro punto importante a considerar es que las Secretarías de Salud de los Estados como se desprende de los artículos mencionados arriba, en todos los casos son las que se encargan de revisar, señalar, evaluar y autorizar las políticas y métodos en materia de Salud Pública, por lo que será competencia de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México (SEDESA) el establecimiento de la política pública en esta materia así como de autorizar y evaluar los métodos que serían utilizados para la práctica y mantenimiento tanto de las técnicas de Reproducción Asistida así como de los mismos embriones y de su tratamiento.

Esto se observa de la transcripción del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal en sus fracciones II, III, VI, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV y XX del mencionado artículo que dicen lo siguiente:

“Artículo 29.- A la Secretaría de Salud corresponde el despacho de las materias relativas a la formulación, ejecución, operación y evaluación de las políticas de salud del Distrito Federal.

Específicamente cuenta con las siguientes atribuciones:

- II. Coordinar la participación de todas las instituciones de los sectores público, social y privado en la ejecución de las políticas de salud del Distrito Federal;
- III. Planear, organizar, dirigir, operar, controlar y evaluar el Sistema de Salud del Distrito Federal
- VI. Coordinar, supervisar y evaluar los programas y acciones que en materia de salud realicen las Delegaciones del Distrito Federal;
- VIII. Formular y desarrollar programas locales de salud, en el marco del Sistema Metropolitano de Atención a la Salud y del Sistema de Salud del Distrito Federal conforme a los principios y objetivos del Programa General de Desarrollo del Distrito Federal;
- IX. Planear, dirigir, controlar, operar y evaluar los servicios de atención médica y salud pública
- XI. Planear, dirigir, controlar, operar y evaluar las instituciones de prestación de servicios de salud a población abierta;
- XII. Organizar y ejecutar las acciones de regulación y control sanitario en materia de salubridad local;
- XIII. Organizar, operar y supervisar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refiere la Ley de Salud para el Distrito Federal;
- XIV. Planear, operar, controlar y evaluar el Sistema de Información de Salud del Distrito Federal
- XX. Las demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.”

En los estados que se mencionan a continuación la figura de la maternidad subrogada está eminentemente prohibida o padecen las peores deficiencias, sin embargo, es necesario estudiar los artículos relacionados con la figura para poder contemplar mejor el porqué de ese panorama prohibicionista

3.2.3 Querétaro.

En el estado de Querétaro estos son los artículos del Código Civil para el Estado de Querétaro relacionados con la figura de la maternidad subrogada.

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

De la lectura de este artículo se entiende que la Gestación Subrogada se encuentra prohibida entre aquellos que realizan una adopción de embriones, sin embargo, al no encontrarse en el cuerpo de dicho ordenamiento mención específica de la prohibición de la misma sino simplemente dejar al aire la utilización de la figura, así como la filiación de los hijos nacidos dentro de un matrimonio producto de esta técnica.

En los artículos siguientes se menciona a los hijos producto de la reproducción asistida:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, de manera natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

La persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida, con contribución de donante o donantes, tendrá el derecho, cuando adquiera la mayoría de edad, de conocer la identidad de sus padres biológicos. En los casos de adopción se estará a lo dispuesto por este Código.

La revelación de la identidad del donante, en los supuestos en que proceda con arreglo a la ley de la materia, no implicará determinación legal de la filiación.”

En este artículo se hace mención de que la protección a los derechos de las personas se hace extensiva incluso desde la concepción aparte de ello menciona que los productos nacidos de estas técnicas tienen el derecho de conocer la verdadera identidad de sus padres biológicos cuando sean mayores de edad, además por supuesto del hecho de que ello no generará un cambio en la filiación.

El punto medular de este artículo es su mención a técnicas de reproducción asistida, lo cual quiere decir que técnicamente no prohíbe alguna o regula otra, todas son susceptibles de utilizarse, el único problema es que no se hace por la inmensa laguna legal que existe en su utilización.

“Artículo 312. Se presumen hijos de los cónyuges:

III. Los hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello.

Se presume revocado el consentimiento, por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que se ratifique el consentimiento, por ambas partes, de que se reconozca como hijo de matrimonio el producto derivado de la aplicación de dichas técnicas.

Ni el marido ni la mujer, cuando previa y expresamente hayan prestado su consentimiento a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.”

De lo dispuesto por este artículo se entiende que se entienden como hijos de los cónyuges incluso los nacidos a través de métodos de reproducción asistida

entre tanto la pareja haya dado el consentimiento para ello de no ser así el hijo no será reconocido como propio del matrimonio.

Esos son los artículos que hablan sobre la figura de la maternidad subrogada en el estado de Querétaro como se puede ver existen menciones pero no una regulación eficiente en dicha materia.

En el estado siguiente la figura tampoco está prohibida, pero eso sí tampoco puede llegar a su conclusión de forma favorable.

3.2.4 Coahuila de Zaragoza.

En el estado de Coahuila no existe una expresa prohibición acerca de la maternidad subrogada de hecho sería factible que pudiera realizarse pero en realidad debido a contradicciones dentro de la redacción de los artículos que la regulan.

La figura de las Técnicas de Reproducción asistida en los siguientes artículos, pero no del Código Civil de la entidad ya que este fue derogado como se dijo anteriormente⁸⁸, sino en la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza concretamente en su artículo 268, el cual a la letra dice:

“Artículo 268. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo padre o madre.

También existe parentesco por consanguinidad, entre la hija o hijo producto del uso de técnicas de reproducción asistida y la pareja que las emplea, o sólo la mujer que haya procurado el nacimiento. A ellos y ella les será atribuido

⁸⁸ Vid. Nota 29

el carácter de padres o madre respectivamente. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y la hija o hijo producto de la reproducción asistida.

En la adopción se equiparará al parentesco por consanguinidad, aquél que existe entre la o el adoptado y la o el adoptante, sus parientes y sus descendientes.”

Como podemos ver de este artículo, la Ley familiar de Coahuila en efecto permite que los productos nacidos de métodos de reproducción asistida tengan parentesco por consanguinidad con los padres de intención sin embargo hay que hacer notar que hay una contradicción garrafal concretamente en el segundo párrafo de la misma, puesto que si bien reconoce a los productos nacidos de un método de reproducción asistida, con parentesco consanguíneo también nos indica que el parentesco es igual con la mujer que haya procurado el nacimiento, siendo así ambos biológicamente son hijos de los padres, y sus derechos de paternidad son exactamente iguales, por lo que derivaría en una controversia legal determinar el parentesco final de un hijo nacido por la vía de la Gestación por sustitución.

Haciendo a la figura, fundada sí pero inoperante en la vida práctica

3.3 Jurisprudencia.

La jurisprudencia relativa a la Gestación por sustitución es relativamente nueva, en realidad.

El común denominador que tiene es que fue concedida para parejas homoparentales además de ello interviene el interés superior del menor.⁸⁹⁹⁰ Y el ejercicio de las libertades públicas mientras no impacten el libre desarrollo de la personalidad, en ese sentido, puede decirse que se aplicó la máxima que establece que “mi derecho comienza donde comienza el del otro” en ese estricto sentido debe entenderse que las libertades personales como la reproductiva en el caso particular de la figura de la maternidad subrogada no destruyen una por la otra sino que conviven con la misma fuerza, por ejemplo, para el caso de la gestante, su derecho comienza cuando decide aceptar el contrato que le propone la madre de intención, así mismo su derecho reproductivo su ejercicio dentro de este contrato termina cuando no decidiera aceptar finalmente el contrato de maternidad subrogada, es decir, su

⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época, Libro 34, Tomo I, Pág. 6. ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO. ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS. Acción de Inconstitucionalidad 8/14, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche., 23 de Septiembre de 2016, versión digital disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=100000000000&Expresion=2012587%2520&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2012587&Hit=1&IDs=2012587&tipoTesis=&Semanaario=0&tabla=&Referencia=&Tema=&fbclid=IwAR2gNb8yWH-jExdfZAEGw2-r0A5gVmTAIWpMg9WTdD5s1UoX2GCxaZQJMyQ

⁹⁰ Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala. Décima Época, DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. Amparo en Revisión 237/2014, Josefina Ricaño Bandala y Otros, 4 de Noviembre de 2015, Amparo en Revisión 1115/2017, Ulrich Richter Morales, 11 de Abril de 2018, Amparo en Revisión 623/2017, Armando Ríos Piter, 13 de Junio de 2018, Amparo en Revisión 548/2018, María Josefina Santacruz González y otro, 31 de Octubre de 2018, Amparo en Revisión 547/2018, Zara Ashely Snapp Hartman y Otros., 31 de Octubre de 2018, versión digital disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2019355&Clase=DetalleTesisBL>

consentimiento es la máxima expresión del ejercicio de la libertad personal de la reproducción.

Así mismo, la madre de intención inicia el ejercicio de su derecho cuando se pone en contacto con la subrogante y le propone contratar para que esta lleve en su vientre al embrión de ésta última, y su derecho termina en el momento en que la subrogante en ejercicio de su libertad personal reproductiva decida negarse a contratar con ella, de esta manera los derechos coexisten sin dañar el uno al otro, la llave de su coexistencia es el consentimiento que ambas partes deban expresar para contratar una con la otra, puesto que la reproducción es un derecho personalísimo

Recientemente en 2018, la Corte también se pronunció a favor de conceder el Amparo a la revisión de número 553/2018, ello porque se determinó que en efecto la gestación subrogada atendiendo justamente a una de las Jurisprudencias mencionadas, existen varios tipos de familia no sólo una bajo ese razonamiento el ministro José Ramón Cossío Díaz, resolvió bajo esas y otras diversas consideraciones⁹¹

En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió tras una revisión el Amparo y protección de la Justicia Federal a estas parejas homoparentales los cuales evidentemente ejercitaban sus derechos reproductivos de forma justificada y amparada por nuestro pacto federal

Ahora bien, es necesario mencionar también que dichos criterios jurisprudenciales al estar basados en la premisa de que las parejas homoparentales pueden tener los mismos derechos reproductivos que las

⁹¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Fragmento del Proyecto de Sentencia del Amparo en Revisión 553/2018”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, México, Versión Digital Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181023.pdf

parejas que heterosexuales, es por ello que de crearse un modelo eficiente en materia de gestación subrogada habrá de ser uno que pueda tener en cuenta las necesidades de estas nuevas parejas.

