



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

MAESTRÍA EN DERECHO

**“LA NECESIDAD DE LEGISLAR LA GESTACIÓN
SUSTITUTA EN MÉXICO.”**

T E S I S

Que para optar por el grado de

MAESTRA EN DERECHO

P R E S E N T A :

Lic. CAROLINA RAMÍREZ VALDEZ

TUTOR:

DR. HÉCTOR GONZÁLEZ ROMERO

Facultad de Estudios Superiores Aragón

Estado de México, Mayo del 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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

Por su infinito amor, gracia y misericordia que derrama día con día sobre mi vida, por bendecirme, por protegerme y por permitirme llegar hasta el día de hoy para cumplir uno de los logros más importantes de mi vida. “Bendito sea Jehová el Dios de Israel, por los siglos de los siglos, amén y amén.” Sal. 41:13

A mis padres:

Por su invaluable apoyo incondicional, por todo su amor, por sus consejos y por forjar en mí, las cualidades que hoy en día me hacen crecer como persona y como profesionalista; muchas gracias por todo, este logro también se debe a ustedes, los amo con todo mi corazón.

A Jorge Luis Téllez Ruiz:

Por todo tu amor, por impulsarme a lograr mis metas, por tus consejos, por estar en mi vida por sobre todas las cosas, te amo.

A mis seres queridos y amigos:

Por todo su cariño, por sus consejos y motivaciones, muchas gracias.

A Héctor Miguel Fuentes Cortes:

Distinguido colega, muchas gracias por tu valioso tiempo y consejos que contribuyeron para la elaboración final del presente trabajo de investigación.

Al Tutor de la presente tesis, Dr. Héctor González Romero:

Por toda su apreciable labor y apoyo que me brindó para desarrollar y finalizar el presente trabajo de investigación, gracias por toda su disponibilidad, por sus amables atenciones y por el tiempo dedicado a la revisión de la presente tesis.

A mis Sinodales:

Mtro. Ramón Loaeza Salmerón, Dra. Ana Soledad Delgado Calva, Dr. Carlos González Blanco y Dr. Raúl Armando Canseco Rojano.

Por su valioso tiempo, valiosos y muy gratos consejos, por sus amables atenciones, disponibilidad y por su profesionalismo que contribuyeron para la mejora del presente trabajo de investigación.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt):

Estoy agradecida con Conacyt por ser un pilar muy importante en la culminación de mi maestría. Gracias a la beca que me proporcionó, se me permitió el sustento de mis estudios, así como el sustento económico de la elaboración del presente trabajo de investigación, y el gasto económico que absorbió con motivo de mi participación en el Coloquio Binacional México-España, quedo muy agradecida con la presente institución.

A mi Alma Mater, Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Estudios Superiores Aragón:

Me siento enormemente agradecida por el honor que me concede el formar parte de su comunidad estudiantil, por permitirme crecer y desarrollarme como persona y como profesionista, por darme la oportunidad de vivir unas de las mejores experiencias de mi vida que jamás olvidaré, por permitirme conocer distinguidos maestros que me enseñaron la humildad, independientemente de sus gratas e inigualables cátedras, cada uno con su propia identidad que los caracteriza y los hace ser distintos entre sí.

A la maestra Ma. Teresa, Dra. María Elena Jiménez Zaldívar y al Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz:

Por sus amables atenciones, por el valioso y grato apoyo que me brindaron para realizar los trámites que requerí hacer durante el posgrado.

**LA NECESIDAD DE LEGISLAR LA GESTACIÓN
SUSTITUTA EN MÉXICO**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS Y GENERALIDADES DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA

1.1 La Gestación Sustituta	1
1.1.1 Modalidades de la Gestación Sustituta	5
1.1.2 Tipos de Maternidad que surgen a partir de la Gestación Sustituta	6
1.2 La infertilidad y sus causas	7
1.3 La Reproducción Asistida	15
1.4 El Matrimonio	21
1.5 La Familia	23
1.5.1 El derecho de familia	25
1.5.2 La familia desde el punto de vista biológico	25
1.5.3 La familia desde el punto de vista sociológico	26
1.5.4 La Familia desde el punto de vista jurídico	28
1.5.5 Fines de la familia	29
1.5.6 Tipos de Familia	30
1.6 Parentesco	31
1.6.1 Parentesco consanguíneo	32
1.6.2 Parentesco por afinidad	34
1.6.3 Parentesco civil	34
1.6.4 Grados y líneas de parentesco	35
1.7 Filiación	36
1.8 La Bioética y el Bioderecho	38
1.8.1 Contenidos del Bioderecho en el Derecho Civil:	41

CAPÍTULO SEGUNDO
DERECHOS Y EFECTOS JURÍDICOS QUE SURGEN DE LA GESTACIÓN
SUSTITUTA

2.1 Derechos Humanos	43
2.1.1 Principios Constitucionales de los Derechos Humanos	46
2.1.3 Principio de Interdependencia.....	50
2.1.4 Principio de Interpretación Conforme	52
2.2 La Gestación Sustituta como un derecho	55
2.2.1 El Derecho de Procreación	55
2.2.1.1 Libertad de procreación en México	61
2.2.2 El Derecho a formar una Familia.....	62
2.3 El Interés Superior del menor	65
2.4 El Avance y la Evolución del Derecho.....	72
2.5 Consentimiento y responsabilidad jurídica de la procreación asistida.	73
2.5.1 El Consentimiento en la Gestación Sustituta	74
2.5.2 La responsabilidad jurídica en la Gestación Sustituta.....	76
2.5.3 El consentimiento y la responsabilidad de las partes involucradas en la Gestación Sustituta.....	78
2.5.4 El consentimiento y la responsabilidad de los donadores de gametos	82
2.5.5 El consentimiento y responsabilidad del personal médico	86
2.5.6 La Responsabilidad del Estado.....	92
2.6 Panorama jurídico del Contrato de Arrendamiento de Útero o Matriz.....	95
2.7 Panorama jurídico del contrato de prestación de servicios por gestación.....	98
2.8 Países que regulan Gestación Sustituta	100
2.8.1 Estados Unidos	101
2.8.2 Canadá	106
2.8.3 Grecia	107
2.8.4 Israel	110

CAPÍTULO TERCERO
LEGISLACIÓN APLICABLE A LA GESTACIÓN SUSTITUTA

3.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	113
3.2 La Constitución Política de la Ciudad de México	118
3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”	123
3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	124
3.5 Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México.....	126
3.6 Código Civil del Estado de México.....	128
3.7 Código Civil para el Estado de Tabasco	130
3.8 Código Familiar del Estado de Sinaloa	135
3.9 Ley General de Salud	140

CAPÍTULO CUARTO
PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA EN
MÉXICO

4.1 Problemáticas socio-jurídicas que surgen de la gestación sustituta	142
4.1.1 Las posturas feministas	145
4.1.2 La Gestación Sustituta frente a la moral	150
4.2 Argumentos a favor y en contra de la gestación sustituta.....	151
4.3 La necesidad de legislar la Gestación Sustituta.....	155
4.4 Entrevistas realizadas a Magistrados y Jueces en materia familiar, además de licenciados, maestros y doctores en derecho	159
4.4.1 Entrevista a especialista en Biología de la Reproducción Humana	164
4.5 Propuesta.....	165
GLOSARIO	177
FUENTES DE CONSULTA.....	179

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

a. C	Antes de Cristo
Cit.	Citado por.
Cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador
ed.	Edición
et. al	Y otros autores
etc.	Etcétera
GS	Gestación Sustituta
Hrs.	Horas
<i>Ibídem</i>	Misma obra, pero distinta página
<i>Ídem</i>	Misma obra, misma página
<i>Op. Cit.</i>	Obra anteriormente ya citada
p.	Página
pp.	Páginas
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México.

RESUMEN: En el presente trabajo de investigación se exponen las principales problemáticas jurídicas que emergen de la gestación sustituta en México y que impactan en el reconocimiento y protección hacia los derechos y obligaciones de las personas involucradas; esto deriva de la celebración de un acuerdo de voluntades entre los padres solicitantes y la mujer gestante, cuyo acuerdo carece de legitimidad y consiste en que la mujer gestante lleve a cabo la gestación del bebé de los padres solicitantes y al nacer este sea entregado a sus padres progenitores.

En este sentido, en la presente obra se justifica la necesidad que surge para legislar en nuestro país el procedimiento legal que debiera determinar los lineamientos legales, así como los requisitos para llevar a cabo la gestación sustituta. Por tanto, en esta investigación se propone una serie de alternativas que brinde a las partes involucradas certeza y protección jurídica en el proceso médico y legal que requiere la Gestación Sustituta.

Palabras clave: Gestación Sustituta, padres solicitantes, mujer gestante, menor, Derechos y obligaciones, Menoscabo de Derechos, Necesidad de legislar.

ABSTRACT: In the present research work, the main legal issues that emerge from the surrogate pregnancy in Mexico are exposed and that impact on the recognition and protection of the rights and obligations of the people involved; This derives from the celebration of an agreement of wills between the requesting parents and the pregnant woman, whose agreement lacks legitimacy and consists of the pregnant woman carrying out the gestation of the baby of the requesting parents and at birth this is delivered to their parents.

In this sense, the present work justifies the need that arises to legislate in our country the legal procedure that should determine the legal guidelines, as well as the requirements to carry out the surrogate gestation. Therefore, this research proposes a series of alternatives that provide the parties involved with certainty and legal protection in the medical and legal process that the Substitute Pregnancy requires.

Keywords: Substitute Pregnancy, requesting parents, pregnant woman, minor, Rights and obligations, Impairment of Rights, Need to legislate.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tuvo como finalidad exponer las problemáticas jurídicas que en México se hacen presentes ante la carencia legislativa que a nivel federal existe con relación a la regulación de la Gestación Sustituta.

Por consiguiente; nuestro principal objetivo consiste en exponer y explicar con claridad cuál es la justificación que fundamenta la necesidad de legislar en México el procedimiento legal, así como determinar los requisitos legales que deben cumplimentar tanto los padres solicitantes, como la mujer gestante, esto con la finalidad de proteger el derecho humano a formar una familia por medio de la misma y de esta forma; proteger el reconocimiento y protección hacia de los derechos y obligaciones de las partes involucradas en dicho método de reproducción asistida; siendo estas últimas: los padres solicitantes y/o biológicos, la mujer gestante, el menor en cuestión y el médico especializado.

La presente investigación requirió para su desarrollo del método científico, analítico, empírico, jurídico, exegético, deductivo e inductivo; además es una investigación de tipo descriptiva, pues esta trabaja sobre realidades de hecho, dando un enfoque sobre conclusiones en relación a cómo un grupo de personas se conducen en el presente. Este tipo de investigación comprende la descripción, el registro, el análisis e interpretación de la composición de fenómenos sociales. Por consiguiente; se utilizaron también estadísticas, a fin de efectuar mediciones para determinar los valores de las variables consistentes en el estudio cuantitativo, que viene a ser de gran utilidad para comprobar satisfactoriamente la hipótesis que se planteó para la presente investigación.

En el capítulo primero se exponen los principales conceptos teóricos que derivan de la Gestación Sustituta y que se relacionan con esta, a fin de establecer una mayor comprensión respecto al tema en cuestión.

En el capítulo segundo, se identificaron los derechos que justifican la procreación humana a través de cualquier método de reproducción asistida, incluyendo la gestación sustituta; además de analizar los efectos jurídicos que se desprenden de la misma. Esto con la finalidad de comprender la relación existente entre el derecho y la gestación sustituta.

En el capítulo tercero, se identifica y analiza la legislación aplicable que fundamenta y protege los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia por medio de la gestación sustituta; a fin de justificar la necesidad para regular el procedimiento legal que implicaría la gestación sustituta y así mismo, determinar los requisitos médicos, psicológicos y legales que se requieren para este método de reproducción asistida.

En el cuarto capítulo se analiza la problemática jurídica que surge del acuerdo de voluntades que celebran las partes para llevar a cabo la Gestación Sustituta, a fin de justificar la necesidad de legislar este método de reproducción asistida.

Finalmente, en el presente trabajo se elaboró una propuesta que contiene diversas alternativas, cuyo fin está encaminado a proporcionar ciertas alternativas que pueden fungir como un medio a través del cual se les brinde a las partes involucradas certeza y protección jurídica en el proceso médico y legal que requiere la Gestación Sustituta.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTOS Y GENERALIDADES DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA

Pudiera resultar confuso para el lector comprender a qué refiere la gestación sustituta, esto en razón de que de este método de reproducción asistida, las personas han creado diversas modalidades que pueden resultar confusas para las personas que apenas comienzan a tener una noción del tema.

Es por ello que en el presente capítulo el lector comprenderá los principales conceptos que se hacen indispensables para tener un primer acercamiento con el presente tema, y posteriormente entender la problemática jurídica actual que aqueja a las personas y/o parejas infértiles, que deciden procrear a través de la gestación sustituta. Para ello se abordan algunos términos relacionados con la misma, así como sus modalidades y algunos términos médicos que explican las causas de infertilidad tanto en hombres, como en mujeres. En este sentido, también se exponen las principales figuras jurídicas que tienen que ver con la integración de la familia, todo esto a fin de establecer una mayor comprensión respecto al tema en cuestión, abordando primeramente definiciones teóricas, médicas y legales que tiene un vínculo estrecho con la gestación sustituta.

1.1 La Gestación Sustituta

La Gestación Sustituta, que de aquí en adelante se denominará (GS). Se lleva a cabo de manera informal o formal, es decir, por medio de un acuerdo verbal mutuo de voluntades o bien, por medio de un contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer tiene la voluntad de llevar a término una gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja (unida o no en matrimonio), que podrán o no aportar sus gametos. Por lo tanto, pueden existir hasta tres mujeres implicadas en el nacimiento de un nuevo ser: la madre solicitante, que toma la iniciativa y que asumirá la función jurídico social de madre cuando

nazca el niño (madre legal o jurídica), la que proporciona el óvulo (madre genética) y la que lleva a término la gestación (madre de gestación).¹

La GS es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer recibe el encargo de culminar el proceso de gestación y de entregar al menor o menores, a la persona(s) solicitante(s). Este fenómeno, como ya se dijo, permite considerar dos modalidades:

- I. La maternidad por “simple sustitución”, consiste en que la mujer que gesta y que da a luz, también aporta al proceso su material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.
- II. La maternidad por “sustitución en la gestación”, consiste en que la mujer que gesta y que da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del óvulo fecundado.

“Por lo antes visto, estamos convencidos de que, de estas dos, sólo la segunda debería ser admitida jurídicamente.”²

Por otro lado, la GS es generalmente conocida por las siguientes expresiones: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros.