Extrayendo de lo dicho que para empezar es necesario que el contrato de maternidad subrogada llene determinadas lagunas jurídicas como lo es el hecho de que los instrumentos firmados carecen de fuerza coercitiva, además de ello existen lagunas para la protección total de las partes como una protección psicológica real que pueda evitar con ello que el procedimiento no termine en conflicto entre las partes, ahora bien, también es muy necesario establecer un sistema de control estatal que permita un registro eficaz de las personas que participan en estos procedimientos para que con ello se pueda evitar que se realicen fuera de la Ley, sin mencionar que igualmente se necesita un sistema para una correcta determinación del parentesco entre las parejas contratantes y los productos que nazcan para evitar conflictos legales por la guardia, custodia y patria potestad de los menores.

Con ello quedan cubiertos los aspectos legales de este contrato, pasemos ahora a hablar sobre la actualidad de este contrato en la república mexicana.

Capítulo IV: Planteamiento Final del Problema y Propuesta.

Objetivo: En este último capítulo se presenta una recapitulación de la problemática actual de la figura en México relacionada con los antecedentes expuestos en los capítulos anteriores, así mismo, se presenta la propuesta de ley para la regulación de la gestación subrogada en la Ciudad de México

4.1. Recapitulaciones en la Actualidad Mexicana.

4.1.1 Panorama General en México

En general en la actualidad la figura de la maternidad subrogada tiene varios allegados y detractores, en el estado de Querétaro como se menciona páginas

arriba en el presente trabajo de investigación, la postura que se tiene ante ésta técnica de reproducción asistida es notoriamente prohibitiva, es decir no existe procedimiento alguno para llevarla a cabo, se permite en su lugar una figura llamada *“Adopción de Embriones”*, en su código civil de 2009 y el que se encuentra aún vigente en el capítulo dónde se habla de la mencionada técnica, la definición tan sólo es básicamente la de la maternidad subrogada, como se puede apreciar en la siguiente comparación:

En su artículo 399 el *Código Civil para el Estado de Querétaro*, reza lo siguiente:

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

Si se atiende a esta definición, y se contrapone a la de la figura de la maternidad subrogada se entiende que son excepcionalmente similares.

“El término de maternidad subrogada se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él”

Los términos como se observa tras la contraposición de los mismos simplemente la figura tiene el mismo propósito el de llevar a cabo el proceso de gestación en otro vientre pero ésta última figura de la *“Adopción de Embriones”*, no permite que la madre subrogante aporte material biológico para el embarazo pero en esencia el procedimiento sería igual que en una

subrogación estándar sin genes de la subrogante, en ese sentido realmente la figura de la legislación queretana es una subrogación disfrazada por así decirlo como otra figura, no es extraño debido a los valores de la entidad, era natural que existiere una tendencia prohibitiva, la cual se podría decir es sagazmente ocultada en una iniciativa y figura de nombre diferente, las limitantes de ésta figura son las mismas que existen en los estados dónde se encuentra regulada la Maternidad Subrogada, es decir, aplica sólo a parejas heterosexuales con disfunciones reproductivas médicamente comprobadas, sin embargo, en ésta última figura queretana algo que es de remarcar es que se permite a concubinos, cosa que en los estados donde existe la figura no se permite, lo que más hace destacar a ésta figura de *“Adopción de Embriones”*, es que los embriones que se vayan a gestar, deberán proceder de embriones congelados previamente es decir, si hubieren embriones sobrantes de una anterior implantación intrauterina de embriones *“in vitro”*, estos son los que podrían ser implantados a la gestante y no otros bajo ninguna circunstancia, es decir los embriones de donantes que se podrían implantar en una subrogación estándar no entrarían en ésta figura, y se tomaría como ilegal su implantación.

Esta figura es una muestra de que el panorama general en México no es excluyente al avance de las técnicas de reproducción asistida pero los valores públicos de las entidades federativas son los que impiden hasta cierto punto una homologación de la figura de la maternidad subrogada.

Otro ejemplo de lo que podría llamarse una *“inclusión limitativa”* es la iniciativa de ley que se tenía pensado incluir en la *“Ley General de Salud”* sobre la regulación de las *“Técnicas de Reproducción Asistida”* dónde en efecto se habla sobre ellas desde la *“Fecundación In vitro”* hasta la *“Maternidad Subrogada”*, de la cual hemos hablado anteriormente que tiene un corte claramente permisivo pero restrictivo, igualmente se plantea que el contrato se haga sin fines de lucro e incluso propone que para mayor seguridad, recordando el caso expuesto páginas atrás en Montpellier, Francia, que

preferentemente sea un familiar quien preste su vientre para estos efectos así en teoría se podría evitar la explotación de las madres subrogantes que en algún tiempo fueron blanco de la delincuencia organizada, con bandas que se encargaban de explotar la figura de la subrogación durante sus primeros años, plagiando mujeres de todas las etnias y nacionalidades, con el fin de tenerlas en un permanente estado de gestación y vender, a los productos por cantidades irrisorias que los hacían en extremo atractivos para los extranjeros deseosos de cumplir su deseo de maternidad.

Debido a ello, y que originalmente la Maternidad Subrogada no regulaba la materia de la gratificación de la Subrogante básicamente algunas mujeres usaban la Subrogación como un “modus vivendi” entonces ello podría haberse convertido en un problema de salud pública, dado que la población del estado originario de la Maternidad Subrogada se cuenta entre una de las más pobres a nivel nacional, por lo que muchas mujeres con o sin esa intención podrían haber hallado en la Subrogación un ingreso seguro (Es prudente mencionar que la falta de regulación en las gratificaciones fue lo que llevó a la Reforma del Código Civil de Tabasco de 1997 que es cuando comienza en dicho estado a surgir la figura de la maternidad subrogada) ello fue un foco rojo en la época dónde se promovió la iniciativa mencionada, sin embargo entro en vigor poco después la regulación como queda al día de hoy en el Código Civil del Estado de Tabasco y ello ha dejado la mencionada iniciativa paralizada, ya que si se lee la actualmente vigente Ley General de Salud, los artículos que menciona la iniciativa mencionada, no han sufrido a la fecha del presente trabajo, reforma alguna, la iniciativa promovida como ya se dijo por la Dip. Maricela Contreras Julián, sin embargo dicha iniciativa se encuentra en discusión a la fecha del presente trabajo, debido a que a la fecha de la promoción se había hecho ya una reforma sobre los “Focos Rojos” que perfilaba corregir la iniciativa en el estado dónde tenía su razón y sustento que era la inexistente regulación de la figura en el estado de Tabasco, dado que la iniciativa fue promovida inicialmente en 2015 pero no es sino hasta 2017 que es otra vez promovida

pero para este entonces y tras la reforma de 2016 si somos observadores la iniciativa ha perdido su objeto es por ello que muy probablemente no prospere.

Pero ha sido un gran avance a nivel Federal para poder dirigir los esfuerzos a una homologación de la figura a nivel Nacional.

Dado que de haber prosperado la iniciativa, la regulación de la Maternidad subrogada hubiera estado dada a un Nivel Federal y con ello se hubiera conseguido un cierto nivel de homologación.

En otros estados de la república como se ha dicho en el presente trabajo de investigación, también se han trabajos acerca de la Figura de la Maternidad Subrogada pero han sido de un carácter prohibitivo y ello por supuesto afecta a las entidades dónde se ha dado ésta prohibición al tener que acudir sus pobladores a otros estados e instancias para poder tener acceso en caso de requerirlo a la figura.

Entonces para concluir éste subtema podemos decir que el país se encuentra dividido entre la prohibición y la aceptación de la figura, ello en principio por los valores de la entidad dónde se dé la discusión al respecto, seguidamente de las lagunas que existen en las actuales regulaciones al respecto mientras estas existan puede concluirse que la aceptación de la figura estará aún en suspenso a un nivel Nacional.

Ahora bien, pasemos a analizar la actualidad de la figura en el estado dónde todo comenzó.

4.1.2 Tabasco

Tabasco es el estado originario para la figura de la Maternidad Subrogada, que comienza en el año de 1997, de ahí al 2016 que se dio la reforma al Código Civil del Estado de Tabasco para lograr la mejor regulación de la figura, hubieron bastantes casos de irregularidades muchos de ellos fueron informados a través de periódicos como: *“La Jornada”*, *“Excelsior”*, *“El Universal”*, entre otros, por ejemplo el periódico *Excelsior* en su artículo titulado *“Corte atrae caso de vientres rentados”*⁹²

Se aprecia un poco de la situación actual de la figura en el estado, como se había dicho inicialmente, en dicho artículo se habla de lo que se mencionó unas páginas más arriba, es decir, del problema que existía con las bandas dedicadas a la explotación de mujeres, un extracto de dicho artículo reza lo siguiente:

“El Coordinador de Asuntos Jurídicos de Tabasco, Juan José Peralta Fócil, reveló que dos mujeres en Tabasco que rentaron su vientre y dos bebés (gemelos) que nacieron bajo este método resultaron contagiados de VIH y fueron dejados a su suerte.

“Ahorita tenemos a una tabasqueña con sida que el sector salud tiene que hacerse cargo de ella para proteger su vida, porque la abandonaron. En el otro caso, la señora con sida muere uno de los gemelos, vive el otro, pero ya también contagiado de SIDA, y el sector salud, cuidando, porque las abandonan,” expresó.

En entrevista el funcionario estatal acusó que en Tabasco existen mafias que se dedican a rentar vientres en otras partes del país y traen a las mujeres para que los bebés nazcan en Tabasco.

⁹² Reyes, Juan Pablo, “Corte atrae caso de Vientres Rentados”, Periódico Excelsior, Nacional, Ciudad de México, 5 de Marzo de 2017, versión digital disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/03/05/1150193>

Señaló que extranjeros que recurrieron a la técnica violan la ley.”

Observando el presente artículo, puede notarse que las autoridades en efecto conocían del problema, ese fue el primer hecho por el que la reforma de 2016 fue llevada a cabo, sin embargo en la última frase que acuñó el funcionario entrevistado, cae en un error casi imperceptible, *“Los extranjeros que recurrieron a la técnica violan la Ley”* antes de la reforma evidentemente no, puesto que no existía expresa regulación pero la figura estaba permitida, era común que los contratos privados con diferentes redacciones pulularan entre las agencias de subrogación que operaban en el estado (*La cuales se dice, aún continúan operando ilegalmente*) pero no se caía en un ilícito puesto que no había una forma, regla o procedimiento violado incluso cuando los contratos eran tan distintos entre sí, entonces al hablar en tiempo pasado, ¿no estaría invitando a la aplicación de la retroactividad en perjuicio de las personas?, lo cual evidentemente sería violatorio de nuestra Constitución Política en su artículo 14 primer párrafo que a la letra dice: *“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”*

Si consideramos que la reforma en cuestión no entró en vigor sino hasta el *16 de Enero de 2016*, es violatorio de este precepto cualquier acción en contra de quienes previamente habían ya celebrado contrato de Maternidad Subrogada, sólo los celebrados con posterioridad serían ilegales.

De este punto en particular habla igualmente el citado artículo, otro extracto del mismo reza lo siguiente:

“Hoy en Tabasco hay al menos 15 personas, en su mayoría extranjeros, que tienen bebés nacidos de un vientre de alquiler y que no pueden registrar a los pequeños, pues el gobierno les niega el acta de nacimiento, lo que incluso vulnera los derechos humanos de los menores.

El punto medular por el que se les está negando el registro deriva de una reforma legislativa de enero del año pasado que indica que el contrato de

gestación subrogada no puede ser realizado por personas que no son mexicanos.

Sin duda, el gran problema es que los contratos se firmaron previo a la entrada en vigor de la ley y por lo tanto hemos documentado que el Estado está aplicando la ley de manera retroactiva y usa como excusa la negativa del registro siendo que los niños tienen todo el derecho, por haber nacido en México”, explicó a Excélsior Regina Tamés, directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE).

Ante esta situación, la gestación subrogada en Tabasco está en un limbo jurídico pues, a pesar de que hay una legislación local, no existe regulación federal, lo que ha derivado en este conflicto con ciudadanos extranjeros que habían alquilado un vientre en nuestro país antes de enero de 2016.

Esto ha dado como resultado que, al día de hoy, entre diez y 15 bebés no hayan sido registrados en ese estado del país, ante la negativa del gobierno para emitir sus actas de nacimiento pues fueron gestados en vientres de alquiler durante 2015 y nacieron tras la entrada en vigor de las reformas al Código Civil.

Y es que hasta enero del año pasado, el estado de Tabasco contemplaba en su Código Civil la gestación subrogada para parejas mexicanas, así como para extranjeros, sin embargo, tras una reforma a la ley dicha práctica quedó permitida solamente para los connacionales.

A raíz de esta modificación al Código Civil, el gobierno de la entidad se ha negado a registrar a varios recién nacidos argumentando que fueron concebidos fuera de la ley, ya que quienes se ostentan como sus padres son extranjeros.”⁹³

Como se puede observar en el presente extracto, la razón de ser del artículo es dar cuenta a la sociedad civil del hecho de que los menores que nacieron si bien es cierto antes de la reforma pero durante su entrada en vigor se

⁹³ Reyes, Juan Pablo, Op. Cit.

encuentran atrapados en un asunto por demás deplorable puesto que a consideración de un servidor la Constitución es muy clara, la retroactividad no debe ser en perjuicio de ninguna persona por lo que la decisión de retrasar la expedición de las actas de nacimiento de los bebés ya nacidos, es en realidad algo por demás decepcionante por parte de las autoridades y que evidencia su inadecuado conocimiento de la aplicación de la Ley debido, lo peor es que estos casos siguen vigentes hoy en día, diarios de alcance internacional como: “*The New York Times*”, “*El País*”, entre otros han dado a conocer en sus respectivos países el mismo caso en reiteradas ocasiones de la mano del más sonado de los afectados el señor Michael Theologos⁹⁴, un residente de nacionalidad griega en la Ciudad de Nueva York, el cual a través una agencia de Subrogación concibió a su hijo Alexandros, al día del nacimiento el niño es sustraído del hospital por personal del DIF en Tabasco y retenido durante 40 días en una Casa Cuna, posteriormente a la subrogante se le inicio una Carpeta de Investigación por Tráfico de Menores y todo el proceso se detuvo por completo, aún hoy día no hay una solución para dicho conflicto puesto que al niño aún no se le ha expedido un acta de Nacimiento, para tramitar el pasaporte que necesitaría para volver a los Estados Unidos con su padre.

El problema fue tal, que se encuentra a la fecha en trámite una Acción de Inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la acción 16/2016, presentada por el titular de PGR, la Corte sin embargo hizo la clasificación de reserva temporal de dicho escrito, es decir por ahora el escrito y los autos son clasificados y no están al alcance del público en general.

Dicha acción de Inconstitucionalidad estiba, por lo poco que se sabe, en la reforma del año 2016 del código civil de Tabasco, considerándola violatoria,

⁹⁴ Burnett, Victoria, “Las nuevas restricciones a la gestación subrogada en México dejan a decenas de familias en el limbo”, *The New York Times*, América Latina, Villahermosa, Tabasco, México, 27 de Marzo de 2017, versión digital disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/03/27/las-nuevas-restricciones-a-la-gestacion-subrogada-en-mexico-dejan-a-decenas-de-familias-en-el-limbo/>

pide la declaración de invalidez de las normas que establecen los requisitos para el otorgamiento de células germinales y que denuncian una omisión legislativa por no establecer un criterio económico en el contrato de gestación, está a cargo de la ponencia de la ministra Norma Lucía Piña Hernández.

La cuestión del no establecimiento de un criterio económico en la opinión personal del autor del presente trabajo, podría hacer que reviva la polémica entre la legalidad y la ilegalidad del contrato, puesto que al volver a establecer un interés económico determinado el contrato se volverá de nuevo lucrativo y podría prestarse a malas interpretaciones.

Este es el panorama de la figura en el Estado de Tabasco y como se puede observar, una homologación, aunada a mejores y más eficientes leyes en la materia podrían hacer que la figura fuera aceptada de mejor manera entre el público general convirtiéndose en un recurso al alcance de todas las parejas con problemas de fertilidad para poder cumplir su deseo de tener un hijo.

Pasemos a analizar la actualidad de la figura en el otro estado dónde ésta se permite.

4.1.3 Sinaloa.

El estado de Sinaloa tuvo un interesante cambio en el año 2013, al convertirse en el segundo estado de la república donde la Maternidad Subrogada se permitía, así mismo, en el primero en el que la figura como tal quedaba regulada en un contrato, con una forma y requisitos definidos, con ello sobrepasando o intentando sobrepasar las lagunas que se hallaban en el estado de Tabasco con un éxito relativamente alcanzado, existen carencias aún en la legislación sinaloense, pero tal pareciera que en la práctica la figura ha sido bastante exitosa puesto que después del 1 de Octubre de 2015, fecha en la que se firmó el primer instrumento de éste tipo, no ha habido casos como

los que se presentaron en Tabasco, al contrario, podría decirse que sólo ha obtenido críticas favorables, la historia más destacada sobre el tema, viene del congreso local donde recientemente una de las bancadas del congreso pensó en someter para su aprobación una iniciativa para prohibir la figura ya regulada en el código familiar, pero el intento no ha prosperado, en realidad el modelo sinaloense al menos a la fecha parece haber superado a sus detractores debido a que en la práctica no tiene muchas quejas realmente y todas son verdaderamente asuntos de forma, en los tribunales no hay casos como los vistos en el Estado de Tabasco, sólo algunas lagunas en cuanto a la parte de altruista del contrato que si bien el Código Familiar de Sinaloa marca que debe ser altruista el contrato, no expresa prohibición como tal para las gratificaciones, hecho que probablemente también en la práctica es una causa del éxito de la figura.

Como se puede observar, en el estado de Sinaloa realmente la legislación en materia de Gestación Subrogada parece por el momento estar siendo suficiente para su población, el tiempo será el encargado de determinar las fallas que en la práctica pudiera tener la figura.

Pasemos a analizar entonces la figura en la Ciudad de México.

4.1.4 Ciudad de México

En la Ciudad de México no queda mucho más que decir de lo que se ha tratado con anterioridad, la Ciudad no tienen una Ley que regule la figura, hay una iniciativa de ley que se llevó ante la ALDF pero no ha prosperado, nada se ha resuelto sobre ella, algunos la ubican de hecho como aprobada por el pleno pero no publicada aún por lo que no ha entrado en vigor si es que fue aprobada, hay sólo una iniciativa, del año 2009 que es la que nos compete, el modelo planteaba una regulación muy parecida a la que actualmente rige a Sinaloa aunque no prosperó, pero hubiere sido un enorme paso para ésta

Ciudad de México, en virtud de que le habría dado una Ley a la vanguardia legislativa, eso sí con muchas deficiencias por desgracia, pero habría sido un buen esfuerzo legislativo.

Hoy en día la Ciudad de México es una ciudad de avanzada, cosmopolita y un destino turístico importante pero podría sin dudas mejorar.

En la Ciudad de México existen filiales de agencias de Subrogación Extranjeras, el trámite por obvias razones legales no se realiza en México pero al operar aquí y recibir clientes significa que existe un mercado de clientes potenciales, lo que significa más viajes, más necesidad de centros de reproducción asistida y con ello más empleos y una derrama económica poderosa.

El que la Ciudad de México no cuente con una Ley de Maternidad Subrogada, pero la figura no esté prohibida en ella permite que existan lagunas las cuales podrían regularse y con ello aprovecharse, la única mención real de la figura en la legislación de la Ciudad de México se halla en el *Código Civil para el Distrito Federal* concretamente en su artículo 162, que a la letra dice:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”

Como se puede notar en la parte resaltada los cónyuges pueden emplear cualquier medio de reproducción asistida para lograr su descendencia, por ello en teoría la figura de la Maternidad Subrogada está permitida en la Ciudad de México bajo el principio general de derecho que reza que *“Lo que no está*

prohibido está permitido” técnicamente no hay restricción en el uso de ésta técnica si bien no existe regulación activa sobre ella.

Otro punto que debemos considerar es que la Ciudad de México es un “*Punto Amigo*” para la comunidad Lésbico-Gay, cuyos miembros, entre sus deseos más fervientes se encuentra tener una familia, si bien la adopción para parejas homoparentales está permitida desde hace un tiempo en la ciudad, y es otro medio para que las parejas médicamente comprometidas puedan tener un hijo, la absurda cantidad de trámites que se solicitan son un punto fuerte en la deserción de las parejas en sus intentos por adoptar.

Por ello es que las parejas ven a la reproducción asistida como una estrategia más viable para poder conseguir descendencia propia y en menos tiempo.

Sólo deberán esperar la gestación de su hijo en el vientre de la subrogante, o someterse a una fecundación in vitro para ello.