El derecho comparado tampoco presenta uniformidad terminológica:³

- a) Entre los anglosajones, se encuentra generalizado el empleo del término *surrogate mother*⁴, y en general a la figura se le llama *surrogacy*⁵.
- b) En Francia se utilizan indistintamente las expresiones *mère de substitution*,

¹ Echeverría de Rada, Teresa, *et al.*, *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, España, La Ley, 2013, p. 143.

² Chiapero Silvana, María, *Maternidad Subrogada*, Argentina, Astrea, 2012, p. 129.

³ Lamm, Leonora, *Gestación por Sustitución*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013, p.25.

⁴ Surrogate Mother: Madre Sustituta. Diccionario español/inglés, inglés/español, Canadá, New American Library, 2014, pp.1108 y 905.

⁵ Surrogacy: Subrogación. *Íbidem* p. 1108.

*mère porteuse, gestation-pour-autrui, mère de remplacement, y prêt d'utérus.*⁶

- c) En Italia se emplea *affitto di útero*⁷, así como también la expresión *locazione di útero*.
- d) En Alemania se designa con la expresión *Leihmutter*.⁸
- e) En España la ley hace referencia a la gestación por sustitución, aunque los términos empleados más frecuentes son los de *maternidad subrogada, vientre de alquiler, madres suplentes, madres portadoras y madres gestantes*.
- f) En México, el Código Civil de Coahuila habla de la *maternidad subrogada*, y el Código Civil de Tabasco distingue entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no material genético, mientras que el proyecto de ley de la Maternidad Subrogada, para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México; la llama precisamente *maternidad subrogada*.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “*subrogación*” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española⁹, *subrogar* es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo; esto no acontece en la mayoría de los casos.

⁶ *Mère de substitution, mère porteuse, gestation-pour-autrui, mère de remplacement, y prêt d'utérus: madre sustituta, madre portadora, embarazo para otro, madre de reemplazo, prestación de útero.* Diccionario Espasa Grand: español-francés, français-espagnol, Copyright © WordReference.com LLC 2019. <http://www.wordreference.com/esfr/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:00 hrs.

⁷ *Affitto di útero: Alquiler de útero.* Diccionario español-italiano: <https://diccionario.reverso.net/italiano-espanol/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:10 hrs.

⁸ *Leihmutter: Madre de alquiler.* Diccionario español-alemán <https://diccionario.reverso.net/espanol-aleman/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:15 hrs.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española en: <http://www.rae.es/>. Fecha de Consulta: 5 de marzo de 2017 a las 11:00 hrs.

Además la gestante no puede ser la madre de acuerdo a la finalidad que persigue la gestación sustituta, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada. Esto en razón de que la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz, embarazo y parto.¹⁰

El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de “gestación” en lugar de “maternidad”, pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para gestar el embrión.

En definitiva, es incorrecto hablar de “maternidad subrogada”; pues la maternidad es un concepto demasiado amplio, cuya función no es únicamente la gestación. Además, la maternidad no se sustituye, lo que se sustituye es la gestación.¹¹

Por todo lo anterior, se concluye que estamos de acuerdo con la opinión de la autora Eleonora Lamm, en razón de que el objetivo de la GS únicamente es gestar un bebé con el cual no existe un vínculo consanguíneo. En este sentido, los padres solicitantes, son quienes sí pretenden la maternidad y la paternidad por medio de este método de reproducción asistida que les permite procrear un hijo biológico; de manera que a este método de reproducción asistida, no se le puede llamar “maternidad”, pues la palabra sustituir precisamente hace alusión a que únicamente el embarazo se lleva a cabo por otra mujer en sustitución de la madre progenitora o biológica. En este orden de ideas y para efecto de la presente investigación, nosotros denominaremos este método de reproducción asistida, como “*Gestación Sustituta*”.

¹⁰ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 25.

¹¹ *Ibidem* p. 26.

1.1.1 Modalidades de la Gestación Sustituta

A continuación exponemos cuáles son las formas en que se lleva a cabo la GS a fin de comprender por qué surgen las problemáticas sociales y jurídicas que planteamos en la presente investigación.

La expresión de gestación sustituta se distingue de otras hipótesis reproductivas que a veces han sido incorporadas a la definición mencionada, como puede ser el caso de la locución de útero. Esta última se refiere a la práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. El embrión formado mediante una fecundación in vitro¹², viene a ser anidado en el útero de la gestante, la cual continúa con el embarazo, da luz al niño y lo entrega a la pareja, igualmente renunciando a cualquier derecho sobre de este.

Por medio de las técnicas reproductivas modernas se pueden tener hasta cinco diferentes tipos de padres: una madre genética, una madre gestacional, una madre legal y social, un padre genético y un padre legal y social. En detalle se podrían presentar las siguientes situaciones:

Primer caso: La sustituta, es la mujer gestante y biológica. El marido de la pareja solicitante aporta su semen. En este caso si la sustituta entrega el niño a la pareja, la esposa del padre biológico, se convierte en la madre legal del niño, aunque esta no tenga ninguna relación de tipo biológico con él.

Segundo caso: La mujer sustituta alquila únicamente su vientre para la gestación. En este caso el material genético pertenece a la mujer y al varón de la pareja solicitante.

Tercer caso: La mujer sustituta únicamente alquila o permite ocupar su vientre para la gestación, en este caso el material genético pertenece a una sola persona

¹² Fecundación in vitro: Consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, crenado un cigoto tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del Décimo Cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo ser crioconservado. De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004, p. 382.

de la pareja solicitante, esta pareja puede ser heterosexual u homosexual, por tanto requerirán de donadores anónimos ya sea de óvulos o de espermatozoides.¹³

Por lo antes expuesto, se concluye que para el presente trabajo de investigación se debe comprender cuáles son los supuestos bajo los cuales las parejas o las personas solteras deciden formar una familia por medio de la GS y de esta forma, evitar confusiones y conocer de qué manera surgen las problemáticas jurídicas que emergen de este tipo de reproducción humana.

1.1.2 Tipos de Maternidad que surgen a partir de la Gestación Sustituta

A continuación se clasificarán los tipos de maternidad que pueden llegar a surgir en la gestación sustituta, a fin de entender de qué manera surgen los problemas jurídicos para determinar quién es la madre del menor y para ello es primordial comprender en qué consiste cada tipo de maternidad.

- *Maternidad Plena:*

Engloba la relación biológica (genética y gestacional), de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad.

- *Maternidad Genética:*

Se refiere a la donante que proporcionó únicamente sus óvulos.

- *Maternidad Gestacional:*

Es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, sin que este comparta información genética con la mujer que presta o alquila su vientre para poder llevar a cabo la gestación del nuevo ser.

- *Maternidad Legal:*

Se refiere a la mujer que asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.¹⁴

¹³ *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLVI, Núm. 137, Mayo-Agosto 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 450-451.

¹⁴ *Ibidem* p. 452.

Se concluye entonces que para comprender mejor el tema en cuestión una vez más se puntualiza de qué manera participa la maternidad en el procedimiento de la GS y de esta forma entonces podemos entender cuántas madres pueden surgir para un solo menor que es concebido mediante la ya mencionada técnica de reproducción asistida. Y como se mencionaba anteriormente; esto nos permite también saber de qué manera emergen las problemáticas jurídicas y sociales de la gestación sustituta.

1.2 La infertilidad y sus causas

A continuación se definirá qué es la infertilidad y así mismo; se darán a conocer las principales causas de infertilidad tanto en hombres, como en mujeres.

Cuando una pareja, después de un año de tener relaciones sexuales sin anticonceptivos, consigue una gestación pero no llega a término con un recién nacido saludable, se denomina infertilidad. Además existe la infertilidad primaria y secundaria.

Se entiende por infertilidad primaria cuando la pareja, aun demostrando la capacidad de embarazo, jamás ha conseguido un hijo sano a término, mientras que la infertilidad secundaria ocurre cuando tras haber tenido un embarazo y parto normales, no se consigue una nueva gestación que llegue a término con un recién nacido.¹⁵

Causas de Infertilidad en general para hombres y mujeres:

En el estudio de Hull y colaboradores de 708 parejas, el porcentaje relativo de diferentes causas de infertilidad fue el siguiente:¹⁶

- Desórdenes de ovulación
- Problemas tubáricos
- Factores masculinos

¹⁵ Moreno Rousset, Carmen, (coord.), *Infertilidad y reproducción asistida*, Madrid, Pirámide, 2009, p. 37.

¹⁶ Bostros RMB, Rizk y Hassan N. Sallam, Sallam, *Infertilidad clínica y fertilización in vitro*, Venezuela, Amolca, 2015, p.79.

- Examen postcoital negativo
- Endometriosis
- Infertilidad inexplicada

Las causas de la infertilidad en hombres se pueden clasificar así:

a) Trastornos de control testicular

El problema yace en el eje hipotálamo-hipofisario¹⁷ e incluye:¹⁸

- Defectos de la secreción de FSH¹⁹ y LH²⁰ por hipofuncionamiento (adquirido o congénito), tumor, irradiación o extirpación quirúrgica.
- Hiperprolactinemia primaria (hiperactividad o tumor de las células acidófilas productoras de prolactina) o secundaria a hipotiroidismo (que lleva en aumento de TRH²¹, un agente estimulante de prolactina)
- Medicamentos que afectan el control testicular como esteroides anabólicos (que suprimen la LH) y opiáceos²² (que generan hiperprolactinemia)

¹⁷ Eje hipotálamo-hipofisario: El eje hipotálamo-hipofisario es un sistema cuya función es mantener la regulación y equilibrio de los niveles hormonales hipofisarios, los cuales a su vez coordinan otras funciones del organismo tales como el crecimiento somático, la maduración gonadal, cambios de adaptación al estrés, lactancia, liberación de hormonas tiroideas o la cantidad de agua excretada por el riñón. El mecanismo por el que se mantiene este equilibrio está definido por la acción estimulante o inhibitoria que ejerce el hipotálamo sobre la hipófisis a través de la liberación de hormonas. Luque Ramírez, Manuel y González Quarante, Lain Hermes, *Endocrinología, metabolismo y nutrición, Manual CTO de Medicina y Cirugía*, 2a ed., México, CTO Editorial, 2016, p. 2.

¹⁸ Bostros RMB, Rizk y Hassan, N. Sallam, *op. cit.*, nota 16, p. 80.

¹⁹ FSH: Hormona Foliculoestimulante (*Follicle-Stimulating Hormone*). Hormona secretada por el lóbulo anterior de la hipófisis que estimula la maduración de los folículos ováricos en mujeres. En los hombres, esta hormona es importante para mantener la espermatogénesis. Venes, Donald, *Diccionario Enciclopédico taber de ciencias de la salud*, Madrid, DAE Difusión de Avances de Enfermería, 2008, p. 733.

²⁰ LH: Hormona Luteinizante (*Luteinizing Hormone*). Hormona producida por el lóbulo anterior a la hipófisis, que estimula el desarrollo de las células intersticiales de los testículos y la secreción de testosterona por parte de dichas células. En las mujeres, estimula la ovulación, es decir; ruptura del folículo ovárico maduro, transformación del folículo en el cuerpo lúteo y secreción de progesterona y estrógeno por parte de dicho cuerpo lúteo. *Ídem*.

²¹ TRH: (*Thyrotropin-releasing hormone*) Hormona secretada por el hipotálamo que estimula la hipófisis anterior para que libere tirotrópina. *Ídem*.

²² Opiáceos: 1. Cualquier fármaco que contiene opio o que es un derivado de éste. 2. Cualquier narcótico sintético no derivado del opio. 3. Sustancia como la encefalina o la endorfina que está de manera natural en el cuerpo y que actúa en el cerebro para disminuir la sensación de dolor. *Ibidem* p. 1020.

b) Trastornos testiculares primarios

La falla se encuentra a nivel testicular, a pesar de la presencia de un complejo hipotálamo-hipofisario funcionante: ²³

- Trastornos cromosomales, ej., síndrome de Klinefelter en el que las células contienen 47 cromosomas (44 autosómicos y XXY cromosomas sexuales).
- Inmovilidad por ausencia de ramas de dimana en las colas de los espermatozoides. Esto ocurre en algunos trastornos, como el síndrome de Kartagener en el que la movilidad de todas las cilias del cuerpo está afectada, generando sinusitis y bronquitis.
- Criptorquidismo o testículo no descendido. Si esta condición no es tratada adecuada y tempranamente (tratamiento hormonal o quirúrgico) el testículo afectado podría desarrollar por completo su capacidad espermatogénica.
- Agentes químicos o físicos. La espermatogénesis es inhibida al irradiar los testículos, al usar medicamentos citotóxicos. La espermatogénesis también se puede inhibir por envenenamiento crónico o agudo con metales pesados.
- Orquitis (traumática infecciosa). En particular, las paperas en hombres adultos generan daño testicular permanente.
- Enfermedades crónicas, como diabetes, hipotiroidismo, malignidades u otras enfermedades debilitantes, pueden afectar la espermatogénesis.
- Varicocele. Se cree que la presencia de varicoceles podría aumentar la temperatura de los testículos, dificultando la formación de gametos.
- Desórdenes inmunológicos. Pueden producirse anticuerpos antiesperma que inhiban la espermatogénesis. Dichos anticuerpos pueden producirse después de infecciones o trauma en los testículos, y en pacientes que tuvieron reversión de la esterilización después de una vasectomía.
- Persisten pacientes clasificados como idiopáticos, porque no fue hallada ninguna causa.

²³ Bostros RMB, Rizk y Hassan, N., Sallam, *op. cit.*, nota 16, p.80.

c) Obstrucción del ducto:

A pesar de tener un eje hipotálamo-hipofisario sano, hay una obstrucción de los ductos del sistema genital masculino. Esta puede ser congénita o adquirida después de una infección crónica.²⁴

d) Trastornos de glándulas accesorias

Puede ser debido a una ausencia congénita de las vesículas seminales o infección crónica (es decir, prostatitis, o vesiculitis seminal ²⁵) que genera un incremento en los glóbulos blancos y otras células inflamatorias. El semen contiene remanentes de células y pus, pueden afectar la movilidad de los espermatozoides.²⁶

e) Trastornos del coito, incluyen:

- Baja frecuencia del coito por tener un trabajo que demande actividades excesivas y/o exhaustivas, problemas maritales o falta de interés.
- El uso de lubricantes que pueden afectar la movilidad y la capacidad fertilizante de los espermatozoides.
- Impotencia por causas orgánicas, factores psicológicos o uso de medicamentos.
- Deposición inapropiada del semen (fuera de la vagina), por hipospadias o eyaculación precoz. La última puede tener causas orgánicas (congestión inflamatoria) o psicológicas.
- Eyaculación retrógrada. En esta condición el esperma es eyaculado retrógradamente hacia la vejiga, en lugar de la uretra. Se genera por la ausencia del mecanismo esfintérico en el cuello de la vejiga que normalmente se contrae durante la eyaculación. Este trastorno puede ser causado por enfermedades orgánicas, interferencia quirúrgica o uso de antihipertensivos.²⁷

²⁴ *Ibíd*em p.80.