Ello vuelve a la Figura de la Maternidad Subrogada una enorme posibilidad a explotarse en la Ciudad de México, la cual considerando los estándares de vida actuales, la cada vez más distante relación de las personas de contraer un compromiso formal de matrimonio pero desean tener un hijo o concubinos que deseen tener hijos, e incluso personas solteras que desearan hacerlo, o como originalmente se contempla en las legislaciones actuales, parejas que simplemente por algún defecto orgánico no pueden concebir o gestar por sí mismas, se les ofrecería una alternativa evitándoles los gastos de traslado y otros accesorios al tener que partir de su estado de origen para llevar a cabo el contrato para poder tener en el lugar dónde viven la posibilidad de tener un hijo con su material genético.

Con eso se cubre la situación actual de la figura en la República Mexicana.

Sacando conclusiones interesantes sobre las lagunas que falta por cubrir en el aspecto de la regulación de la figura.

En vista de ello se puede pensar que es profundamente necesario que se legisle en esta ciudad sobre la figura de la Maternidad Subrogada.

Para ello y como objetivo del presente trabajo, en las páginas posteriores ofreceré al lector un modelo personal para la Ley de Maternidad Subrogada para la Ciudad de México.

Y posteriormente plasmaré las conclusiones a las que he llegado con motivo del presente trabajo de investigación.

Sin más dilación dejo al lector con el objetivo y propuesta central del presente trabajo de investigación.

La propuesta de un modelo de Ley que regule la Maternidad Subrogada en la Ciudad de México.

4.2 Ley de Reproducción Asistida de la Ciudad de México.

Como se ha repetido en el presente trabajo de investigación, es necesario establecer un mejor criterio sobre la maternidad subrogada, para evitar que las carencias y lagunas originen problemas como los que se presentaron en su momento en la legislación del estado de Tabasco, y que en su momento resolvió el estado de Sinaloa el emitir una legislación pionera en su época, sin embargo existen varios puntos flacos aún en ambas legislaciones por lo que una Ley Especializada se haría necesaria para subsanar estos puntos, por lo

que en el presente trabajo de investigación se expone la propuesta de dicha ley especializada a llamarse:

“Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad de México”

Quedando como sigue:

Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad de México.

Capítulo I: Generalidades

Artículo 1.- La presente Ley es de carácter obligatorio y de interés social.

Artículo 2.- La presente Ley será de observancia obligatoria en la Ciudad de México y tiene por objeto:

I.- El control de los elementos de reproducción asistida en la Ciudad de México.

II.- La definición y regulación de los métodos de reproducción asistida.

III.- Las restricciones aplicables para el uso de los métodos de reproducción asistida que contemplen el uso de gametos distintos a los de o de alguno de los padres de intención.

IV.- La lista de requisitos necesarios para el uso de cada uno de los métodos de reproducción asistida.

V.- La regulación de los métodos artificiales de reproducción asistida

VI.- La definición de las partes contratantes en los diferentes métodos de reproducción asistida.

VII.- La integración de los mismos a los servicios de salud en la Ciudad de México.

VIII.- La determinación del Parentesco de los Productos Nacidos a través de Reproducción Asistida.

IX.- El establecimiento de las penas para los delitos y/o ilícitos civiles que se pudieran cometer dentro del desarrollo del proceso de un Método de Reproducción Asistida.

X.- Brindar a las partes contratantes las mayores garantías de seguridad jurídica que necesiten para llevar el proceso de reproducción asistida en cualquiera de sus formas de la forma más satisfactoria posible.

Artículo 3: La presente Ley de Reproducción Asistida, tendrá como ejes de acción los siguientes:

I.- La protección del interés superior de los menores producto del empleo de técnicas de reproducción asistida.

II.- Garantizar la Salud, Seguridad y Protección de los Derechos humanos de los menores producto del empleo de técnicas de reproducción asistida, así como de las madres últimas de los mismos.

III.- Garantizar la Salud, Seguridad y Protección de los Derechos Humanos de las Subrogantes, u otros participantes terceros interesados en el desarrollo de los métodos de Reproducción Asistida.

IV.- El Registro y Gestión de una Base de Datos actualizada con registros de:

- a) Las Subrogantes que cumplen con los requisitos que exige la presente Ley para poder llevar a cabo el proceso de subrogación.*
- b) Los donantes de Material Genético, (Óvulos y/o espermatozoides), y las instituciones dónde reposan dichas muestras.*
- c) Los Médicos autorizados a practicar dichos procedimientos.*
- d) La Lista de Hospitales y Clínicas Públicas y Privadas que estén autorizados para practicar dichos procedimientos.*
- e) La lista de participantes de cada uno de los métodos de reproducción asistida y la causa de su participación.*
- f) La lista de los participantes, médicos e instituciones que hayan incurrido en alguna conducta ilícita de las que describe la presente Ley, para control judicial*
- g) Los datos de las Subrogantes sanas y los donantes de material genético, estarán clasificados como confidenciales y anónimos excepto para las parejas de intención participantes en proceso de reproducción asistida que involucre su material genético, solo para efecto de cambio de Patria*

Potestad al momento de la emisión de las actas de nacimiento para los padres de intención.

V.- La preservación y seguridad del material genético de los donantes así como de sus datos personales.

VI.- La habilitación de instituciones de salud del sector público para llevar a cabo estos procedimientos.

VII.- Garantizar la Seguridad y Sanidad dentro de la práctica de dichos procedimientos en conjunto con las instituciones de Salud Pública de la Ciudad de México.

IX.- La rápida resolución de la Situación Jurídica de los menores producto del empleo de técnicas de Reproducción Asistida.

Artículo 4.- Los procedimientos de Reproducción Asistida, permitidos en la Ciudad de México serán determinados por la presente Ley de la Siguiete Manera:

Para la Asistencia Natural: Engloba los métodos que se utilizan para llevar a cabo la implantación y desarrollo de manera natural del producto en el cuerpo de la madre de intención, sin mayor invasión que la ayuda a la implantación de los gametos en el útero

Asistencia Artificial: Engloba los Métodos que fuera del cuerpo de la madre de intención, unen los gametos y posteriormente los implantan de manera directa en el útero para su posterior desarrollo dentro del cuerpo de ésta o bien de otra persona dispuesta al desarrollo y gestación del embrión en su cuerpo.

Artículo 5.- Será Labor de los Jueces de Registro Civil en conjunto con la institución donde se haya dado el parto del producto de reproducción asistida, el realizar los cambios pertinentes en las Actas de Nacimiento para la correcta determinación del parentesco final del producto.

Artículo 6.- Será labor de las instituciones de Salud, donde se dé el parto de los Productos de Gestación Asistida, la expedición de certificados de nacimiento dónde se aclare el método de Reproducción Asistida usado para la concepción de dicho producto si se utilizó y los participantes en éste último, así mismo el nombre de la madre, en caso de Subrogación maternal, será el

de la Madre de intención en tanto el producto no sea producto de una subrogación parcial, en cuyo caso se asentará el nombre de la subrogante como madre del producto, en tanto esta no ceda dicho derecho a la Madre de Intención, caso en el cual esta aparecería como madre, en el certificado de nacimiento mencionado para efecto de la determinación final del parentesco en los juzgados del Registro Civil.

Así mismo, será labor de las instituciones de salud el conservar para los mismos fines un Documento único de Asistimiento, en el cual se deberán asentar los datos de los participantes en la forma de reproducción asistida elegida, será la única ocasión, donde estos datos se asienten, salvo por lo que hace a los certificados de nacimiento en los casos de gestación asistida (Maternidad Subrogada)

Artículo 7.- El Acta de Nacimiento expedida por los Jueces del Registro Civil con respecto a los Productos de la Concepción por vía de algún método de Reproducción Asistida, por ningún motivo deberá contener anotación al respecto de la vía de concepción del menor registrado, aunque los certificados de nacimiento usados como referencia para su emisión deberán conservarse digitalmente así como los Documentos Únicos de Asistimiento, para efecto de que llegada la mayoría de edad o en caso de permitírsele su (s) padre (s) o tutor (es), si por motivo alguno el menor o adulto producto de la utilización de algún método de reproducción asistida deseara acceder a la información sobre su origen biológico y realizar alguna corrección en lo que respecta a su acta de Nacimiento pueda contar con los datos necesarios para ello.

El derecho al que hace mención éste artículo es imprescriptible en todos los casos.

La aplicación del presente artículo está restringida a los menores producto de concepción usando gametos distintos al de alguno o de ambos los padres de intención, en lo que respecta a la aclaración de actas de nacimiento.

Artículo 8.- El parentesco de los productos resultantes de algún método de reproducción asistida con los padres inscritos en las actas de nacimiento, será equiparable al consanguíneo.

Así mismo, como precaución adicional, las partes que contraten deberán tener cobertura psicológica alrededor del procedimiento antes, durante y después de la gestación del embrión que fuere a nacer por alguno de los métodos de Reproducción Asistida que esta Ley prevé

Capítulo II: Sobre los métodos de Reproducción Asistida.

Título I. Generalidades

Artículo 9.- Se entiende por método de Reproducción asistida, toda aquella práctica médica encaminada al nacimiento último de un producto viable de una pareja o persona con problemas para generar una concepción natural o bien con problemas para garantizar la viabilidad del producto concebido bajo condiciones naturales con el fin de lograr por completo el proceso de reproducción.

Artículo 10.- Los métodos para la reproducción asistida permitidos en ésta Ciudad de México serán los siguientes:

- a) Inseminación Artificial.*
- b) Fecundación In Vitro.*
- c) Adopción de Embriones.*
- d) Maternidad Subrogada.*

Artículo 11.- Se entiende por:

Padres de Intención: A las parejas que utilizan gameto o gametos, o bien útero (s) ajeno (s) a los propios, con el objeto de concebir a un producto que tenga parentesco equiparado al consanguíneo con estos últimos.

Gameto (s): Material genético reproductivo humano, llámense óvulo(s) o espermatozoides conservados o de reciente extracción.

Subrogantes: Se entiende por subrogantes a las mujeres que en los términos de la presente Ley, presten el servicio de gestación a los padres de intención que opten por utilizar el método de la maternidad subrogada para concebir, en cualquiera de sus modalidades.

Inseminación Artificial: Método por el cual se depositan los gametos masculinos en la vagina de la mujer por medios mecánicos, con el fin de

sortear obstáculos biológicos vencibles para los espermatozoides que impidan su tránsito natural por el canal vaginal, con el objeto de lograr una concepción natural.