²⁵ Vesiculitis: Inflamación de una vesícula, De la vesícula seminal. Venes, Donald, *op. cit.*, nota 19, p. 1511.

²⁶ Bostros RMB, Rizk y Hassan, N., Sallam, *op. cit.*, nota 16, p.80.

²⁷ *Ídem.*

Papel del cérvix en la infertilidad

Las funciones cervicales relevantes en la infertilidad se pueden resumir así:²⁸

- a) *Transporte espermático.* La doble organización del moco cervical preovulatorio favorece el transporte espermático de la vagina al cérvix alrededor del momento de la ovulación y lo desfavorece en cualquier otro momento del ciclo.
- b) *Protección.* El pH alcalino de 8.5 del moco protege a los espermatozoides del pH ácido de la vagina y de ser fagocitados. El pH ideal para la migración y la supervivencia espermática es de 7 a 8.5.
- c) *Energía.* Provee suplementos energéticos para los espermatozoides.
- d) *Filtración.* Filtra los espermatozoides lentos y anormales, permitiendo el paso, a intervalos, de los espermatozoides con movilidad normal. Se pueden encontrar espermatozoides normales en la fimbrias²⁹ de la trompa de Falopio pocos minutos después del coito. Se cree que el paso de los espermatozoides ocurre a intervalos (posiblemente asistido por contracciones uterinas).
- e) *El cérvix actúa como reservorio de espermatozoides.* Normalmente se pueden encontrar espermatozoides activos en el moco preovulatorio hasta 72 horas después del coito.
- f) *Capacitación.* Aunque se ha pensado que la capacitación de los espermatozoides ocurre en el cérvix, actualmente se duda de ello por la capacidad de éstos para fertilizar un óvulo in vitro sin exposición al moco cervical.

²⁸ *Ibíd.*, p.98.

²⁹ Fimbria: Cualquiera estructura similar a un fleco o a un reborde. Pelos; en el caso de bacterias, apéndices filamentosos bacterianos, pueden encontrarse cientos en una única célula. Una de sus funciones es la de unir las bacterias a las células del huésped y otra la de encargarse de la propulsión de las células bacterianas. Venes, Donald, *op. cit.*, nota 19, p. 591.

Causas cervicales de Infertilidad

Se pueden clasificar en *orgánicas* y *causas funcionales*:³⁰

- Causas orgánicas:
 - a. *Infecciones en el cérvix*. Incluye infecciones no específicas, erosiones y cervicitis crónica. Aunque se puede observar fecundación en la presencia de infección, esta debe ser tratada porque puede ser lesiva para el espermatozoide. La cervicitis crónica llega hasta el fondo de las criptas, por lo que es difícil de tratar.
 - b. *Tumores cervicales*. Se incluyen pólipos³¹, fibromas³² y variantes malignas (cáncer cervical). Un tumor puede causar obstrucción cervical, congestión del cérvix, alteración de la fisiología normal del cérvix, y aumenta en riesgo de cervicitis.
 - c. *Estenosis de cuello uterino*. Es difícil imaginar que los espermatozoides no pueden pasar por un orificio cervical externo si lo hace la menstruación. La infertilidad es causada por la asociación entre estenosis de cuello uterino con hipoplasia de útero y sistema reproductor femenino subdesarrollado.
- Causas funcionales
 - a. *Producción inadecuada del moco*: puede deberse a anovulación³³, pero puede ocurrir durante la ovulación por receptores de estrógenos

³⁰ Bostros RMB, Rizk y Hassan, N., Sallam, *op. cit.*, nota 16, p.98.

³¹ Pólipos: Los pólipos uterinos, también denominados pólipos endometriales, se producen porque una parte de tejido endometrial sobresale hacia la cavidad uterina. El síntoma más común es el sangrado. También pueden dificultar la consecución del embarazo. La mayoría son benignos, pero algunos de estos pólipos pueden causar cáncer. El tratamiento de elección consiste en su extracción mediante una histeroscopia quirúrgica, una operación muy sencilla que no suele presentar complicaciones. Reproducción asistida: <https://www.reproduccionasistida.org/polipos-uterinos/>. Fecha de Consulta: 23 de Abril 2018 a las 07:00 hrs.

³² Fibromas: Tumor de tejido conectivo fibroso y encapsulado. Tiene forma irregular y es de lento crecimiento y de consistencia firme. La presión o la degeneración quística pueden causar dolor. Puede afectar al periostio, a los maxilares, al occipucio, a la pelvis, a las vértebras, a las costillas, a los huesos largos o al esternón. Venes, Donald, *op. cit.*, nota 19, p. 583.

³³ Anovulación: Ausencia de ovulación. En general, estos trastornos se presentan durante el ciclo reproductivo de la mujer, originándose en la pubertad cuando la ovulación es irregular y

alterados en el cérvix. Esta condición puede manifestarse de novo o ser efecto de medicamentos como el citrato de clomifeno. Los medicamentos anti-estrogénicos bloquean los receptores en el cérvix y disminuyen la producción de moco en la mitad.

- b. *Anticuerpos anti-esperma en el moco cervical*: El semen humano tiene alrededor de 30 antígenos capaces de producir reacciones humorales. Los antígenos son espermáticos o del fluido seminal. En mujeres susceptibles, estos anticuerpos pueden ser circulantes.³⁴

Causas uterinas de Infertilidad

El útero es una incubadora donde el óvulo fertilizado es incrustado y crece hasta el momento del nacimiento. Problemas en esta incubadora pueden llevar a la infertilidad. Las causas uterinas más comunes de infertilidad son las siguientes:

Anormalidades congénitas del útero

Las malformaciones del útero pueden generar infertilidad y se clasifican así:³⁵

- Ausencia completa, aplasia
- Malformación rudimentaria de uno o ambos lados. Un cuerno rudimentario puede, o no, comunicarse con la vagina.
- Obstrucción congénita transversa en el cérvix, duplicación incompleta del canal cervical con obstrucción total del orificio cervical interno.
- Hipoplasia, que varía desde un útero pequeño y rudimentario, hasta un útero de 2/3 del tamaño normal, con o sin trompas y ovarios, o un útero sin cavidad.
- Útero unicorne que puede comunicarse con un cérvix normal o uno obstruido.
- Doble útero.
- Útero solidaris con útero unicorne.

se repiten después del embarazo y durante la menopausia. Una de las enfermedades que causa la anovulación es el síndrome de *Stein-Leventhal* (poliquistosis ovárica) entre otras. Venes, Donald, *op. cit.*, nota 19, p. 89.

³⁴ Bostros RMB, Rizk y Hassan, N., Sallam, *op. cit.*, nota 16, p.100.

³⁵ *Ibidem*, p.126.

- División parcial uterina: doble cuerpo parcial con sólo un cérvix, septo uterino parcial y sólo un cérvix, arcuato o en forma de corazón con doble cervix.
- Úteros comunicados: estas comunicaciones son usualmente muy pequeñas y localizadas al nivel del orificio cervical interno.

Por todo lo antes expuesto, inferimos que en base a la amplia información acerca de la infertilidad, no cabe duda que se requiere de un médico especialista en el tema a fin de que nos pueda explicar los términos médicos relacionados a todas y cada una de las anomalías fisiológicas que se presentan en el aparato reproductor del hombre y la mujer y de esta manera ampliar nuestra comprensión acerca del tema. Como bien se puede observar son muchas la causas de la infertilidad, misma que puede surgir tanto en hombres como en mujeres; es por ello que apoyamos la idea de regular el procedimiento para llevar a cabo la GS en nuestro país, precisamente bajo esta causal, pues como veremos más adelante los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia, se encuentran protegidos principalmente por nuestra Constitución Federal.

En México, entre 4 y 5 millones de parejas sufren problemas de fertilidad y cada año se suman más, de acuerdo con información del Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Esta cifra demuestra que un porcentaje considerable de parejas tiene dificultades para concebir. En consecuencia, el número de personas que se someten a tratamientos de reproducción asistida ha incrementado en los últimos años. La infertilidad afecta a mujeres y hombres por igual. Los especialistas creen que este problema de salud va en aumento por circunstancias como el estrés, el consumo de alcohol y tabaco, la mala alimentación y la postergación de la maternidad, además de factores genéticos y hormonales. Entre las principales causas de infertilidad femenina se encuentra la endometriosis, que afecta la calidad de vida de 7 millones de mexicanas, según la Organización Mundial de la Salud. También encontramos causas como el Síndrome de Ovario Poliquístico³⁶ y las enfermedades de transmisión sexual.

³⁶ Síndrome de Ovario Poliquístico: Es un trastorno endócrino y metabólico, heterogéneo, de probable origen genético o epigenético, cuyas principales características clínicas son

Afortunadamente, los avances médicos y científicos nos han permitido lograr que más personas y parejas tengan un bebé gracias a la reproducción asistida. En muchos casos, puede lograrse con un diagnóstico oportuno y el tratamiento adecuado. Hoy en día, existen diversos tratamientos y servicios en México para lograr el embarazo. Antes de recibir un tratamiento por infertilidad, un especialista debe evaluar a la pareja para conocer el padecimiento o problema que tienen. Esto ayudará a identificar qué tratamiento o técnica reproductiva necesitan para lograr el embarazo.³⁷

Se concluye entonces que la GS abre la puerta de las posibilidades para lograr el sueño, el deseo o anhelo de ser madre o padre de un hijo biológico. Es así que el avance de la tecnología en materia de reproducción humana permite dejar en el pasado las barreras u obstáculos que la infertilidad impacta en la vida adulta del ser humano. Hoy en día dicho método de reproducción asistida brinda al ser humano una solución efectiva para ejercer la maternidad o paternidad, dando esto como resultado, lograr uno de los fines del ser humano, como es el reproducirse como lo indica el ciclo de la vida.

1.3 La Reproducción Asistida

Ya se ha mencionado que la gestación sustituta es una forma de reproducción humana asistida, sin embargo; no se ha precisado qué significa la reproducción asistida. A continuación se entenderá:

La reproducción asistida es el conjunto de tratamientos médicos y técnicas que facilitan el embarazo cuando este no se consigue de forma natural, ya sea por

hiperandrogenismo y trastorno menstrual; es influido por factores ambientales como la nutrición y la actividad física. Afecta entre 3% y 7% de las mujeres en edad reproductiva en diferentes poblaciones. Por esto se le ha considerado como uno de los trastornos endocrinos más frecuentes en el periodo reproductivo. El SOP se asocia con sobrepeso y obesidad en cerca de 80% de los casos en algunas poblaciones, principalmente con distribución abdominal y anomalías metabólicas, como resistencia a la insulina. Tena Álvarez, Gilberto, *Ginecología y Obstetricia*, México, UNAM, 2013, pp. 410-411.

³⁷ Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción (AMMR): <https://ammr.org.mx/situacion-de-la-infertilidad-en-mexico/> Fecha de Consulta: 3 de Abril de 2019 a las 10:49 hrs.

infertilidad masculina, femenina o ambas. Actualmente, los principales tratamientos de fertilidad son la inseminación artificial y la fecundación in vitro.³⁸

Se concluye al respecto que la reproducción asistida con ayuda de la tecnología viene a preservar la especie, además de lograr coadyuvar al proceso natural del ser humano, que es nacer, crecer, reproducirse y morir, brindando a su vez bienestar. También abre la posibilidad de ser padres o madres a las parejas o matrimonios homosexuales.

1.3.1 Métodos de Reproducción Asistida

Una vez comprendido lo que significa la reproducción asistida, se hace necesario comprender su clasificación, que es de la siguiente manera:

1. *Inseminación Artificial:*

Consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual, y puede ser de manera homóloga o heteróloga; según la fuente de donde se obtenga el semen. Recibe el nombre de “artificial” porque la conexión entre óvulo y espermatozoide no se hacen de forma natural, aunque la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza.

La técnica que se puede utilizar es intravaginal, cervical o pericervical e intrauterina,³⁹ siendo esta última la más utilizada en la actualidad.⁴⁰

³⁸ Así lo determinan los ginecólogos: Dra. Blanca Paraíso y Dr. Miguel Dolz Arroyo y las embriólogas: Sara Salgado y Zaira Salvador, en Reproducción Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/> Fecha de Consulta: 10 de marzo de 2017 a las 14:00 hrs.

³⁹ Técnica Intravaginal: En este tipo de Inseminación Artificial el semen, tal como es eyaculado, es colocado en el fondo de la vagina. Es la técnica de Inseminación Artificial que se utiliza en los casos de imposibilidad de realizar el coito por parálisis o disfunción sexual. En este caso el médico puede entrenar al paciente a que recoja la muestra por masturbación y lo inyecte en la vagina.

Técnica Intrauterina: Es un procedimiento donde el semen se procesa y los espermatozoides se reconcentran para ser depositados posteriormente en el útero, usando un tubo (catéter) de material sintético delgado y flexible.

Reproducción Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia/> Fecha de Consulta: 30 de Abril de 2017.

⁴⁰ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación Artificial y fecundación in vitro humanas, un nuevo modo de filiación*, México, Universidad Veracruzana, 2001, pp. 38-39.

Como lo mencionamos anteriormente, de la Inseminación Artificial surgen dos tipos de la misma, a continuación se explicarán la inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga.

a) Inseminación Artificial homóloga:

Recibe este nombre porque el espermatozoide se toma del propio marido y se hace llegar al óvulo de la esposa, introduciéndolo en el útero materno. Es decir, se realiza como si sucediera por vía natural, pues el semen se deposita en la vagina, en el cérvix o en el útero, según las indicaciones médicas, en el momento en que la ovulación está próxima a realizarse.

Esta técnica se realiza cuando obstáculos orgánicos⁴¹ impiden la fecundación, sea por la imposibilidad de depositar en forma natural el semen en el fondo de la vagina o cuando la acidez de la matriz es tal que paraliza a los espermatozoides antes de que lleguen a las trompas; por malformaciones congénitas del aparato sexual masculino o de la mujer, en ausencia de condiciones adecuadas para la fecundación en el semen del varón pero subsanables con la utilización de la ciencia (escaso número de espermatozoides, escasa vitalidad o movilidad, etc.), alteraciones en el moco del cuello del útero, rechazo inmunológico del semen a nivel de la vagina o cuello del útero, etcétera.⁴²

⁴¹ Estos obstáculos orgánicos hacen referencia a causas orgánicas que pueden ser, en principio:

- a) *Endócrinas*, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.
- b) *Procesos toxicoinfecciosos*, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.
- c) *Uterinas*, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometriosis y sinequias.
- d) *Inmunológicas*, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoinplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 315.

⁴² Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 40, p. 39.

b) La inseminación artificial heteróloga:

A diferencia de la inseminación homóloga, esta se practica con el semen de un donador, cuando hay esterilidad del marido causada por una azoospermia (ausencia de espermatozoides) de cualquier tipo; o por no tenerlos en número suficiente (oligospermia) o con la vitalidad indispensable (astenospermia), anomalías cromosómico-genéticas, enfermedades genéticas o infecciones graves del varón, transmisibles a la descendencia.

El procedimiento de inseminación artificial heteróloga puede ser realizado de dos formas: con semen fresco, que no es complicado, pues el espermatozoides del proveedor, obtenido por masturbación, es recibido en una probeta, luego se le hace llegar al médico para que sea utilizado de inmediato; o con semen congelado, cuya conservación constituye un proceso complejo, ya que el espermatozoides debe ser mezclado con citrato de glicerol, clara de huevo, fructuosa y citrato de sodium. El procedimiento exige extremas preocupaciones; la mezcla obtenida es repartida en probetas que se etiquetan y conservan en nitrógeno líquido. Posteriormente, se congela a una temperatura entre 96° y 196° pudiendo conservarse por muchos años. La descongelación representa también un problema, debido a la elevación de la temperatura puede dañar a los espermatozoides; debe ser gradual; primero para descongelar y luego para alcanzar la temperatura ambiente.

La inseminación debe realizarse en el momento más favorable del ciclo menstrual, es decir, el más cercano a la ovulación. Con una jeringa de plástico se deposita una pequeña cantidad de espermatozoides en el fondo de la vagina, cerca del cuello del útero, algunas veces en el mismo útero.

Su procedimiento es distinto, pues este ocurre en probeta. Al igual que la inseminación, puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo de la cónyuge o de una mujer extraña, de semen del marido o de un donante.⁴³

⁴³ *Ibidem*, pp. 40-41.

2. La Fecundación In vitro:

La fertilización in vitro y el cultivo de embriones son técnicas que permiten crear una trompa de Falopio artificial en la cual puede ocurrir la fertilización y continuar la segmentación hasta el momento en que el embrión sea transferido al útero. Es decir; en la fecundación in vitro, se supe a la trompa de Falopio en sus funciones de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.

El procedimiento es bastante complejo, pero en términos generales supone:

a) Superovulación⁴⁴ (las posibilidades de embarazo son escasas si sólo se fertiliza un óvulo, de ahí que sea necesario obtener varios óvulos);

b) Laparoscopia⁴⁵ y una técnica adecuada de extracción, es decir, intervención quirúrgica para remover óvulos maduros, para lo que se requiere una exacta cronometración;

c) Cultivo del óvulo, una vez extraído se le ubica en el fluido de cultivo en la incubadora, hasta que un periodo de 5/12 horas está apto para la fecundación;

d) Fecundación in vitro⁴⁶ con semen previamente recolectado, analizado y preparado para la unión de ambos gametos en la incubadora;

e) Incubación por algunos días a fin de constatar su desarrollo normal; y

f) Transferencia del embrión al útero femenino.

Este último paso constituye una modalidad en la transferencia de embriones, la otra forma de transferencia de embriones se conoce como lavado y supone la fertilización del óvulo mediante inseminación artificial y luego de tres o cuatro días,

⁴⁴ Superovulación: Hiper-estimulación de la ovulación mediante la administración de hormonas estimulantes. Diccionario Médico: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/superovulacion>. Fecha de Consulta: 23 de Abril de 2019 a las 6:00 hrs.

⁴⁵ Laparoscopia: El objetivo de esta técnica es diagnosticar y solucionar todo problema que se detecte durante el curso de la intervención. Las principales indicaciones de esta técnica son: el estudio de la esterilidad, el diagnóstico de malformaciones uterinas, el dolor pélvico, la ligadura de trompas, la endometriosis, los quistes y masas ováricas, el embarazo ectópico, la ooforectomía, miomectomía, salpingectomía, el drilling ovárico, la histerectomía, etc. Reproducción Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/cirugia-endoscopica-histeroscopia-y-laparoscopia/#laparoscopia>. Fecha de Consulta: 23 de Abril de 2019 a las 6:10 hrs

⁴⁶ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, *op. cit.*, nota 12, p. 382.

justo antes de la implantación, se remueve el óvulo fertilizado para transferir al útero de otra mujer, cuyo ciclo menstrual ha sido sincronizado con la donante. El resto del proceso se lleva a cabo de forma natural.

Se recurre a la fecundación in vitro cuando hay esterilidad femenina por malformación o disfunción de los ovarios (con necesidad de proveedores), anomalías de las trompas de Falopio y endometriosis⁴⁷.

En la actualidad y en relación con la fecundación in vitro, se señala que los experimentos en este campo prometen aportar nuevos conocimientos sobre el proceso de nacimiento de la vida, que podría facilitar la prevención de muchos azares que corre la vida fetal en sus inicios y una mejora general de las condiciones en que se desarrolla durante sus primeras etapas.⁴⁸

3. *Gestación Sustituta:*

Se utiliza en los casos de falta de útero o malformación uterina y se realiza a través de la fecundación in vitro y transferencia o inseminación artificial.

Consistiendo lo anterior en contar con los servicios o la actitud altruista de una mujer para que lleve el embarazo y posteriormente entregue el niño o la niña, al nacer a las personas que lo han encargado. Y como anteriormente ya se explicó, se pueden revestir formas diversas de la maternidad-paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado; los padres legales, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos que vienen siendo los proveedores del óvulo y del esperma; finalmente, la madre portadora, quien se limita a llevar el embarazo.

⁴⁷ La endometriosis ocurre cuando las células del revestimiento del útero (matriz) crecen en otras zonas del cuerpo. Esto puede causar dolor, sangrado abundante, sangrado entre periodos y problemas para quedar embarazada (infertilidad). Todos los meses, los ovarios de una mujer producen hormonas que le ordenan a las células del revestimiento del útero hincharse y volverse más gruesas. El útero elimina estas células junto con sangre y tejido a través de la vagina cuando usted tiene el periodo.

La endometriosis ocurre cuando estas células crecen por fuera del útero en otras partes de su cuerpo. Este tejido se puede pegar a: Ovarios, Trompas de Falopio, Intestinos, Recto, Vejiga o Revestimiento de la zona pélvica, igualmente, puede crecer en otras zonas del cuerpo. Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Medline Plus, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000915.htm> Fecha de Consulta: 8 de octubre de 2017 a las 22:00 hrs.

⁴⁸ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 41-42.

Por tanto, la mujer inseminada es una mujer sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril o infértil.

Quienes recurren a esta práctica son mujeres que cuentan con gónadas normales capaces de ovular pero que, por alguna causa, no pueden lograr un embarazo o este no puede llegar a término ya sea por tener una matriz infantil, aborto recurrente, malformaciones uterinas, etc.⁴⁹

Es importante concluir que se hace necesario hacer una breve reflexión respecto de los diferentes métodos de reproducción asistida, ya que podemos observar que en especial la GS ha traído consigo interrogantes morales, religiosas pero principalmente jurídicas, siendo estas últimas las que son de nuestro interés, pues son las que hoy en día impactan en la sociedad y de ello depende el correcto y buen funcionamiento de la misma. Para efectos del presente trabajo no es objeto del mismo hablar de los anteriores métodos ya descritos, empero sí es importante reflexionar todas las consecuencias que emergen de la GS.

1.4 El Matrimonio

Para definir al matrimonio, nos basaremos en la definición que refiere el Código Civil para del Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México y que a la letra, dice lo siguiente:

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

Podemos observar que este artículo se encuentra actualizado de acuerdo a las necesidades sociales y por tanto; el principio de progresividad de los derechos humanos también se hace presente en el artículo antes citado, pues como se puede observar, ya se incluyen a las personas cuyas preferencias sexuales corresponden a personas de su mismo sexo, es por ello que notamos la exclusión en este artículo de la anterior definición de matrimonio que refería el Código Civil para del Distrito

⁴⁹ Cfr. Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 42-43.

Federal, hoy para la Ciudad de México, en donde hacía mención únicamente de la unión entre un hombre y una mujer.

Para el presente tema de investigación es muy importante destacar los derechos de los cónyuges, mismos que se encuentran protegidos por el artículo 162 del código ya referido y que a la letra menciona lo siguiente:

“Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”

Es pertinente señalar que este artículo resulta ser de gran interés y fundamento para defender nuestra postura, que se inclina a favor de legalizar la GS a través de un procedimiento legal, en donde también se determinen los requisitos legales que deben cumplimentar las partes interesadas en llevar a cabo este método de reproducción asistida.

Cabe señalar que el objeto del matrimonio requiere ser física y jurídicamente posible; la imposibilidad de cualquiera de sus formas origina la inexistencia del acto jurídico. Así mismo; el objeto directo consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, de la tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida común, ayuda recíproca, entre otras cosas; así, si procrean hijos esto originará consecuencias jurídicas.⁵⁰

Se concluye entonces que el matrimonio es la unión entre dos personas que se realiza de manera formal, legal y pública. Esta unión legal permite ejercer para ambas partes un cúmulo de derechos y obligaciones que son reconocidos por el Estado. Ahora bien, para el caso de la Ciudad de México, se observan dos elementos: en el primero, ya existe la libertad para utilizar cualquier método de reproducción asistida a fin de proteger el derecho humano a reproducirse y fundar

⁵⁰ 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, Análisis Doctrinal Legislativo y Jurisprudencial, México, SISTA, 2005, p. 41.

una familia, el segundo elemento es la omisión que se hace para restringir a la GS. Se puede inferir también que para las personas infértiles o para las parejas incapaces de concebir, este artículo abre una puerta de posibilidades para poder tener un hijo biológico y para poder establecer con él su respectivo parentesco y filiación, fungiendo entonces como sus padres biológicos y legales.

1.5 La Familia

El objetivo que persigue la gestación sustituta se basa en la constitución de una familia, por tanto; se hace necesario comprender la definición de familia para posteriormente diferenciar los tipos de familia que existen y que a continuación se exponen:

La familia es un grupo de personas que surge naturalmente, inicia en las sociedades primitivas, es la institución más antigua.

Aristóteles la reconoce como forma primaria de asociación, es natural y estructura a la sociedad. Su objeto es proveer a la satisfacción de las necesidades cotidianas.

Para Augusto Comte, la familia es la verdadera unidad social y de ella nace la sociedad, está unida naturalmente por el afecto y lleva en sí misma la facultad de perpetuarse. Es la institución básica, central, cualquier cambio en ella influencia profundamente tanto sobre el individuo como sobre el conjunto de la sociedad.⁵¹

La familia como institución tiene una fuerte influencia en la cultura (la religión, la moral, el derecho, y la costumbre), originalmente se constituía por exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, así como por una necesidad de orden económico de los pueblos cazadores y agricultores.

Sin duda alguna, la familia ha sido, sigue siendo y seguirá constituyendo la célula fundamental de la sociedad, es el núcleo primario y fundamental para proveer

⁵¹ Moreno Collado, Jorge, *et. al.*, *Sociología General y Jurídica*, México, Porrúa, 2017, p. 122.

a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos, para su crecimiento y desarrollo.⁵²

En el ámbito Internacional existen instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que señalan:

“La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁵³

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños.

El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.

La gestación sustituta tiene por finalidad originar una nueva familia compuesta por los padres biológicos y su hijo y se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, tomada por los solicitantes y la gestante, pero sus efectos se diseminarán y producirán cambios en las relaciones familiares.

Estas consecuencias justifican la injerencia del Estado para establecer normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales se protejan los intereses de todos los que sean parte de los procesos cuyas consecuencias les atañe, además de la Normativa, el Estado intervendrá a través de ciertos órganos; el registro Civil para el levantamiento de actas respectivas y los tribunales para comprobar que se han cumplido los requisitos y formalidades y, en su caso, aprobar los acuerdos de subrogación o para resolver los conflictos que pudieran suscitarse.⁵⁴

Por lo antes mencionado se concluye que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, del cual depende la educación, la cultura y los comportamientos de la sociedad en general. En este orden de ideas la familia es un importante objeto de estudio por parte del Estado, pues de esta dependerán los cambios sociales.

⁵² Sánchez Márquez, Ricardo, *Derecho Civil*, 4a ed., México, Porrúa, 2012, p. 227.

⁵³ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/3769.pdf>, p. 8.

⁵⁴ Brena Sesma, Ingrid, *Reproducción asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, pp. 149-150.

No sin antes destacar que la familia tiene una regulación jurídica que delimita sus acciones y reconoce sus derechos los cuales deben ser estudiados constantemente por el Estado, ya que si la familia evoluciona, su regulación jurídica debe hacerlo también.

1.5.1 El derecho de familia

El presente tema, es un tópico de interés para el derecho de familia, sin embargo; debemos tener presente qué es el derecho de familia, cuál la función y trascendencia que éste puede tener en la sociedad. A continuación proporcionaremos la siguiente definición.

Bonnecase señala lo siguiente:

“Por Derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.”⁵⁵

Se concluye entonces que el Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización y la disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial. Así mismo, regula sus relaciones patrimoniales e interpersonales.

1.5.2 La familia desde el punto de vista biológico

Es el grupo humano, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre y mujer, y se caracteriza por la unión sexual y la procreación.⁵⁶

Es así que a través de la procreación, se generan lazos de sangre; por lo tanto, deberá de entenderse como grupo constituido por la pareja y sus descendientes, sin limitación alguna. La familia como fenómeno biológico abarca a todos los que por el solo hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, genera lazos sanguíneos entre sí, debido a ello, el concepto biológico de

⁵⁵ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Familiar*, México, PAC, 2012, p. 229.

⁵⁶ 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, *op. cit.*, nota 50, p. 31.

familia desde el punto de vista biológico indudablemente implica unión sexual y procreación.⁵⁷

Al respecto, se concluye que la familia desde este punto de vista biológico se forma por una pareja heterosexual que decide procrear de manera libre y voluntaria y que además resulta ser el más estrecho vínculo consanguíneo y el más común en la sociedad. Este tipo de familia ha sido el más antiguo y ofrece a sus integrantes un vínculo además de consanguíneo, emocional, despertando así el instinto de protección entre sus miembros, además de acoger a sus integrantes y de velar por sus intereses, procurándose entre sí: amor, unión, respeto, confianza, enseñanza, apoyo, etc.

1.5.3 La familia desde el punto de vista sociológico

Se trata de una institución social formada por todas las personas unidas en razón del parentesco consanguíneo, y todos los demás individuos unidos a ellos por intereses económicos (la formación de alguna empresa mercantil, por ejemplo), religiosos (en razón de pertenecer a un culto religioso), de ayuda (pertenecer y prestar servicios gratuitos a alguna asociación civil), o de cualquier otra índole, que puede ser deportiva, artística, entre otras.⁵⁸

Dentro de cualquier concepción política, jurídica o sociológica la familia es la más importante semilla y factor inicial de toda sociedad. Siempre ella es y ha sido la base generadora en la evolución de las agrupaciones humanas, de la sociedad, entendida como un grupo de personas unidas por lazos de consanguinidad, matrimoniales o de adopción, que viven juntos de manera permanente por un tiempo considerable.⁵⁹

La familia es la célula social por excelencia. Es la agrupación natural más importante de personas, porque no es posible la vida en sociedad sin familia.⁶⁰

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ *Ídem.*

⁵⁹ Alzate H., Francisco Javier, *Fundamentos de Sociología Jurídica*, Colombia, Universidad Libre seccional Colombia, 2006, p. 109.