Fecundación In Vitro: Método por el cual los gametos se unen de manera artificial fuera del útero de la mujer que en última instancia llevará al embrión concebido de ésta forma, en éste método se sortean los obstáculos que impiden una concepción natural, ya que el embrión se concibe en un entorno controlado, posteriormente se transfiere al útero de la gestante dónde completará su desarrollo.

Adopción de Embriones: Método por el cual los padres de intención, podrán de un banco de embriones crioconservados (formado a partir de donaciones de embriones supernumerarios de fecundaciones in vitro de parejas que hayan decidido donarles), elegir uno para su implantación en el útero de la madre de intención o en el de otra gestante, con el fin de completar el proceso de gestación del embrión y que éste pase a ser reconocido como hijo de los padres de intención.

Maternidad Subrogada: Método mediante el cual, los padres de intención, solicitan de una lista avalada por las instituciones de salud pública, los servicios de una subrogante autorizada para que lleve a cabo la gestación de un embrión concebido in vitro en cualquiera de las modalidades que ésta ley lo permita, con la intención de llevar su gestación a término y que el producto pase a ser reconocido como hijo de los padres de intención.

Embrión Supernumerario: Dícese de aquel embrión que ha no ha sido implantado en el útero de la mujer que se ha sometido a fecundación in vitro, debido al éxito en la implantación de uno u otros embriones generados a partir de ésta técnica.

Documento Único de Asistimiento: Cédula expedida por la institución médica autorizada para llevar a cabo el método de reproducción asistida, en la cual se asientan los datos de los solicitantes, donantes de material genético en caso de haberlos y de la subrogante en caso de existir, con el fin de conservar un registro detallado del procedimiento y proteger la seguridad jurídica del

producto de ésta forma concebido y de los participantes en éste, bajo la consideración de que la elaboración y expedición de dicho documento, implica que los participantes quedan por autorizados para llevar a cabo el método que ampare dicha cédula el cual deberá expedirse si y sólo sí en la opinión de médico tratante las personas que deseen someterse a un procedimiento de reproducción asistida son viables para ello.

Título II: Métodos de Asistencia Natural

Capítulo Único: Sobre la Inseminación Artificial.

Artículo 12: La Inseminación Artificial será llevada a cabo en los centros autorizados para ello, corresponde a la SEDESA la elaboración de los criterios para la autorización de las clínicas Privadas o del Sector Público para llevar a cabo éste procedimiento.

Artículo 13: El procedimiento puede llevarse a cabo en dos modalidades:

Inseminación Simple: Se utilizan los gametos provenientes de una pareja heterosexual, casada, o en comprobado concubinato, o bien en sociedad en convivencia, que desee someterse al tratamiento.

Inseminación Compleja: Se utilizan gametos masculinos provenientes de donantes previamente seleccionados por los padres o en caso concreto por la madre de intención, de donantes anónimos de un banco de gametos, para la fecundación de un óvulo de la madre de intención, éste procedimiento puede aplicarse para parejas de mujeres del mismo sexo, mujeres solteras que así lo soliciten, parejas heterosexuales dónde sólo los gametos masculinos sean inviables para su inserción en el canal vaginal por cualquier razón médica.

El parentesco del producto final del embrión concebido mediante el uso de ésta técnica, para el caso de la inseminación simple será consanguíneo con ambos padres de intención.

Para el caso de la inseminación compleja, en el caso de la madre que haya llevado a término el embarazo será enteramente consanguíneo, puesto que el gameto usado para ello ha sido producido por ésta última, el donante tendrá parentesco al emitirse el acta de nacimiento del producto sólo si la madre de intención llegase a mutuo acuerdo con el donante, de otro modo, se

conservará anónima la identidad del donante, salvo en el documento único de asistimiento, para los efectos enmarcados en el segundo párrafo del artículo 7 y tercer párrafo del artículo 6 de la presente ley y el parentesco se entenderá del padre de intención en caso de las parejas heterosexuales, o de la otra mujer miembro de la pareja lesbiana solicitante.

Para el caso de las solicitantes solteras, el parentesco consanguíneo en caso de haberlo expresado así el donante, será de la solicitante únicamente.

Artículo 14: Los requisitos para solicitar la inseminación artificial serán:

- a) Tener más de 25 años cumplidos.*
- b) Gozar de Buena Salud (Solo comprobable sobre certificado médico expedido por institución de salud autorizada para llevar a cabo los procedimientos de reproducción asistida), EN EL CASO DE LA MADRE GESTANTE.*
- c) En el caso de la inseminación compleja, se solicitará que los donantes de semen forman parte del padrón de un banco y que las muestras sean aportadas por éstas instituciones y por supuesto que aporten los datos de los donantes.*
- d) Así mismo en el caso de las parejas heterosexuales que utilicen el método por inviabilidad médica de los espermatozoides del futuro padre de intención, deberán demostrar dicha inviabilidad por certificado médico expedido por institución médica autorizada para practicar procedimientos de reproducción asistida.*
- e) A todas las parejas y solicitantes solteras se les solicitará un panel de estudios de laboratorio encaminado a localizar afecciones de riesgo a la salud pública (VIH, Hepatitis, Rubéola, Sarampión, entre otras), transmisibles al feto en su etapa prenatal con el fin de lograr su correcta culminación.*
- f) Cumplidos los requisitos mencionados en el presente artículo y con apego a los resultados de los exámenes médicos, el médico tratante deberá elaborar un informe inicial que contenga todos los datos sobre la valoración clínica de los solicitantes junto a las precauciones especiales*

en caso de existir que debieran seguir éstos últimos para lograr la viabilidad del producto.

- g) Tras la entrega de dicho informe, se elaborará el *Documento Único de Asistimiento*

Título III: Métodos de Asistencia Artificial.

Capítulo I: Sobre la Fecundación In Vitro:

Artículo 16: La Fecundación In Vitro será llevada a cabo en los centros autorizados para ello, corresponde a la SEDESA la elaboración de los criterios para la autorización de las clínicas Privadas o del Sector Público para llevar a cabo éste procedimiento.

Artículo 17: La Fecundación In Vitro puede llevarse a cabo en las siguientes modalidades:

Simple: Los gametos utilizados serán de la pareja solicitante tanto los masculinos como los femeninos, el objetivo de la práctica será la implantación de embriones ya formados en el útero de la madre de intención con el objeto de que sorteen las barreras naturales que no permitan su correcta implantación.

Estos embriones habrán de formarse con los gametos de ambos padres de intención, si por causa cualquiera los gametos de alguno de los padres de intención o de ambos quedasen inviábiles para el procedimiento, podrá intentarse sin necesidad de someterse de nuevo a los requisitos para solicitarla, una Fecundación Compleja.

Compleja: La Fecundación In Vitro será compleja cuando:

- a) Se trate de solicitantes homoparentales, siempre que la biología de la pareja así lo permita.*
- b) Se trate de Mujeres Solteras.*
- c) Se trate de parejas heterosexuales dentro de las cuales se presente inviabilidad de alguno de los gametos de sus miembros.*

En el caso de la Fecundación In Vitro Compleja, el cambio radica en la utilización de Gametos distintos al de alguno de los miembros de la pareja para

la formación de los embriones, éstos serán implantados en el útero viable de la Madre de Intención. (Tratándose de parejas lesbianas que deseen someterse al procedimiento, podrán decidir sus miembros cuál de ellas representará el papel de madre de intención, teniendo en cuenta la viabilidad de sus úteros, la cual se dictaminará por los exámenes médicos correspondientes)

Artículo 18: El parentesco por lo concerniente al producto derivado de ésta técnica de reproducción asistida, en el caso de que la fecundación sea simple, será consanguíneo.

En el caso de la Fecundación Compleja, tratándose de una inviabilidad de los gametos masculinos, el parentesco se equiparará al consanguíneo para el padre de intención siempre que así lo decidan en mutuo acuerdo la madre de intención y el donante de semen que haya elegido, de otra forma pasaría a ser parentesco consanguíneo el del donante con el producto final de la gestación en la madre de intención, salvo que la madre de intención y el donante decidan mantener el parentesco como anónimo sólo será inscrito en actas de nacimiento el de la Madre.

Sin perjuicio de que el padre de intención con posterioridad y ante juez de lo familiar reconozca como suyo al producto concebido de esta forma.

La Madre de intención tendrá parentesco consanguíneo con el producto debido a que éste lleva su ADN invariablemente.

Capítulo II: Sobre la Adopción de Embriones.

Artículo 19: La Adopción de Embriones será llevada a cabo en su parte médica en los centros autorizados para ello, corresponde a la SEDESA la elaboración de los criterios para la autorización de las clínicas Privadas o del Sector Público para llevar a cabo éste procedimiento.

Artículo 20: La Parte administrativa será llevada a cabo al interior de las instituciones autorizadas por la SEDESA dentro de su departamento jurídico.

Artículo 21: La Adopción de embriones, será viable para los siguientes candidatos:

- a) *Parejas Homoparentales siempre que la biología de éstas lo permita, que tengan dificultades para concebir por problemas médicos que impidan la unión de los gametos por cualquier otro método de reproducción asistida.*
- b) *Parejas Heterosexuales que tengan dificultades para concebir por problemas médicos que impidan la unión de los gametos por cualquier otro método de reproducción asistida.*
- c) *Mujeres Solteras cuyos gametos hayan sido imposibles de unir artificialmente con los masculinos por otro método de reproducción asistida.*

Así mismo podrán ser candidatas las parejas que demuestren que a pesar de ser factible la fecundación del embrión en laboratorios hayan tenido pérdidas recurrentes de éstos durante la gestación.

Artículo 22: Los embriones supernumerarios que habrán de implantarse en el útero de la madre de intención, serán extraídos directamente de un banco dentro de la institución autorizada a practicar el procedimiento, estos embriones deberán proceder de donaciones voluntarias de las parejas que de cuyos tratamientos de fecundación in vitro hayan quedado embriones sin implantar en el transcurso del procedimiento.

Artículo 23: Los Embriones donados, tendrán parentesco equiparable al consanguíneo con la madre de intención y su pareja según sea el caso al momento del nacimiento.

Artículo 24: Los donantes de los embriones, al momento de expresar su voluntad de donarlos, deberán hacerlo por escrito libre, en el cual se informe el número de embriones que desea donar de los supernumerarios de su procedimiento de Fecundación In Vitro, o bien si desean donar la totalidad de los mismos..

Al realizar ésta acción, perderán su parentesco con el embrión.

Artículo 25:

Los criobancos dónde se guarden los embriones supernumerarios que resulten del proceso de Fecundación In Vitro estarán en el interior de las instituciones autorizadas dónde se halla llevado a cabo el proceso de

Fecundación In Vitro, con el fin de garantizar el acceso a las parejas que deseen llevar a cabo la Adopción de Embriones, a estos últimos.

Artículo 26:

Al momento de seleccionar al embrión del criobanco se autorizará la implantación del mismo en el útero de la Madre de Intención a través del Documento Único de Asistimiento como si se autorizara una Fecundación In Vitro, debiendo hacerse mención dentro del mismo que se usó un embrión supernumerario para la gestación.

Artículo 27: Será obligación del médico tratante el orientar a la pareja o persona que decida someterse a la Adopción de Embriones, en cuanto a la viabilidad de la implantación del embrión que elija la pareja o persona que se desee someter al procedimiento con el fin de que se implante el más viable de los embriones que haya seleccionado la pareja.

Por cada pareja se elegirá una terna de embriones tomando en cuenta la viabilidad de cada opción, y la opinión del médico tratante, con el fin de que los mejores candidatos lleguen al proceso de selección final, del cual se elegirá el más viable para ser implantado en el útero de la madre de intención.

Artículo 28:

Al momento del nacimiento, el parentesco con la madre de intención y su pareja en caso necesario, será el que quede plasmado en el acta de nacimiento del producto.

Título Especial: Maternidad Subrogada

Capítulo Primero: Sobre la Maternidad Subrogada.

Artículo 29: La Maternidad Subrogada sólo se realizará en los siguientes casos:

- a) Incompatibilidad médica de la pareja, o persona que se haya sometido sin éxito previamente a alguno de los otros tratamientos de Reproducción Asistida que autorice la presente Ley.*
- b) Incompatibilidad médica para llevar a cabo la gestación del embrión en el útero de la madre de intención.*

c) Incompatibilidad biológica de la pareja para poder llevar a cabo la gestación de forma natural en alguno de sus miembros.

Este procedimiento estará autorizado para llevarse a cabo con:

- 1. Parejas Homoparentales.*
- 2. Parejas Heterosexuales.*
- 3. Mujeres Solteras que deseen someterse a esta técnica.*

Todos los candidatos podrán someterse a este procedimiento siempre y cuando cumplan con los requisitos determinados en los puntos anteriores.

Artículo 30:

Los supuestos del artículo 29 se acreditarán:

- 1. Con el documento único de asistimiento entregado a la pareja o persona interesada, durante el primer procedimiento al que se sometió o sometieron, con la anotación respectiva que haya hecho el médico tratante sobre la conclusión negativa del procedimiento al que se sometieran.*
- 2. Con la valoración respectiva del médico tratante dónde se especifique la imposibilidad de la madre de intención para gestar al embrión producto del procedimiento al que se hayan sometido.*

Artículo 31: La Maternidad Subrogada se llevará a cabo en los centros autorizados para llevar a cabo procedimientos de Reproducción Asistida autorizados por la SEDESA. Los procedimientos y los requisitos para autorizar a los centros de salud públicos o privados que deseen convertirse en autorizados para llevar a cabo esos procedimientos los determinará de la misma manera la Secretaria de Salud de la Ciudad de México (SEDESA)

Así mismo la SEDESA expedirá los lineamientos para la creación, gestión y funcionamiento del Registro de Subrogantes Autorizadas de la Ciudad de México

Artículo 32: La Maternidad Subrogada deberá siempre ser por medio de un contrato, elaborado entre los padres de intención y la subrogante, dicho contrato deberá celebrarse en instrumento público, ante un Notario.

Artículo 33:

La maternidad subrogada puede darse de las siguientes formas:

Subrogación Médica: La Subrogación sólo se limitará a que la subrogante lleve a cabo la gestación del embrión fecundado In Vitro para poder llevar al mismo a término.

El parentesco del embrión gestado será exclusivamente de los padres de intención o de la persona interesada en el procedimiento, debido a que el embrión gestado no poseería información genética de la madre subrogante.

Subrogación Completa:

La Subrogación Completa se llevará a cabo cuando el embrión gestado por la subrogante tuviera material genético diferente al de ésta última y de los padres de intención, es decir, la subrogante únicamente se limitará a gestar el embrión en su útero, la determinación del parentesco se hará entre los donantes del material genético y los padres de intención.

Haciéndose la anotación respectiva en las Actas de Nacimiento del producto al nacer.

Subrogación Parcial: La Subrogación Parcial será aquella en la cual el material genético será diferente de alguno de los padres de intención, es decir, sólo uno de ellos aportará el material genético y la otra parte provendrá de un donante de los autorizados para ello.

Pudiendo incluso ser la futura subrogante quien aporte una parte del material genético, en dicho caso, el parentesco del embrión con la subrogante podrá ser cedido a los padres de intención al momento del nacimiento del producto, haciendo la respectiva renuncia a su patria potestad sobre dicho producto.

Dicha renuncia deberá asentarse dentro del contrato celebrado por los padres de intención y la subrogante con el objeto de que se de fe de dicha renuncia.

Artículo 34:

El Instrumento para la Celebración deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:

- a) Mención expresa del tipo de subrogación que va a realizarse.*

- b) *Un resumen médico de los padres de intención para acreditar la infertilidad o imposibilidad biológica para gestar de uno o de ambos padres de intención.*
- c) *Acreditación de la personalidad de la Subrogante como una autorizada por la Ciudad de México.*
- d) *Un Resumen médico de la Subrogante, para acreditar que se encuentra en un estado óptimo de salud para llevar a cabo el procedimiento de subrogación, independientemente de cumplir los que se le solicitan para ser una subrogante autorizada en términos de la presente Ley.*
- e) *Un capítulo dónde se expliquen los antecedentes que llevan a los padres de intención a utilizar este y no otro método de reproducción asistida*
- f) *Mención expresa de la cesión de la patria potestad a favor de los padres de intención, en el caso de una subrogación completa, se hará por parte de los donantes de gametos que hayan participado para la formación del embrión, en el caso de una subrogación parcial, la cesión se hará por parte de la subrogante si participa activamente en el proceso donando un óvulo para ser fertilizado por el padre de intención.*
- g) *Cláusula en la cual se estipule la pena por el rechazo a la entrega del producto, que por ningún motivo será de forma distinta a la pecuniaria. La determinación de dicha pena en ningún caso podrá exceder el monto total de todos los gastos hechos por los padres de intención para el cuidado de la subrogante, hasta la fecha del parto.*
- h) *Estipulación o estipulaciones acerca de los cuidados y prestaciones que recibirá la subrogante hasta el momento del parto. Debiendo ser todas ellas justificadas por el embarazo. Así como las fechas en las cuales las recibirá la subrogante.*

De no cumplirse la fecha de alguna estipulación por imprevisto alguno, los padres de intención tendrán la opción de convenir con la subrogante nuevas fechas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los padres de intención o bien pagarlas durante las 72 horas siguientes al vencimiento de los plazos.

- i) La falta a éstos plazos sin convenio se sujetará a las penas previstas en la presente ley.*
- j) Estipulación sobre del centro de Salud Pública o Privada autorizado dónde se llevará a cabo el procedimiento de implantación del embrión y así mismo el parto.*

Si por motivo alguno el parto se diera en una institución diferente a la pactada, se informará a la misma, con escrito dirigido al encargado de esta anexándose a este escrito referencia médica rendida por el médico que atendió el parto detallando las condiciones del mismo para poder culminar el proceso de Subrogación previa recuperación de la Subrogante y del Producto en la institución pactada originalmente.

- k) Los datos generales de los Contratantes.*
- l) Manifestación expresa de la voluntad de las partes para celebrar el contrato*

Dicho instrumento deberá ser protocolizado por Notario Público al momento de su celebración, los gastos de protocolización correrán de la mano de los Padres de Intención.

Artículo 35: El contrato de Maternidad Subrogada será de carácter gratuito, es decir, sin que medie gratificación a la subrogante tras la entrega del producto, sin embargo, para cubrir los gastos prenatales y perinatales del embrión, podrá proporcionársele dieta suficiente para solventar dichos gastos.

Esta dieta será pactada en el instrumento de subrogación, justificándose su conveniencia en el mismo sin perjuicio de la cobertura de los gastos médicos a los que se obligan los padres de intención.

Artículo 37: Será nulo el contrato de Maternidad Subrogada que contenga vicio alguno del consentimiento en cualquiera de sus formas.

Artículo 38.- Será nulo el contrato de Maternidad Subrogada que contenga disposiciones tendientes a desmejorar la salud de la subrogante o la del producto.

Artículo 40: Para Ser Subrogante se requiere:

- I. Ser mexicana por nacimiento.*
- II. Tener 25 años Cumplidos a la fecha de solicitar el registro de Subrogante.*
- III. Solicitar el registro de Subrogante a una de las Instituciones autorizadas para llevar a cabo los Procedimientos de Reproducción Asistida.*
- IV. Para Solicitar el Registro de Subrogante se necesita:*
 - Presentarse a exámenes médicos al interior de la Institución autorizada dónde se solicite el registro de subrogante, con el fin de acreditar la salud y viabilidad reproductiva del útero de la solicitante.*
 - Demostrar a través de dos testigos, y tres recomendaciones por escrito, que la solicitante no tiene comportamientos que puedan poner en riesgo la salud del embrión gestado.*
 - Realizar el llenado de las formas para aplicante al registro de Subrogación que la institución autorizada proporcione para esos efectos.*

Si la solicitante supera los procesos de selección interna de la Institución dónde solicite su registro como subrogante, y obtiene el visto bueno de ésta, se le entregará su Licencia de Registro de Subrogación la cual será expedida por el Registro de Subrogantes Autorizadas de la Ciudad de México.

Capítulo II: De los Derechos y Obligaciones de las Partes.

Artículo 41: Los Padres de Intención se obligan a:

- I.- Cubrir los gastos médicos relacionados con el cuidado del proceso de gestación del embrión en la subrogante, por la vía de un seguro de gastos médicos a favor de la subrogante mientras dure la gestación.*
- II.- Cubrir los Gastos Legales derivados de la instrumentación pública del contrato de Maternidad Subrogada.*
- III.- En caso de así pactarlo, cubrir la dieta convenida con la Subrogante por el tiempo que dure la gestación, esto independientemente de lo que dice la Fracción I del presente artículo.*

La Subrogante se Obliga:

- I. A entregar el Producto de la gestación en cuanto ésta concluya*

II. *A cuidar en la medida de lo posible y con la más dedicada diligencia del producto mientras dure la gestación.*

En el caso de que la Subrogante no pueda llevar a término el embarazo por motivo de muerte del producto, y ésta se compruebe natural y por factores externos, la subrogante no deberá compensar de manera alguna a los padres de intención.