⁶⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de Familia y de menores*, Colombia, Jurídicas Wilches, 1991, p. 12.

La familia desde el punto de vista sociológico es también una organización social que vigila y promueve el desarrollo y bienestar de sus miembros, los cuales están vinculados por unión sanguínea y/o social. En ella se construyen patrones de conducta, comportamiento, oportunidades, expectativas e incentivos de todos sus miembros. Cubre necesidades de protección, crianza, realización y acción productiva, reconocimiento, resguardo de la vejez y crisis de la vida, creando un espacio donde el individuo se desarrolla, expresa impulsos, emociones y sentimientos.⁶¹

Se ha observado que la familia aún sigue siendo la base de la organización de la sociedad, pero también se han dado tendencias a una mayor diversificación de las maneras de organizar la vida familiar, como consecuencia de fenómenos sociodemográficos y culturales como: incremento del número de divorcios, reducción de la tasa de fecundidad, planificación familiar y la transformación en las ideas acerca de lo que es la familia en sí.⁶²

Independientemente del tipo de familia, se considera que esta sigue siendo el grupo fundamental para la transmisión de costumbres, normas, valores, obligaciones y formas de relacionarse.⁶³

Entonces, desde el punto de vista sociológico, en la familia surge el proceso que se inicia desde que el individuo nace y nunca concluye, a través del cual llega a adquirir personalidad humana, por la adaptación a las normas y valores sociales que va aprendiendo. La socialización es pues, un proceso mediante el cual el individuo va adoptando los elementos socioculturales de su medio ambiente y los integra a su personalidad para adaptarse a la sociedad, aprendiendo las reglas que regulan su comportamiento social.⁶⁴

La familia es precisamente el lugar en donde el individuo va a abreviar el conocimiento tanto para su integración en el ámbito social y, como parte de la sociedad, en el cultural, económico y moral. Es precisamente dentro del seno

⁶¹ Oudhof van Barneveld, Hans, *et al.*, *Socialización y Familia*, México, Fontamara, 2008, p. 34.

⁶² *Ibidem*, p. 7.

⁶³ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁴ Santiago Hernández, Ana Rosa, *Sociología*, México, Esfinge, 2006, p. 91.

familiar en donde se establecen lazos de solidaridad humana más fuertes de la persona, en donde se aprende a amar y a ser amado, o bien en donde se configuran las asociaciones económicas que nos permiten ser autosuficientes y producir u obtener los satisfactores que como seres humanos nos son indispensables para nuestra supervivencia. Sin familia, el individuo está expuesto a perecer, ya que es el ser más vulnerables de la naturaleza y necesita de sus congéneres para permanecer, desarrollarse y subsistir.⁶⁵

Frente a esta perspectiva de la familia se concluye que es un tanto discrepante a comparación del concepto bajo el enfoque biológico anteriormente visto, pues la familia desde el enfoque sociológico no implica precisamente un lazo consanguíneo, sino lo que este tipo de familia tiene en común y el motivo que produce la unión entre sus miembros es el conjunto de intereses comunes, objetivos, metas que generarán bienestar común. Su fin es alcanzar precisamente estas metas u objetivos en conjunto, para un determinado fin ya sea personal-individual, social, económico, religioso, cultural, etc.

1.5.4 La Familia desde el punto de vista jurídico

El tratadista Díaz, define a la familia como “la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.”⁶⁶

La familia desde el punto de vista jurídico, una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el parentesco de consanguinidad o adopción.

Jurídicamente comprende a los ascendientes y a los parientes en la línea colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelo, hermanos, tíos, primos y sobrinos).

Produce efectos jurídicos como los impedimentos para contraer matrimonio, la obligación alimenticia recíproca entre los parientes, esto es, entre cónyuges, y éstos

⁶⁵ Patiño Manfer, Ruperto (coord.) y Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles (coord.), *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2011, p. 235.

⁶⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 60, p.3.

con los hijos y viceversa; así como el desempeño de los cargos de tutor y curador, y de sucesión testamentaria, en casos específicos en que la ley así lo determine.

Dicho lo anterior, se concluye que la familia vista desde este enfoque, atiende a las relaciones derivadas de la unión de una pareja a través del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como los provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos tales como deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia.

1.5.5 Fines de la familia

Los fines de la familia son los siguientes:

- a) Tiene como fin natural la continuación responsable de la especie humana;
- b) Debe cooperar con el Estado y las organizaciones intermedias al establecimiento de la sociedad;
- c) Es responsable de la salud física y mental de sus miembros;
- d) Es didáctica y socializadora de sus miembros;
- e) Tiene una función económica, además de la regulación de las relaciones sexuales.⁶⁷

Se puede concluir entonces que dentro los fines de la familia se encuentran la acción procreadora y educadora teniendo a su vez una función social importante, esto en razón de que la familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera forma de educación, que posteriormente se convierte en el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma.

⁶⁷ *Ibídem*, p.35.

En este sentido las familias debieran crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad.

1.5.6 Tipos de Familia

- *Familia Legítima:*

Se deriva de la unión ya sea entre dos personas de diferentes sexos o entre dos personas del mismo sexo y de la procreación que dentro de la institución del matrimonio surge; esto representa una unión fisiológica atendiendo a la naturaleza humana.

- *Familia Natural:*

Se deriva de la unión de dos personas de diferentes sexos o entre dos personas del mismo sexo y de la procreación fuera del matrimonio y se funda en el concubinato. Se caracteriza por no contraer nupcias ante las formalidades y solemnidades, y que conviven como si fueran esposos o cónyuges ante la sociedad.

- *Familia Monoparental:*

Es aquella familia compuesta por un solo progenitor (papá o mamá) y uno o varios hijos.

- *Familia Homoparental:*

Relación estable de hecho o matrimonial entre dos personas del mismo sexo, que tienen hijos por intercambios de uno o ambos miembros de la pareja, por adopción y/o procreación asistida. Reivindica una sexualidad no procreadora entre la pareja. A diferencia de las demás configuraciones familiares, sus relaciones no son de reproducción, pero no excluye su capacidad o disponibilidad para ejercer la parentalidad.⁶⁸

⁶⁸ Rondón García, Luis Miguel (coord.) y Funes Jiménez, Eva (coord.), *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares*, España, Universidad Internacional de Andalucía, 2011, p. 84.

- *Familia Extensa:*

Se estructura marcadamente por los propios cónyuges y sus hijos, además de los ascendientes de uno o de ambos de sus integrantes, de los descendientes en segundo grado y hasta el cuarto grado, a los colaterales hasta el sexto grado, a los afines y a los adoptivos.

- *Familia Nuclear o Conyugal:*

La familia nuclear o conyugal está compuesta exclusivamente por los progenitores y los hijos, situación de la cual se originan una serie de relaciones jurídicas, que pueden ser en relación a los propios cónyuges, de éstos con los hijos, y con respecto al patrimonio familiar; y se encuentra en la institución del matrimonio.⁶⁹

Finalmente se concluye que actualmente los cambios sociales nos exigen reconocer que cuando hablamos de familia no nos referimos solo a un sistema nuclear, sino más bien, a un conjunto de maneras de concebir a la familia desde nuevas estructuras.

1.6 Parentesco

El parentesco es una figura jurídica trascendente para las personas que guardan un vínculo consanguíneo o legal y a partir de ello, los derechos y obligaciones entre sí, para quienes tiene dicho vínculo. Por tanto este tema resulta ser de gran interés para la gestación sustituta, a continuación citaremos la siguiente definición.

El parentesco es un hecho que para tener efectos jurídicos, es necesario que lo reconozca y reglamente la ley. Sólo así los hechos producen consecuencias jurídicas de modo permanente.

Cabe mencionar que la ley no reconoce más parentesco que el de consanguinidad, afinidad y el civil por medio de la adopción.⁷⁰

⁶⁹ 300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, op. cit., nota 50, pp. 31-36.

⁷⁰ *Ibíd.*, p.19.

Por consiguiente se concluye que el parentesco es el conjunto de vínculos que se establecen entre personas que descienden unas de otras, como los hijos del padre y los nietos del abuelo, o bien de un progenitor común, como los hermanos, los tíos y sobrinos, etc. Esto nos lleva por tanto a definir el parentesco, como el conjunto de relaciones que se establecen entre personas que descienden unas de otras, o de un progenitor común. El parentesco se divide en tres especies: por consanguinidad, por afinidad y civil, como se estudiará más adelante.

1.6.1 Parentesco consanguíneo

Es el que existe entre personas que descienden de un tronco común, y también se da en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.⁷¹

Ahora bien, citemos la definición que nos refiere el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México y que a la letra dice lo siguiente:

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

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

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

Concluimos entonces que vale la pena destacar un extracto del artículo citado, pues es muy importante comentar dos elementos que observamos en este precepto: el primero; consiste en que este Código ya contempla los hijos que son nacidos a través de un método de reproducción asistida a diferencia, por ejemplo; del Código Civil del Estado de México que únicamente menciona lo siguiente de manera muy somera:

“Artículo 4.118.- El parentesco consanguíneo es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.”

⁷¹ Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 55, p. 19.

A diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, el Código Civil para el Estado de México, no contempla ni prevé que el parentesco también se puede adquirir por el hecho de tener un hijo que sea producto de reproducción asistida, razón por la cual es necesaria su actualización de acuerdo a las necesidades sociales que actualmente se viven en nuestro país, como resultado del uso de los métodos de reproducción asistida, en donde también es parte la gestación sustituta.

Bajo este orden de ideas, el anterior texto subrayado encuadra muy bien para el tema y la problemática planteados en el presente trabajo de investigación, pues más adelante se podrá ver que en la propuesta de la presente, apoyamos la idea de que un requisito para que se legalice la GS en nuestro país, refiere a que necesariamente, por lo menos uno de los padres solicitantes aporte sus gametos, es decir; su óvulo si se trata de una mujer o su muestra seminal si se trata de un hombre, según sea el caso, esto con la finalidad de que el parentesco y la afinidad, les puedan ser otorgados a los padres solicitantes con mayor facilidad por la autoridad correspondiente.

El parentesco por consanguinidad, puede ser bilateral o unilateral:⁷²

Es *Bilateral* si procede del mismo padre y de la misma madre. En este caso se llama parentesco bilateral por Cognación, y está basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural, por el nacimiento, que la ley reconoce y estima legal.

Es *Unilateral* si sólo procede del mismo padre, pero no de la misma madre, o viceversa si proceden de la misma madre, pero no del mismo padre. En este segundo caso, el parentesco unilateral se denomina Agnación, que supone un vínculo de sangre, pero que están sometidas a una misma patria potestad.⁷³

Se concluye entonces que el parentesco consanguíneo refiere a la relación establecida entre individuos unidos por un vínculo sanguíneo, esto quiere decir que debe existir por lo menos un ascendiente con quien se comparta este vínculo

⁷² Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 55, p.20.

⁷³ *Ídem.*

biológico. Es importante mencionar que el parentesco por consanguinidad se establece a partir de grados, y su proximidad se genera por la cantidad de generaciones que alejan a los familiares. Las líneas de parentesco que se verán más adelante son indispensables para comprender mejor esta proximidad de la que hablamos.

1.6.2 Parentesco por afinidad

De conformidad con el artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, nos dice que:

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.”

Se concluye entonces que el parentesco por afinidad es el que nace del matrimonio o del concubinato y se adquiere a través del cónyuge o la pareja, quedando así unidos de alguna forma con los parientes consanguíneos de éstos últimos. Es necesario dejar en claro que el esposo y la esposa no son parientes afines; ellos son cónyuges, tienen entre sí un vínculo más estrecho que el parentesco.

1.6.3 Parentesco civil

De conformidad con el artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, el parentesco civil es:

“El que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”

Ahora bien, es interesante lo que también menciona el Código Civil para el Estado de México, en el artículo 4.120:

“El parentesco civil nace de la adopción y se equipara al consanguíneo.”

Es pertinente concluir que el parentesco civil se adquiere por medio de la adopción. El mismo, va a vincular al adoptado y al adoptante, de igual manera que la familia del adoptante y el adoptado.

1.6.4 Grados y líneas de parentesco

El Código Civil para para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, en su artículo 296 menciona lo siguiente:

“Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.”

a) Línea recta o transversal de parentesco

El artículo 297 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, menciona lo siguiente:

“La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.”

Concluimos entonces que en línea recta los grados se pueden contar por el número de generaciones o por el de las personas, por ejemplo si deseamos saber el parentesco entre una persona y su bisabuelo veremos que es consanguíneo en línea recta en tercer grado (bisabuelo, abuelo, padre, hijo).

Dicho de otra forma, la línea recta hace referencia a los grados observados entre individuos que descienden unos de los otros, y se dividen en:

b) Línea ascendente y descendente

El artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, menciona lo siguiente:

“**Artículo 298.** La línea recta es ascendente o descendente:
I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede;
II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.”

Concluimos entonces que la línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende. Es decir, este tipo de línea de parentesco ascendente es aquella que establece un vínculo entre una persona y aquellos individuos de los cuales desciende directamente, por ejemplo: padres,

abuelos, bisabuelos, etc. En cambio la línea recta descendente se da con aquellos que descienden de una persona, por ejemplo: hijos, nietos, bisnietos.

c) Grados de parentesco en línea recta

El artículo 299 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, menciona lo siguiente:

“**Artículo 299.** En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.”

d) Grados de parentesco en línea transversal

El artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, menciona lo siguiente:

“**Artículo 300.** En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.”

Para concluir se explicará de una forma más sencilla los subtemas antes vistos. Recordemos que las líneas de parentesco se conforman a partir de un conjunto sucesivo de grados, siendo estas: la línea recta que hace referencia a los grados observados entre individuos que descienden unos de los otros, y esta a su vez se dividen en: *Línea recta ascendente*: es aquella que establece un vínculo entre una persona y aquellos individuos de los cuales desciende directamente, por ejemplo, los padres, abuelos, bisabuelos, etc. *Línea recta descendente*: este tipo de línea une a la persona con aquellos que descienden de ella, por ejemplo: los hijos, nietos, bisnietos y finalmente la línea colateral: se refiere a los grados que vinculan a individuos que comparten un ascendiente, pero que no descienden una de otra, por ejemplo: hermanos, primos, etc.