Para efecto de entregar el producto de la gestación, la cesión de la Patria Potestad que obra en el instrumento público se ratificará solicitando a la Subrogante que lo exprese nuevamente tras el alumbramiento.

En el caso de pérdida intencional del Producto, deberá atenerse a las penas que determine la Presente Ley.

Artículo 42: La Subrogante que se niegue a la entrega del Producto tras concluida la gestación, deberá compensar a los padres de intención todos los gastos derivados de la gestación hasta por los términos del artículo 36.

Artículo 43: Las subrogantes activas con Licencia podrán someterse hasta 3 veces al proceso de Subrogación, la Licencia de Subrogación perderá efecto una vez alcanzada la tercera participación activa en un proceso de subrogación.

Cada uno de los procesos en que haya participado versará en la Base de Datos del Registro de Subrogantes Autorizadas de la Ciudad de México.

Artículo 44: El parentesco del producto llevado a término por medio de la Maternidad Subrogada, será equiparable al consanguíneo con los padres de intención, se harán las respectivas anotaciones que marcan los artículos 6 y 7 tanto en las constancias de alumbramiento como en el (las) acta (s) de nacimiento del (los) producto (s) llevado (s) a término por vía de éste método de reproducción asistida.

Si la subrogante se negara a entregar el producto, el parentesco del mismo será equiparable al consanguíneo con la Subrogante

Si hubieren donantes de material genético, o bien el producto (s) que se geste vía subrogación procede de una Adopción de Embriones el parentesco será

equiparable al consanguíneo para con los padres de intención, o para con la subrogante en caso de rehusarse a entregar el producto tras el parto.

Se harán las anotaciones respectivas en los registros civiles sobre todos los participantes en dicha subrogación, para los efectos del artículo 7 de la Presente Ley.

Capítulo III: De las penas y Delitos.

Título I: De los Delitos de los Médicos Tratantes

De la utilización no Autorizada de Gametos:

Artículo 45: Se castigará con una pena de 3 a 9 años de prisión y la inhabilitación por un año de la cédula profesional, al profesional médico que trate a una persona o pareja interesada en algún método de reproducción asistida, y utilice sus gametos o los de los donantes que hayan elegido para fertilizar gametos que no sean los de esa pareja en concreto.

De la Fertilización no Autorizada de los Gametos.

Artículo 46: Se castigará con una pena de 3 a 9 años de prisión al profesional médico que trate a una pareja o persona interesada en llevar a cabo cualquier método de reproducción asistida, que utilice sin autorización de los mismos sus gametos para fertilizar los de otras personas o parejas sin su autorización.

Artículo 47: Si un embrión supernumerario de una pareja es implantado sin haber sido donado expresamente por la pareja de la cual proviene, en el útero de una mujer que se somete a un procedimiento de reproducción asistida por un profesional médico autorizado para llevar a cabo procedimientos de reproducción asistida, el médico será castigado con una pena de 4 a 10 años de prisión y la inhabilitación de su cédula profesional por un año.

Título II: De los Delitos e ilícitos civiles de las Subrogantes.

Artículo 48: A la persona que con información falsa obtenga una Licencia de Subrogante, se le castigará con una pena de 5 a 10 años de prisión y una multa de 1,000.00 unidades de cuenta al valor que tengan al momento de cometerse el ilícito.

Artículo 49: A la Subrogante que sin rehusarse a entregar al producto de la gestación tras él alumbramiento lo oculte, sustraiga, o cualquiera de sus derivadas, se le impondrá una pena de 7 a 12 años de prisión, y el retiro inmediato de su Licencia de Subrogación.

Dicho retiro también tendrá efecto de imposibilidad de obtener alguna nueva Licencia de Subrogación a la Subrogante que le sea retirada por éste ilícito.

Artículo 50: A la Subrogante que de forma alguna retrase el procedimiento del trámite de Subrogación, siempre que la causa pueda serle comprobadamente imputada a esta, y no sea de carácter biológico o médico, se le retirará la Licencia de Subrogante Autorizada y deberá devolver a los padres de intención hasta el monto de los gastos que hayan hecho hasta ese momento.

Artículo 51: La Subrogante que tras haber reafirmado su consentimiento para ceder la patria potestad a los padres de intención tras el alumbramiento, lo retire, deberá compensar todos los gastos hechos hasta el momento por los padres de intención.

Artículo 52: La negativa en la compensación de las subrogantes que se encuentren en los supuestos de los artículos 48 y 49 de la presente Ley podrá reclamarse por la vía civil.

Dicha compensación deberá ser primeramente convenida con la Subrogante y dicho convenio ser ratificado, antes de proceder a su ejecución forzosa por la vía civil.

Tras la firma de dicho convenio existirá la negativa cuando en un plazo mayor a 30 días naturales de la fecha próxima pactada de pago éste no sea recibido, o en su defecto si más de 3 veces la Subrogante se retrasa más de 30 días en cubrir uno de los abonos o el pago completo dependiendo de las prestaciones que de dicho convenio hayan surgido para ambas partes.

Artículo 53: La Subrogante que participe en procesos adicionales de subrogación que los permitidos por la presente Ley, será castigada con multa de 10,000.00 unidades de cuenta al valor que tengan en aquel momento y con prisión de un año.

Artículo 54: A la Subrogante que con miras a que se pierda el producto de la gestación realice cualquier tipo de acto tendiente a que se consume dicha pérdida, se le impondrá una pena de 4 a 8 años de prisión, y una multa de 10,000.00 unidades de cuenta al valor que estas tengan al momento de cometerse el ilícito.

Así mismo se le retirará la licencia de subrogante y se le inhabilitará de por vida para conseguir ésta última.

Artículo 55: A la Subrogante que pierda intencionalmente el producto de la gestación antes de ser llevado a término, se le impondrá una pena de 5 a 10 años de prisión y una multa de 15,000 unidades de cuenta al valor que estas tengan al momento de cometerse el ilícito.

Artículo 56: Las penas previstas en este capítulo, serán aplicadas sin perjuicio de lo dispuesto por algún tipo penal conducente del Código Penal para el Distrito Federal o alguna otra ley especializada.

Título III: De los Delitos e Ilícitos Civiles del Personal de los Centros Autorizados para llevar a cabo procesos de Reproducción Asistida.

Artículo 57: A la persona que registre a una subrogante no autorizada para los procesos de subrogación, se le impondrá una pena de 3 a 7 años de prisión y una multa por 1,000.00 unidades de cuenta.

Artículo 58: A la persona que omita elaborar el Documento Único de Asistimiento para la pareja o persona autorizada para someterse a un Procedimiento de Reproducción Asistida, se le impondrá una pena de 1 a 2 años de prisión o una multa de 500 unidades de cuenta por el valor que éstas tengan al momento de cometerse el ilícito.

Artículo 59: A la Persona que por motivo de discriminación francamente comprobable (a través de cualquier medio idóneo de prueba) retrase, de forma alguna el procedimiento de reproducción asistida al que se someta una pareja o persona catalogada como grupo vulnerable o de minoría de riesgo acorde a lo dicho por la Ley Para prevenir y eliminar la Discriminación del Distrito Federal.

Se le impondrá una pena de 4 a 6 años de prisión o una multa de 4,000.00 unidades de cuenta con el valor que éstas tengan al momento de cometerse el ilícito, sin perjuicio de las penas que la anteriormente citada Ley imponga por la conducta discriminatoria.

Artículo 60: A la persona que con información de su conocimiento falsa otorgue una Licencia del Registro de Subrogantes Autorizadas de la Ciudad de México a otra, se le impondrá una pena de 6 a 9 años de prisión y una multa de 5,000.00 unidades de cuenta por el valor que éstas tengan al momento de cometerse el ilícito.

Artículo 61: A la persona o personas que alteren, oculten o en su defecto omitan hacer los registros pertinentes de las participaciones activas que ha tenido una determinada subrogante para que pueda ser partícipe en más procesos de subrogación que los autorizados por la presente ley se le impondrá una pena de 4 a 8 años de prisión y una multa por 10,000.00 unidades de cuenta por el valor que éstas tengan al momento de cometerse el ilícito.

A la subrogante beneficiada por la comisión de éste delito, se le retirará la Licencia de Subrogante y se le impondrá una pena de 2 años de prisión y una multa por 6,000.00 unidades de cuenta por el valor que estas tengan al momento de cometerse el ilícito.

Así mismo se le inhabilitará de por vida para obtener otra Licencia del Registro de Subrogantes Autorizadas de la Ciudad de México.

Título IV: Disposiciones Finales.

Artículo 62: Entre la primera Valoración del Médico tratante y la emisión del Documento Único de Asistimiento no deberán pasar más de 3 meses, de requerirse mayores observaciones el médico tratante podrá una sola vez ampliar ese plazo por otros 3 meses haciendo mención de ello en el documento de asistimiento que elaborará para la persona o personas que se sometan al uso de alguna técnica de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 63: Se prefiere que los participantes en un método de Reproducción Asistida sean mexicanos, sin embargo la falta de la nacionalidad mexicana no

será impedimento para la participación de la (s) persona (s) interesada en participar en un Método de Reproducción Asistida como padre de intención.

Artículo 64: Al momento de suscitarse algún ilícito o alguna conducta con apariencia de delito de los previstos en esta Ley, la primera autoridad que conozca del hecho deberá ser la Civil, a través del juez civil competente el cual, acorde a las circunstancias particulares del caso en cuestión, decidirá, si la vía para la resolución de la controversia presentada será la civil y seguirá con la resolución de controversia o dará vista al ministerio público con para que la conducta sea perseguida y resuelta por la vía penal.

Artículo 65: *La madre subrogante, en caso de surgir un gasto imprevisible en el contrato de subrogación, que tuviere que subsanar para llevar a buen término la gestación del embrión y que la hiciere disponer de sus propios medios económicos, mientras sea comprobable, podrá previo informe a los Padres de Intención recuperar dicho gasto a través de los mismos siempre que dicho gasto sea fehacientemente comprobable a través de los medios documentales idóneos para el caso.*

Y con esto concluye la propuesta para la creación de la *Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad de México*.

Tema del cual se extraen las siguientes:

Conclusiones:

1. México es un país dónde sería posible dada su diversidad poblacional dónde los métodos de reproducción asistida pueden implementarse a gran escala.
2. México por su situación geográfica puede ser un centro para que se lleven a cabo con mayor facilidad y con una regulación prudente los procesos de Reproducción asistida para los interesados que deseen llevarlos a cabo sean o no nacionales.
3. La aprobación de una Ley de Reproducción asistida llenaría la laguna legal presente en el Código Civil para el Distrito Federal concretamente en su artículo 162 dónde se postula que es posible utilizar métodos de Reproducción Asistida sin especificar éstos últimos.
4. La Ciudad de México es un punto incluyente de la Diversidad sexual por lo que una Ley de Reproducción Asistida operante y funcional podría beneficiar a la Comunidad Lésbico-Gay, y a otros grupos vulnerables otorgándoles mejores derechos en lo que a sus derechos reproductivos se refiere, una lucha que ha venido gestándose tiempo atrás y que aún hoy da de que hablar.
5. Si se aprueba una Ley de Reproducción Asistida para la Ciudad de México que sea funcional, puede dar camino a la creación de una Ley Nacional sobre la materia que homologue los esfuerzos de los estados en dónde la práctica de la maternidad subrogada y otros medios de reproducción asistida se han regulado, para así poder regular de manera más eficiente para el territorio federal éstas prácticas.
6. Si existe un catálogo de sanciones dentro de la Ley de Reproducción Asistida las prácticas como el uso arbitrario del material genético de los donantes o bien prácticas de corrupción dentro de los procesos de selección de los participantes activos (donadores de material genético y subrogantes) e incluso las de discriminación, se reducirían dramáticamente y se tomaría con una seriedad mayor el uso de los Métodos de Reproducción Asistida como solución a los problemas reproductivos.

- 7.** Si existe una Ley de Reproducción Asistida en la Ciudad de México, los trámites de adopción, debido a que los procesos de Reproducción asistida serían mucho más rápidos y menos laboriosos irían a la baja por lo que es posible que se renueven los protocolos de adopción para hacerlos tan o más accesibles que los Métodos de Reproducción Asistida por lo que la situación de los menores susceptibles de ser adoptados en la Ciudad de México mejoraría dramáticamente pudiendo tener familias adoptivas más rápido.
- 8.** Si no se restringe la nacionalidad de los participantes en los Métodos de Reproducción Asistida la recepción ante el mundo podría traer un ingreso adicional a la Ciudad de México y al país propiamente debido al turismo que se generaría sólo por poder participar en uno de estos métodos regulado de forma convincente. Sin mencionar el alza de empleos en la Ciudad por el establecimiento de los Centros Autorizados y el Registro de Subrogantes.
- 9.** La creación de Una Ley de Reproducción Asistida, funcional, sin duda convertiría a la Ciudad de México y a México en el primer país en sortear barreras como la de la Subrogación Maternal sin afectar los derechos de las partes y de paso en un modelo internacional de eficiencia legislativa.
- 10.** La Creación de una Ley de Reproducción Asistida funcional en la Ciudad de México, sin duda consolidaría en la ciudad capital del país los derechos reproductivos de sus habitantes que les otorga el Artículo 4 Constitucional, pudiendo en efecto decidir libremente sobre el número y espaciamiento de sus hijos sorteando incluso los obstáculos biológicos de su propia naturaleza que les impidan en efecto ejercer su derecho constitucional.

Bibliografía.

1. Anson Oliart, Francisco, "Se Fabrican Hombres: (Informe sobre la Genética Humana)", Madrid, España, Editorial Rialp., 1988
2. Barroso Figueroa, José, "Maternidad, Paternidad y Genética ("Un Problema de Libertad)", Estudio dentro del Libro titulado: "Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México", Primera Coedición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996
3. Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Harla, Sexta Edición, México, 2010
4. Blásquez Fernández, Niceto, "La Bioética y los Hijos del Futuro", Editorial Visión Net, Madrid, 2004
5. Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 2006
- González Merlo, Jesús, "Ginecología", Séptima Edición, España, Editorial Masson, 2000.
6. Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2001
7. Martínez Alfaro, Joaquín, "Teoría de las Obligaciones", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997
8. Martínez Calcerrada y Gómez, Luis, "La Nueva Inseminación Artificial", Madrid, 1989
9. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid y la Organización Mundial de la Salud, "Guía de Estudio del UC3MUN 2016"
10. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, "Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la

prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, A/HRC/37/60, 15 de Enero de 2018.

11. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua, España, 21 Edición, 1992.

12. Zamora Valencia, Miguel Ángel, “Contratos Civiles”, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 2004

13. Zegers-Hochschild, Fernando, Adamson, David, et. al., “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida”, Versión revisada y preparada por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Humana Asistida (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Ginebra, Suiza, 2009

Leyes Consultadas

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos.
3. Declaración de los Derechos del Niño
4. Código Civil de la República de Francia.
5. Surrogacy Arrangements Act of 1895
6. Ley Federal del Trabajo
7. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes.
8. Código Civil para el Distrito Federal.
9. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco
10. Código Familiar para el Estado de Sinaloa.
11. Código Civil para el Estado de Querétaro.
12. Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

Hemerografía y revistas

1. Albornoz, María Mercedes, González Martín Nuria, “Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Anual, Enero, Vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, 2016
2. Albornoz, María Mercedes, López González, Francisco, “Marco Normativo de la Gestación por Sustitución en México. Desafíos Internos y Externos”, Revista IUS, Semestral, Enero-Junio 2017, No. 39, Vol. 11, Puebla, México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
3. Amador Jiménez, Mónica “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad Subrogada en India”, Revista Nomadías, Número 14, Junio-Noviembre 2011
4. Bagnarello González, Fiorella, “Fertilización In Vitro, Conceptualización”, Revista Parlamentaria de Costa Rica, Semestral, 1er Semestre Enero – Mayo, Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2015
5. Baffone, Cristina, “La Maternidad Subrogada: Una Confrontación entre Italia y México”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año 47, Mayo-Agosto de 2013, Número 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, 2013.
6. Burnett, Victoria, “Las nuevas restricciones a la gestación subrogada en México dejan a decenas de familias en el limbo”, The New York Times, América Latina, Villahermosa, Tabasco, México, 27 de Marzo de 2017.
7. Contreras Julián, Maricela, “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, Gaceta Parlamentaria, Instituto de Investigaciones Parlamentarias de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicado en el diario de los debates del 26 de noviembre de 2009.
8. Contreras Julián, Maricela, “Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma y Adiciona la Ley General de Salud”, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, Publicada en el diario de los debates del día 23 de Febrero de 2017

9. "El Estado de Sinaloa" Órgano Oficial del Gobierno del Estado, Decreto No 742, "Se Aprueba el Código Familiar del Estado de Sinaloa"
10. Igareda González, Noelia, "La inmutabilidad del Principio Mater Sempre Certa Est y los debates actuales sobre la Gestación por Sustitución en España", Universitas. Revista de Derecho y Filosofía, Semestral, Universidad Carlos III de Madrid, Enero 2015, No. 21
11. Lamm, Eleonora, "Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Trimestral, Enero-Marzo, 2012
12. Martínez Martínez, Verónica Lidia, "Maternidad Subrogada: Una Mirada a su Regulación en México", Revista Díkaion, Semestral, Junio- Diciembre 2015, Número 2, Universidad de la Sabana, Colombia, 2015
13. Periódico Oficial para el Estado de Tabasco, Decreto No. 265, "Se Adiciona el Capítulo VI Bis denominado "DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA"; integrado por los artículos: 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, al Título Octavo "DE LA FILIACIÓN", perteneciente al Libro Primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco", p. 9-15, 13 de Enero de 2016
14. Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Decreto No. 205 "Se Aprueba el Código Civil Para el Estado de Tabasco, p. 1-187, 9 de Abril de 1997
15. Reyes, Juan Pablo, "Corte atrae caso de Vientres Rentados", Periódico Excelsior, Nacional, Ciudad de México, 5 de Marzo de 2017.
16. Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, "Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley general de salud, en materia de reproducción humana asistida", Gaceta del Senado, Publicada en el diario de los debates del día 20 de Noviembre de 2018
17. Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos", Cuadernos de Bioética, Cuatrimestral, Enero-Marzo, No.41, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid, España, 2000
18. Teitelbaum, Horacio, "El Colapso del Dogma Mater Sempre Certa Est frente a la nueva voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial.",

Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Anual, Año 2016, No. 94, Buenos Aires, Argentina, 2016

19. Valdés Díaz, Claridad del Carmen, “El Acceso a algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida: Crónica de una vida anunciada”, *Revista IUS, Semestral, Enero-Junio 2017, Vol. 11, Número 39, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2017*

20. Vega Rollano, Laura, “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gais y extranjeros”, *Diario El País, España, 27 de septiembre de 2017, Internacional*

21. Xicotencátl, Fabiola, “Piden eliminar maternidad subrogada del Código Civil de Tabasco”, *Periódico Excelsior, Nacional, 08 de Marzo de 2017.*

Casos Judiciales y Jurisprudencia.

1. Cossio Díaz, José Ramón, “Fragmento del Proyecto de Sentencia del Amparo en Revisión 553/2018”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, México*

2. *Semanario Judicial de la Federación, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época, Libro 34, Tomo I, Pág. 6. ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS. Acción de Inconstitucionalidad 8/14, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche., 23 de Septiembre de 2016*

3. *Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala. Décima Época, DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS.. Amparo en Revisión 237/2014, Josefina Ricaño Bandala y Otros, 4 de Noviembre de 2015, Amparo en Revisión 1115/2017, Ulrich Richter Morales, 11 de Abril de 2018, Amparo en Revisión 623/2017, Armando Ríos Piter, 13 de Junio de 2018, Amparo en Revisión 548/2018, María Josefina Santacruz*

González y otro, 31 de Octubre de 2018, Amparo en Revisión 547/2018, Zara Ashely Snapp Hartman y Otros., 31 de Octubre de 2018.

4. Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala. Séptima Época, Volumen 57, Cuarta Parte, Pág. 25. VICIOS DE CONSENTIMIENTO. Amparo directo 3969/70, Florentino Hernández Villalobos, 28 DE Septiembre de 1979

5. Wilentz, Robert, Baby 'M', 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227, Estados Unidos, The Supreme Court of New Jersey, p.410-468, 1988