1.7 Filiación

En sus orígenes la filiación era el vínculo jurídico que se establecía entre los progenitores y sus descendientes, con motivo necesariamente de un vínculo

biológico de compartir la misma sangre en línea recta, sin limitación de grado. Sin embargo; en la actualidad el avance de la ciencia y la tecnología han trastocado el significado original de conceptos, como la filiación y el parentesco consanguíneo entre otros.⁷⁴

La figura jurídica de la filiación puede entenderse con un significado amplio, y en sentido restringido. En un sentido amplio, la filiación, es un vínculo biológico y jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado. En sentido restringido, la filiación es el vínculo jurídico que se da entre padre y madre con relación a sus descendientes.⁷⁵

La autora Raquel Sandra Contreras, precisa que para Gutiérrez y González, la filiación es:

“... La relación jurídica que establece el derecho, entre padre y madre, con relación al producto de la concepción, en el momento de su nacimiento, o que se crea con la adopción”⁷⁶

Para concluir es necesario recordar que la filiación es entonces el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una desciende de la otra, siendo consecuencia de hechos biológicos y/o actos jurídicos. Para esto, es necesario mencionar que existen diversos tipos de filiación, sin embargo; la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

Es así, que en el caso de la filiación con motivo del matrimonio o fuera de él, por medio del reconocimiento, puede darse la filiación como consecuencia del hecho biológico y jurídico de la procreación, pero también, la filiación legal o por disposición del legislador mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida o inducida o con motivo de la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación o finalmente, por la adopción de un individuo ajeno biológicamente, a los cónyuges o concubinos.⁷⁷

⁷⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la Familia*, México, Porrúa, 2014, p. 84.

⁷⁵ *Ídem*, pp. 83-84.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 84-85.

En este sentido, es importante hacer mención por lo referido por el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México:

“Artículo 340.- La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Artículo 341.- A falta de acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de este deberá tomarse la prueba.

Artículo 347.- La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes.”

Se concluye entonces que la filiación es la relación o vínculo biológico entre padres e hijos y viceversa, dicho vínculo además es reconocido por el derecho y regulado por la ley y como consecuencia del mismo, la ley reconoce derechos y obligaciones para estas personas unidas por las relaciones filiales. En este caso estamos hablando de paternidad y maternidad biológica, la que es reconocida para efectos legales y entonces hablamos de paternidad y maternidad jurídica. Por cuanto hace a la relación de los hijos respecto de los padres, se habla entonces de filiación en sentido estricto. Cabe destacar que más adelante es precisamente este tema de la filiación que ha sido parte de la problemática jurídica para el caso de las personas que tienen a sus hijos por medio de la GS, de ahí que en la propuesta del presente trabajo de investigación consiste en plantear una alternativa respecto de esta problemática en cuestión.

1.8 La Bioética y el Bioderecho

Los avances biotecnológicos con relación a las técnicas de reproducción asistida, nos enfrentan al “ancestral dilema de los límites del obrar humano si deben existir y cuáles son; lo cierto es que la respuesta ética resultante no ha alcanzado hasta el presente la profundidad, la amplitud y la riqueza que el tema en estudio requiere. De más está decir que, ante la falta de una estructura de justificación ética coherente, la respuesta legal es incompleta, irregular o directamente inexistente.”

A raíz de los acuciantes dilemas generados por aquellos avances, surge la Bioética como disciplina.

Se ha definido a la Bioética como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales.⁷⁸

La bioética intenta relacionar nuestra propia naturaleza biológica y el conocimiento del mundo biológico con la formulación de actitudes y políticas encaminadas a promover el bien social.

La avanzada investigación sobre las técnicas de reproducción asistida y el proyecto Genoma Humano⁷⁹ nos indica cada vez con mayor certidumbre hasta dónde el hombre es capaz de llegar con sus innovaciones científicas; la aplicación de los nuevos métodos tiene alcances sorprendentes, observándose efectos positivos y negativos.

A fin de ordenar el accionar de la comunidad científica, es que en esta oportunidad nos referimos a dos ciencias que deben asociarse en defensa de la persona humana, otorgando un marco moral y jurídico: Bioética y Derecho.

Ambas disciplinas se unen bajo ciertos denominadores comunes: “su punto de conexión está dado por la necesidad de sincronizar el ser con el deber ser, y el poder hacer”. La conducta del hombre es el punto común de estudio, se combinan “lo bueno y lo malo” con “lo justo y lo injusto”.

⁷⁸ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *Bioderecho*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1999, pp. 19-20.

⁷⁹ Proyecto Genoma Humano: Consiste en una investigación internacional que busca seleccionar un modelo de organismo humano por medio de la elaboración de un mapa de la secuencia de su ADN. Se inició oficialmente en 1990, como un programa de quince años con el que se pretendía registrar los 80.000 a 100.000 genes que codifican la información necesaria para construir el mapa de la vida. Los objetivos del proyecto son:

- Identificar los aproximadamente 100.00 genes humanos en el ADN.
- Determinar la secuencia de 3 billones de bases químicas que conforman el ADN.
- Acumular la información en bases de datos.
- Desarrollar de modo rápido y eficiente tecnologías de secuenciación.
- Desarrollar herramientas para análisis de datos.
- Dirigir normas éticas, legales y sociales que deriven del proyecto.
- Dotar al mundo de herramientas trascendentales e innovadoras para el tratamiento y prevención de enfermedades. Castaño de Restrepo, María Patricia y Romeo Casabona, Carlos María, *Derecho, Genoma Humano y Biotecnología*, Bogotá-Colombia, Temis S.A., 2004, p. 4.

La Bioética buscará respuestas morales a las interrogantes planteadas, y el Derecho traducirá dichas respuestas en normas jurídicas, esenciales por su carácter genérico y obligatorio a fin de equilibrar las conductas que tienden hacia los resultados disvaliosos para la sociedad. De este modo, con una visión integradora e interdisciplinaria, el BIODERECHO debe gestar el sustento jurídico necesario para afrontar los desafíos del siglo XXI. Cuando afirmamos que la Bioética y el Derecho tienen la función de limitar la labor y posterior utilización de la investigación científica, nos basamos en los principios bioéticos y jurídicos que deben respetarse con el único objeto de proteger al hombre en toda su dimensión.⁸⁰

La bioética como ciencia social en el ámbito de lo moral crea reglas que no son pautas absolutas de actuación y constituyen consejos, sugerencias ante los problemas concretos. La bioética corre por el camino de la moral. La diferencia entre la moral y el Derecho ha sido desde siempre deslindada. El problema se presenta cuando pretendemos un derecho subordinado a la bioética; o sea un derecho dependiente de la moral.

La moral pertenece al ámbito íntimo del hombre y la sanción al incumplimiento de sus normas trae como efecto la condena de la conciencia, o en su caso, religiosa. “La moral valora la conducta en sí misma, y es de cumplimiento facultativo. El derecho, por el contrario, valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad. El terreno en el cual se proyecta el Derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales” y tiene la característica de la coercibilidad como elemento esencial del derecho positivo.⁸¹

El Bioderecho por tanto, es una disciplina que estudia la conducta de los seres humanos desde el punto de vista de la ética y de la ciencia jurídica y, ante el desarrollo científico tecnológico que ha alcanzado la humanidad, se encarga de establecer límites y regulaciones en el ámbito de las ciencias de la vida y la salud.⁸²

⁸⁰ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *op. cit.*, nota 78, pp. 20-21.

⁸¹ *Ibidem* p. 25.

⁸² García Fernández, Dora y Laurent Pavón, Angélica, *Vida humana, familia y bioderecho*, México, Tirant lo blach, 2015, p. 2015.

Por todo lo anterior, concluimos que la materia a reglamentar es extraordinariamente compleja y heterogénea, esto en razón de que la diversidad de intereses que muchas veces son contradictorios requieren del Derecho a fin de que este aporte soluciones a los intereses parentales del infante al nacer. Ahora bien, el “derecho genético”, se puede describir como “la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades, técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre”. Es así que el Bioderecho está presente en todas las ramas del Derecho, mismo que debe atender los desafíos de la biología.

1.8.1 Contenidos del Bioderecho en el Derecho Civil:

En esta rama del derecho privado se destacan como temas del Bioderecho:⁸³

1. Comienzo de la existencia de la persona.
2. Nulidad o validez de los contratos de procreación asistida; elementos: sujetos, capacidad, licitud del objeto, etcétera.
3. Responsabilidad civil contractual y extracontractual por los daños derivados de la utilización de técnicas de fecundación asistida e ingeniería genética. Este tema incluye la responsabilidad del centro asistencial, del médico, del dador, del marido, del investigador, del genoterapeuta.
4. En el derecho de familia, las consecuencias en el estado de las personas; la filiación: la paternidad, maternidad, determinación de pruebas biológicas (HLA⁸⁴ y ADN⁸⁵), presunciones, etc.

⁸³ *Ibídem* p. 27.

⁸⁴ HLA: Siglas inglesas de *histocompatibility locus antigen* (Antígeno de histocompatibilidad) y de *human lymphocyte antigen* (antígeno leucocitario humano). Venes, Donald, *op. cit.*; nota 19, p. 730.

⁸⁵ ADN: Ácido desoxirribonucleico. Venes, Donald, *op. cit.*; nota 19, p. 32.

Véase. Es la molécula que contiene el código de la información genética. Es una molécula con dos cadenas que se mantienen juntas por uniones lábiles entre pares de bases de nucleótidos. Castaño de Restrepo, María Patricia y Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 4.

5. En el derecho sucesorio: el derecho a la sucesión del hijo nacido por inseminación post mortem: procedencia o improcedencia.

Por lo antes expuesto, resulta bastante interesante hablar de las problemáticas que se encuentran en los temas que surgen del bioderecho, ya que son temas que le corresponde investigar al derecho con la finalidad de dar una pronta y adecuada solución que tenga como finalidad el máximo reconocimiento de los derechos, así como el bienestar común. En lo que atañe a la presente investigación y tomando en cuenta la importancia del bioderecho, si nos basamos en los numerales anteriormente citados, podremos identificar que los temas uno y cuatro ya se comentaron en el presente capítulo primero y posteriormente, en el siguiente capítulo segundo, se exponen los temas de los numerales dos y tres, pues resulta importante no solo reconocer los derechos que se encuentran implícitos en la gestación sustituta, sino también las responsabilidades jurídicas en las que pueden incurrir todas las personas que participan en este tipo de reproducción asistida.

CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHOS Y EFECTOS JURÍDICOS QUE SURGEN DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA

Existen posturas que opinan que la gestación sustituta no debe ser legalizada en nuestro país debido a todos los inconvenientes y posturas legales, sociales, morales y hasta religiosas de los que este método de reproducción asistida ha sido objeto. Sin embargo; las últimas tres posturas no se encuentran debidamente fundadas frente al derecho, pues en nuestro país existen derechos que son reconocidos y protegidos a nivel nacional e internacional y que dan la apertura para justificar la legalidad de la gestación sustituta, así como la protección de derechos y exigibilidad de obligaciones que surgen a partir de la celebración de un acuerdo de voluntades, cuyo fin es la gestación sustituta.

En el presente capítulo el lector podrá identificar los derechos que en México justifican la libertad para poder procrear a través de cualquier método de reproducción asistida; sin excluir a la gestación sustituta. Además también se hace presente el derecho comparado, a fin de entender el procedimiento legal y las soluciones jurídicas que otros países tienen para solucionar los conflictos de filiación que se producen entre la mujer gestante y los padres solicitantes respecto del menor, también se exponen los parámetros legales más idóneos que han utilizado otros países para determinar el procedimiento legal que requiere la gestación sustituta, así como los requisitos que las partes interesadas deben cumplimentar para llevar a cabo este método de reproducción asistida.

2.1 Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y leyes.

El respeto hacia los derechos humanos de cada persona es un deber de todos y de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación

de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consignados en favor del individuo. De igual manera, la aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁸⁶

Los derechos humanos o fundamentales tienen como presupuesto el reconocimiento del hombre como ser libre, de tal manera que el hombre utiliza al Derecho como herramienta que posibilita la regulación de las normas principales que van a permitir a este desarrollarse y convivir diariamente, considerando al hombre como fin del Derecho y dejándose de lado así las antiguas concepciones en las cuales el hombre era el medio para llegar al Derecho.

Los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas. En este sentido si consideramos que este concepto de derechos humanos o fundamentales no solo recae sobre las personas sino sobre los sujetos de derechos humanos que representan vida humana y que sin embargo aún no son personas y están fundados en un sistema de valores debidamente reconocidos que le permiten darle validez.⁸⁷

El fundamento de Derechos Humanos lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 a través del Preámbulo de dicho documento donde podemos determinar lo siguiente: ⁸⁸

- ✓ Es la libertad, la justicia y la paz en el mundo la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

⁸⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos:
http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos. Fecha de Consulta: 10 de agosto de 2017 a las 15:12 hrs.

⁸⁷ Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad, Perú, MCMXXIII – MMXIII, N°147, Febrero 2014, p. 64.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 65.

- ✓ El motivo de su regulación ha sido el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos que originaron actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.
- ✓ Existencia de la necesidad esencial de ser protegidos los derechos humanos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.
- ✓ Existencia de la necesidad esencial de promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones.
- ✓ Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.
- ✓ Los Estados Miembros se han comprometido en asegurar, y cooperar con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y
- ✓ La necesidad de establecer una concepción común de estos derechos y libertades.

“En este sentido se afirma que los derechos humanos constituyen un sistema de valores reconocidos de manera universal por todos los miembros de la comunidad y que ha sido reconocido expresamente en un documento llamado “Declaración” que viene a constituir un ideal común por el cual todos los pueblos y naciones deben esforzarse.”⁸⁹

Conviene destacar entonces que la incorporación de los derechos humanos a la Constitución mexicana hace mucho más que modificar el lenguaje normativo. La nueva redacción trae consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de

⁸⁹ *Ídem.*

origen internacional y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el estado, las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección.

Lo anterior autoriza a concluir que para la presente investigación resulta necesario destacar la importancia de los derechos humanos, pues éstos constituyen un elemento y un pilar muy esencial que permite argumentar, justificar, reconocer y respetar los derechos reproductivos, así como el derecho a formar una familia por medio de cualquier método de reproducción asistida, que para objeto de la presente investigación, nos referiremos únicamente a la *Gestación Sustituta*.

2.1.1 Principios Constitucionales de los Derechos Humanos

Antes de comenzar comentar en qué consisten los Principios Constitucionales de los Derechos Humanos es preciso dar a conocer una breve introducción por lo que respecta al presente tema, con la finalidad de profundizar en los principios constitucionales que resultan ser de nuestro interés, siendo éstos de suma importancia para la presente investigación.

A partir del 11 de junio de 2011 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo primero, establece un reconocimiento expreso de los derechos humanos contenidos tanto en la propia Carta Magna como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

De esta misma forma, el numeral estipula que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El mismo texto del artículo en comento establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con tal Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁹⁰

⁹⁰ Vázquez Luis Daniel y Serrano Sandra, "*Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*": https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Principios%20Obligaciones.pdf Fecha de Consulta: 11 de Agosto de 2017 a las 11:35 hrs.

Por lo antes expuesto se hace necesario citar un extracto del artículo 1° de nuestra ley suprema y que la letra dice lo siguiente:

“Artículo 1°. [...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]”

El presente artículo representa una de las bases principales con las que contamos en nuestro país, y que por tanto nos brinda uno de los elementos y fundamentos jurídicos más indispensables para proteger nuestros derechos como ciudadanos, determinando así mismo una responsabilidad para las autoridades en caso de omitir el reconocimiento y protección hacia nuestros derechos humanos, dando como resultado también una protección hacia nuestra esfera jurídica dentro de un estado de derecho.

Por lo que respecta al presente tema, concluimos que entonces un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento; por lo que respecta a los principios constitucionales de los derechos humanos, estos vienen siendo cláusulas de derecho que fungen como hilos conductores de la estructura fundamental en relación a lo previsto por el artículo primero de nuestra ley suprema. Dicho de otro modo, éstos por ser normas primarias de mandato, condicionan la aplicación de las normas jurídicas encargadas de regular la conducta del hombre en sociedad, de igual forma constituyen un fundamento jurídico que coadyuva para brindar seguridad jurídica.

2.1.2 Principio de Progresividad

Antes de comentar el presente principio, resulta oportuno mencionar que hoy en día sabemos que la ciencia y la tecnología han avanzado rápidamente y el objetivo principal de ambas en la mayoría de los casos ha sido para beneficiar al hombre, para facilitarle la adaptación al medio y satisfacer sus necesidades. Sin embargo; a pesar de que hay beneficios también surgen efectos que producen cambios sociales, los cuales debe regular el derecho de manera pronta, pues este al ser

dinámico se ve en la necesidad de evolucionar a fin de lograr el bienestar común. En este orden de ideas, es necesario hablar del principio de progresividad que a continuación se expone.

La progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.⁹¹

Tradicionalmente se ha relacionado al principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos deben realizarse de una sola vez. Si bien existen normas que son de exigibilidad inmediata y otras que son de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma, y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata, y las de los derechos económicos, sociales y culturales son siempre de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas, y algunas de los segundos podrán ser de cumplimiento inmediato; por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

El elemento a resaltar cuando pensamos en el principio de progresividad es que en materia de implementación este principio aplica por igual a derechos civiles y políticos y a derechos económicos, sociales y culturales, porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse, pero sobre ella los estados deberán avanzar en su fortalecimiento.⁹²

⁹¹ Vázquez Luis Daniel y Serrano Sandra, *Los principios de Universalidad, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, Cit.*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> , p.159. Fecha de Consulta: 25 de agosto de 2017 a las 12:15 hrs.

⁹² *Ibíd.*, pp.159-160.

Además, el principio de progresividad supone la obligación a cargo de los estados, de crear indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos. De manera complementaria, la prohibición de regresividad indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado. Este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales; es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, en qué medida cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance en alguna forma estaremos frente a una regresión prohibida.⁹³

La no regresividad y el principio de progresividad están directamente relacionados con el estándar del máximo uso de recursos disponibles, y debe entenderse comprendido como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La progresividad pasa también por una revisión de que efectivamente se haga uso del máximo de los recursos disponibles. Este uso máximo deberá atender también a las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprende no sólo a los recursos económicos, sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos.⁹⁴

Finalmente el principio de progresividad debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho (ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o por medio de los límites razonables del derecho); la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles. Sin estos tres principios, la progresividad es simplemente inconcebible, más aún se requiere también el desarrollo de un amplio contenido de indicadores, que, por medio de la construcción de índices por derecho, permitan observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho, y si

⁹³ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁴ *Ídem*.

con el paso del tiempo nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio y protección de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados.

Es claro que de poco sirve el discurso de derechos humanos si no cuenta con aplicaciones prácticas que permitan construir realidades, realidades “desde abajo”. En buena medida esta es la principal apuesta de quienes impulsaron la aprobación de la reforma en materia constitucional; este es el principal y único sentido que pueden tener los derechos humanos, desde un piso mínimo, con pretensiones de universalidad contextualizada, progresividad, indivisibilidad e interdependencia, construirse como el referente utópico alcanzable, de aquí que los derechos humanos siempre serán los derechos por venir.⁹⁵

Por tanto, concluimos entonces que el principio de progresividad, viene a ser un fundamento de las declaraciones internacionales de los derechos humanos, que implica un desarrollo y una mejora continua, por lo que el Estado debe comprometerse a establecer bases jurídico-sociales que le permitan generar un avance en el reconocimiento y protección de los derechos humanos y no retroceder. Por añadidura, el principio de progresividad busca proteger la correcta aplicabilidad y protección para los derechos consagrados en la Constitución como a normas secundarias y a derechos establecidos en las mismas.

2.1.3 Principio de Interdependencia

Conviene hacer primeramente una distinción entre los términos que componen la palabra “interdependencia”. Mientras el prefijo inter significa “entre” o “en medio”, el prefijo in indica “negación”, de tal forma que la palabra interdependientes expresa vinculación entre derechos, y la palabra indivisible, la negación de separación entre ellos. Así, preliminarmente conviene señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son

⁹⁵ Vázquez Luis Daniel y Serrano Sandra, *Los principios de Universalidad, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Cit., nota 91, p. 165.

indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas.⁹⁶ Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos, el aspecto central de este criterio es que los estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia.

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependiente para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro (s) y/o, viceversa.⁹⁷

Concluimos que resulta interesante el estrecho vínculo respecto de los alcances jurídicos que pueden guardar un derecho y otro entre sí, por llamarlos así: “positivos y negativos” y como un ejemplo claro citaremos el caso concreto que planteamos en la presente investigación. Los derechos que se encuentran íntimamente vinculados entre sí, son: el derecho a formar una familia y el derecho a la procreación, también llamados “derechos reproductivos”. Entonces; si se vulnera el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, resultaría incoherente proteger y reconocer el derecho a formar una familia, por tanto, ambos derechos requieren ser reconocidos y protegidos en conjunto, por el Estado, pues refiriéndonos a los derechos antes mencionados, uno de ellos no podría coexistir sin el otro.

⁹⁶ *Ibidem*, p.152.

⁹⁷ *Ibidem*, p.153.

2.1.4 Principio de Interpretación Conforme

Con la finalidad de comprender de una forma más puntualizada este principio, vamos a comenzar por desmembrar el significado de las dos palabras que componen su denominación, para tal efecto, lo haremos de la siguiente manera:

Definir este principio no es una tarea sencilla. De entrada, el primer vocablo de esta expresión “interpretación” presenta un doble problema. Por un lado, desde el punto de vista puramente lingüístico es un término que, al igual que otras palabras del castellano, sufre de una ambigüedad por ser un proceso y un producto a la vez.

Análogamente, una interpretación es a la vez la actividad de interpretar y el producto, es decir, el resultado de tal ejercicio.⁹⁸

Llamamos interpretar a la actividad de asignar sentido o significado a textos jurídicos, por ejemplo, artículos de una ley, fracciones de un reglamento, párrafos de una Constitución, capítulos de un tratado. Resulta así que el producto de la actividad de interpretar un texto se expresa en palabras, frases y enunciados que llamamos enunciados interpretativos. El sentido de las palabras que expresan el significado del texto se denomina interpretación.⁹⁹

Ahora bien, la palabra conforme, a diferencia del vocablo interpretación, tiene un uso permanentemente ordinario. Sin embargo, su significado varía, probablemente, al modificar el concepto que se da al término interpretación. Si se habla de la actividad interpretativa, conforme tiende a evocar una actividad de conformar o hacer conforme. Dicha acción podría ser descrita por medio de otras palabras como adecuar o ajustar. Este sentido supone un término de comparación.

La interpretación conforme será siempre conforme a algo. Siendo una actividad se debe suponer que el momento inicial es una situación de inconformidad o, por lo menos, de potencial inconformidad. Es preciso decir potencial en la medida en que interpretar no es una actividad cognoscitiva, esto es que conformidad o

⁹⁸ Rodríguez Gabriela y Pupo Alberto, *et al*, *Interpretación Conforme*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013, p. 6.

https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Interpretaci%C3%B3n%20Conforme.pdf. Fecha de consulta: 14 de agosto de 2017 a las 10:18 hrs.

⁹⁹ *Ibíd*em, p. 13.

inconformidad no se dan en la naturaleza del derecho, en este caso, como propiedades que sólo el intérprete describe.¹⁰⁰

Por todo lo anterior, vale la pena también mencionar a la Hermenéutica:

La hermenéutica ha sido concebida como una disciplina relativa a la interpretación, al grado de que para algunos son sinónimos, lo que sólo en un sentido muy amplio podría ser aceptado (aunque en rigor deben distinguirse), ya que la *interpretación* se refiere en específico al acto del ser humano por el cual pretende comprender y explicar cualquier fenómeno u objeto. Desde esta postura, la interpretación sólo puede lograrse mediante la formulación de proposiciones lingüísticas a través de las cuales se expresa la atribución de uno o varios significados.

En cambio, la hermenéutica en una acepción restringida se refiere a la teoría de la interpretación, y por tanto implica la existencia de un sistema conceptual por el cual se explica; la formación de una teoría que requiere a su vez de una postura filosófica en la que se contengan como mínimo los elementos epistemológicos, ontológicos y axiológicos que permitan el desarrollo de una interpretación plausible; en este sentido puede hablarse de la hermenéutica como la filosofía de la interpretación.¹⁰¹

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰¹ Universidad Tecnológica de México, *Hermenéutica Jurídica*, México, ENITE, 2003, pp. 15-16.

A continuación presentamos un cuadro de diferencias entre interpretación y hermenéutica:

Diferencias entre la interpretación y la hermenéutica	
Interpretación	Hermenéutica
Es un acto del ser humano	Teoría de la interpretación
Pretende explicar y comprender cualquier fenómeno	Pretende explicar un fenómeno determinado, o un determinado ámbito
Mediante la formulación de proposiciones lingüísticas	Mediante un sistema conceptual
Por el cual se atribuye uno o varios significados.	Relativa a la forma en cómo se realiza la información. ¹⁰²

Se dice también que la hermenéutica es el arte del entendimiento. Se dice que el arte de hablar y de escribir implica la necesidad del arte de la comprensión. Dentro de la dimensión, la hermenéutica sería más comprensión que interpretación. Por eso, Scheleimacher define a la hermenéutica como el “arte” de evitar el malentendido, superando lo sistemáticamente deformado. Agrega que, para evitar los malentendidos se requiere de un conocimiento metodológico controlado.¹⁰³

Por tanto, se concluye que el principio de *interpretación conforme* funge de gran apoyo para la interpretación de normas constitucionales, pues permite regir la interpretación misma a través de lo dispuesto por las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México sea parte, con el propósito de ofrecer una mayor protección a las personas; en razón de que los

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ Dueñas Ruiz, Óscar José, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, 6a ed., Colombia, Universidad del Rosario, 2011, p. 59.

tratados internacionales nos auxilian para complementar a la norma constitucional, sin que ello signifique la derogación o desaplicación de una norma interna, ni su subordinación a la norma internacional.

2.2 La Gestación Sustituta como un derecho

La gestación sustituta es una de las muchas técnicas de reproducción asistida (TRA) que existen en el mundo para personas o parejas que quieren tener un hijo biológico y que por problemas de infertilidad, o por ser parejas del mismo sexo, o por querer ejercer la maternidad o paternidad solas, se ven en la necesidad de recurrir a dichas técnicas.

La reproducción asistida es un avance de la ciencia, que ha sido fundamental para poder ejercer el derecho que tienen todas las personas a fundar una familia, así como el derecho a ejercer sus derechos reproductivos. Estos derechos los exponemos y comentamos a continuación.

2.2.1 El Derecho de Procreación

El derecho de procreación debe ser entendido como una libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y la voluntad de las personas; tiene un aspecto positivo, el que permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre la decisión de tener o no hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida y sus mecanismos de realización.

El derecho a la reproducción o procreación tiene su fundamento en el valor de la libertad, en la dignidad de la persona humana¹⁰⁴, en el reconocimiento de sus

¹⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:
Artículo 1°. [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Constitución política de la Ciudad de México
Artículo 3°. La dignidad humana es principio rector supremo y sustento de los derechos humanos. Se reconoce a toda persona la libertad y la igualdad en derechos. La protección

derechos y libertades fundamentales, en el derecho que tiene a su desarrollo integral, en el derecho a la intimidad, entendido como el respeto a la vida privada, como la capacidad de la persona a decidir de forma autónoma y sin interferencia aquello que afecte su vida y su ámbito familiar; en el derecho a fundar una familia.

Obviamente por sus mecanismos, procesos y consecuencias tiene mayor relevancia jurídica y efectos en cuanto a su valoración jurídica, la posibilidad de decidir sobre procrear mediante técnicas de reproducción asistida, y en este caso, sobre la maternidad subrogada, que la decisión de procrear naturalmente.

“Afirmamos entonces que el derecho de procreación tiene un vínculo con el derecho a formar una familia”. Si bien existen Constituciones que no reconocen el derecho a formar una familia expresamente, se establecen, como en el caso de nuestra Constitución suprema, en el artículo 4° el mandato de que la ley secundaria regulará lo correspondiente a la familia.¹⁰⁵ “Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, es decir; encarga al legislador y a las autoridades competentes la protección social y jurídica de la misma. Formar una familia es un acto de la libertad individual y una vez constituida debe ser protegida en los términos señalados, lo que nos permite afirmar que este derecho no es constitucional sino legal, en términos de que será la ley secundaria la que regulará lo relativo.¹⁰⁶

De igual forma, el derecho a formar una familia encuentra su fundamento como un derecho humano protegido por instrumentos internacionales en la Convención Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, y por tanto obtiene

de los derechos humanos es el fundamento de esta Constitución y toda actividad pública estará guiada por el respeto y garantía a éstos.

Artículo 4°. [...] Se prohíbe toda forma de discriminación, formal o de facto, que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto o resultado la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos de las personas, grupos y comunidades, motivada por origen étnico o nacional, apariencia física, color de piel, lengua, género, edad, discapacidades, condición social, situación migratoria, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencia sexual, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, estado civil o cualquier otra.[...]

¹⁰⁵ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, nota 54, p. 131.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 132.

reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico al estar ratificados y ser ley vigente en el territorio nacional.

Este derecho en la doctrina comprende: “el ejercicio a la reproducción o procreación, puesto que esas relaciones de la vida familiar nacen y se expresan en tanto que se gesta una nueva generación.”

Por otro lado, el derecho de procreación, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, en el caso específico de la maternidad subrogada, no debe o no puede estar sujeto al estado civil de las personas.¹⁰⁷

La misma legislación civil no limita los fines del matrimonio, hecho que puede o no presentarse dentro del mismo; en el caso de la adopción se permite la posibilidad de que los adoptantes lo hagan independientemente del estado civil, y también establece la igualdad de los hijos independientemente de la situación que guarden los padres frente a su estado civil.

Cualquier distinción en este aspecto lleva implícitos actos de posible discriminación, que además atentaría contra lo dispuesto en el artículo 1º constitucional.

Así las cosas, encontramos legislaciones que prohíben y otras que reconocen como ejercicio el derecho a la reproducción y a la gestación sustituta.¹⁰⁸

Visto lo anterior, debemos tener presente que los derechos reproductivos se hacen efectivos en el caso de la GS, cuando la mujer solicitante aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos, mientras la mujer gestante en este supuesto sólo lleva a cabo el embarazo.

En cambio, en la llamada Gestación Sustituta, cuando la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en óvulos, ya sea por un problema médico o porque así lo decide. En este caso, no es posible hacer referencia una GS, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos para solicitar un niño que, por no tener carga genética no será su descendiente.¹⁰⁹

En la Ciudad de México, aunque no existe precepto alguno en la legislación civil que se refiera en concreto al procedimiento legal y los requisitos que requiere

¹⁰⁷ *Ídem.*

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.135.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.141.

la gestación sustituta, se reconocen y protegen los derechos reproductivos. Además los métodos para lograr la descendencia están autorizados para las parejas unidas en matrimonio de personas heterosexuales o del mismo sexo, en los términos del párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, el cual expresa lo siguiente:

“Los cónyuges, tienen derecho a recibir 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.”

Se observa también que el artículo 162 del Código referido, no menciona el procedimiento legal de la gestación sustituta. Sin embargo; el texto garantiza el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos y la utilización de técnicas para lograr “la propia descendencia”, pero estas posibilidades no existen para una mujer sin capacidad biológica para reproducirse, como se ha mencionado. Si bien existe una voluntad pro creacional, el deseo de tener un hijo, esa mujer carece de la posibilidad fisiológica reproductiva para tener descendencia.¹¹⁰

Debemos tomar en cuenta que en los procesos de maternidad, como la gestación sustituta, los derechos no se ejercen de manera aislada, sino en una intrínseca relación con toda una gama de derechos. Al lado de los derechos reproductivos aparecen los relativos a la privacidad, a la dignidad, a la autonomía, a la salud y los derivados de la filiación, por señalar los más importantes.

Los titulares de esos derechos no sólo son los solicitantes y la mujer gestante, a veces también la madre biológica. Cabe preguntarse entonces, ¿Cuáles son los costos y cuáles los beneficios de cada uno de los procedimientos? ¿Se debe permitir procesos de gestación sustituta, aun cuando no se hagan efectivos los derechos reproductivos de la solicitante? ¿Existe un consenso en la sociedad que justifique el que una mujer se embarace *ex profeso*¹¹¹ para después entregar a su hijo a cambio de un pago?, porque siendo realistas es difícil suponer que una mujer se embarazará para regalar a su hijo sólo por motivos altruistas. ¿Se puede

¹¹⁰ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, nota 54, p.142.

¹¹¹ *Ex profeso* es una expresión de origen latino que significa “intencionadamente”, expresamente. Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/?id=HLMtHNNH>
Fecha de Consulta: 9 de Noviembre de 2017 a las 11:35 hrs.

mencionar la autonomía cuando, por circunstancias económicas, una mujer se ve impedida a embarazarse y a entregar su descendiente? ¿Es lícito el acto de entregar a un hijo a cambio de dinero? ¿O se trata de un delito de tráfico de menores, tipificado en el Código Penal del Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México?¹¹²

El artículo 169 del Código Penal para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México sanciona con cárcel y multa:

“ARTÍCULO 169. Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.

Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio.”

Por lo que respecta al presente artículo, nosotros consideramos que los padres solicitantes quedarían exentos de incurrir en el delito de tráfico de menores, si el procedimiento legal para llevar a cabo la gestación sustituta se legalizara, además uno de los requisitos que planteamos en la propuesta del presente trabajo de investigación consiste en que el juez emita una orden parental a la institución pública o privada que hayan designado los padres solicitantes, lo cual permitirá la filiación inmediata y automática entre los padres solicitantes y el menor en cuanto este nazca; y de esta forma, no existiría la entrega ilegal del menor o en su caso de los menores en cuestión.

¹¹² Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, nota 54, p. 143.

Aunque el mismo artículo permite la reducción de la pena en determinados casos, la conducta que se encuentra tipificada como tráfico de menores y, como tal, es sancionada.

El procedimiento de gestación sustituta, aun cuando coloca a la gestante en una situación no exenta de riesgos físicos y cuestionamientos jurídicos, según analizaremos en este estudio, podría justificarse.

A través de la gestación sustituta, una mujer que cuente con gametos fértiles, pero que sea incapaz de anidar un embrión y dar a luz, podrá hacer efectivos sus deseos de tener descendencia con la ayuda de otra mujer que acepte gestar el embrión y dar a luz, para después entregarle a su hijo.

En consecuencia, se puede hacer referencia a una autorización implícita del Código Civil para llevar a cabo gestaciones sustitutas, sin embargo, falta una reglamentación que indique cuáles son los efectos jurídicos que esas técnicas producen en las personas involucradas y en su entorno familiar. La laguna jurídica existente hoy en día, ha permitido que estas prácticas se realicen con graves riesgos para los participantes.¹¹³

De lo que se concluye que los derechos reproductivos o bien, el derecho de procreación, junto con el derecho a formar una familia; permiten puntualizar sus efectos en las vertientes del derecho a fin de lograr la exigibilidad al Estado para proteger, respetar y garantizar estos derechos y por consiguiente lograr la *propia descendencia* por medio de cualquier método de reproducción asistida en el que también se debe incluir la gestación sustituta. Teniendo como base el reconocimiento de los derechos humanos y de los principios constitucionales que los rigen, además de los tratados internacionales de los que México es parte y que protegen el derecho humano a formar una familia.

¹¹³ *Ibidem*, p.144.

2.2.1.1 Libertad de procreación en México

Actualmente experimentamos una transformación de los términos en que se ejerce la ciudadanía, espacio en donde hombres y mujeres buscan una mayor autonomía.

De este modo, las democracias contemporáneas se fundan en la autodeterminación de las personas para definir las condiciones de su desarrollo. En tanto laica, la ciudadanía democrática se orienta cada vez más hacia el reconocimiento de los derechos humanos, desde una perspectiva de integralidad.

Los derechos del cuerpo están arraigados en los principios más básicos de los derechos humanos. En términos generales, los derechos del cuerpo en la sexualidad y la reproducción que abarcan dos principios básicos: el derecho a la atención sexual y reproductiva, y el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva.

El término “Derechos Reproductivos” designa el conjunto de derechos humanos que tiene que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible. Si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, están dispersos en todos. Por ello, puede afirmarse que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes. Varios tratados de derechos humanos y diversos documentos aprobados por consenso internacional consagran estos derechos de aplicación universal.¹¹⁴

Para este tipo de derechos reproductivos, se debe plantear también la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad. De allí que no quepa referirse a ellos sin antes precisar las facultades o potestades jurídicas de actuaciones que entendemos incluidas bajo su amparo.¹¹⁵

Cabe destacar que todo derecho subjetivo supone un conjunto de facultades o poderes jurídicos de actuación, pero también conlleva un haz de deberes que el

¹¹⁴ Galeana, Patricia (coord.), *Los derechos Reproductivos de las mujeres en México*, México, UBIJUS, 2010, p. 23.

¹¹⁵ Goyena Copello, Héctor Roberto, *et al.*, *Familia, Tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 29.

derecho impone al titular o, en el caso de derechos de procreación, a terceras personas que se relacionan con él.¹¹⁶

Podemos inferir entonces que la libertad por tanto, la podemos entender como un derecho natural que todas las personas tienen por el hecho de existir, es la facultad de poder actuar según la voluntad de cada persona, pero sin afectar a terceros. Por otro lado, la procreación la podemos entender como el proceso biológico que radica en la reproducción y en la multiplicación de la propia especie.

Esta también puede ser entendida como una de las características esenciales del ser humano, que permite perpetuar la humanidad y por tanto, la libertad de procreación en México, es un derecho subjetivo público que el Estado tiene que proteger y respetar, de ahí que la libertad de procreación es un derecho humano que debemos llevar a cabo con responsabilidad y reiteramos nuevamente, que sin afectar los intereses y derechos de terceras personas.

2.2.2 El Derecho a formar una Familia

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.

La gestación sustituta tiene por finalidad originar una nueva familia compuesta de los padres biológicos y su hijo, además, puede generar cambios en el grupo familiar ya establecido, abuelos, tíos o hermanos. Se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, tomada por los solicitantes y la gestante, pero sus efectos se diseminarán y producirán cambios en las relaciones familiares.¹¹⁷

Estas consecuencias justifican la injerencia del Estado para establecer normas de carácter imperativo e irrenunciable con las cuales se protejan los intereses de

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹¹⁷ Brena Sesma, Ingrid, *op, cit.*, nota 54, pp. 149-150.

todos los que sean parte de los procesos o cuyas consecuencias les atañe. Además de la normativa, el Estado intervendría a través de ciertos órganos; el Registro Civil para el levantamiento de las actas respectivas y los tribunales para comprobar que se han cumplido los requisitos y formalidades y, en su caso, aprobar los acuerdos de gestación sustituta o para resolver los conflictos que pudieran suscitarse.¹¹⁸

En este orden de ideas, se hace necesario citar que el derecho a formar una familia se encuentra reconocido en el artículo 4° constitucional, en donde se reconoce el derecho a la reproducción humana, la expresión de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad:

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [...]”

En efecto, el artículo anterior viene a ser de gran utilidad para quienes tienen la necesidad de formar su propia descendencia y por tanto, acuden a las técnicas de reproducción asistida que les ofrecen la oportunidad para poder concebir un hijo propio, pues el presente precepto no menciona ningún tipo de prohibición para recurrir a ningún tipo de método o técnica de reproducción asistida. No obstante, el presente precepto también brinda protección jurídica a la familia. Por otro lado, la familia siempre ha sido y es, el principal pilar de la sociedad, pues es el lugar donde los miembros nacen, aprenden, se educan y se desarrollan. Se considera también que este derecho supone también una obligación constante y activa por parte del Estado, consistente en difundir medios de control de la natalidad para ayudar a los individuos a determinar el número exacto de hijos que deseen. Cabe destacar, que las campañas informativas que emprenda el Estado deben ser constantes, para efectos de que las personas puedan contar con elementos que los auxilien al momento de planificar su familia. La expresión "planeación familiar" entraña que las personas cuenten con la responsabilidad e información necesaria para decidir cuántos hijos quieren tener.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.150.

Visto lo anterior, vale la pena comentar la siguiente tesis aislada que precisamente nos habla acerca del derecho a procrear:

Época: Décima Época
Registro: 2017232
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 55, Junio de 2018, Tomo II
Materia(s): Constitucional, Civil
Tesis: 1a. LXXVI/2018 (10a.)
Página: 957

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.

Amparo directo en revisión 2766/2015. 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo. Esta tesis se publicó el viernes 22 de junio de 2018 a las 10:28 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Una vez analizada la tesis antes citada, consideramos pertinente precisar que solo para efectos de la GS, se hace necesario establecer ciertos requisitos para las parejas o personas interesadas en llevar a cabo este método de reproducción asistida, pues como bien lo menciona esta tesis aislada, "...la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona."

En este sentido consideramos importante destacar las siguientes palabras: esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, autonomía de la voluntad de una persona.

Se entiende entonces que para efectos de la GS no sólo interviene la esfera de la vida privada y familiar de una pareja, ni la autonomía de una sola persona, sino también de una tercera persona quien es la mujer gestante y que no conforma parte de la vida en común de la pareja solicitante e interesada y deseosa de tener un hijo propio, ni de la persona soltera que desea tener un hijo a través de este método de reproducción asistida, por tanto; el derecho debe regular los efectos y consecuencias jurídicas que se generan a partir del acuerdo de voluntades entre los padres solicitantes, la mujer gestante e inclusive su esposo. Por tanto, las cosas ya no se tornan tan “sencillas”, como si se tratara de una decisión de pareja tan importante como lo es formar su familia, cuyos efectos no repercute en la vida de terceras personas, contrariamente a lo que sucede para llevar a cabo la GS.

2.3 El Interés Superior del menor

Empecemos por delimitar el término “menor” desde el punto de vista jurídico; el término menor expresa un “concepto jurídico” el cual siempre es delimitado, en términos numéricos, por un derecho positivo, a fin de otorgar a las personas que lo cumplen, determinados derechos y obligaciones, tanto para él, como para su entorno social y familiar. Así las cosas, sostenemos que si bien la protección al menor debe estudiarse desde el punto de vista jurídico, no cabe desconocer que esta esfera está estrechamente conectada con la humana.¹¹⁹

En este sentido entonces se puede afirmar que:

a) El menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además, es una realidad

¹¹⁹ González Martín, Nuria, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional: contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 2-3.

humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.

Si atendemos exclusivamente a la primera connotación aludida de menor, es decir, a la jurídica, es necesario tener como consigna la salvaguarda de sus derechos fundamentales. Lo anterior nos conduce a una afirmación aparentemente sencilla que encierra un elevado grado de complejidad por su amplio contenido, su difícil determinación y su facilidad de violentarlo.¹²⁰ Esto es, consiste en reconocer que el menor es sujeto propietario de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad, así como el derecho al respeto de su dignidad. Es aquí donde radica la dificultad que mencionamos, una masa extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor. Delimitar, determinar, concretar, regular y aterrizar dichos derechos al materializar soluciones jurídicas no es tarea sencilla. Lo anterior no debe ser signo de desesperanza sino de conciencia en trabajar duro para conseguir este fin último.

Si vamos un poco más allá y mezclamos en su justa medida la esfera jurídica con la social, afirmamos que el menor tiene derecho a la felicidad, y al bienestar; en definitiva, el derecho a una infancia feliz sin problemas ajenos a su etapa de crecimiento. Sólo si contemplamos al menor como el ser humano que es, desde la perspectiva jurídica y humana (o social), podemos darle una protección en todos los extremos que resultan necesarios.¹²¹

Los niños que nacen son los sujetos que, además de los solicitantes y la gestante, reciben los efectos de la práctica de las técnicas de gestación subrogada. Su protección ha sido considerada como un interés superior más allá de la esfera privada.

¹²⁰ *Ibídem*, p. 3.

¹²¹ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 119, pp. 2-10.

También se pudiera opinar que con la gestación sustituta no se acepta un hecho que ocurre de forma natural, sino que el nacimiento del niño se convierte en un acto deliberado de voluntad de los solicitantes. Este acto de libre decisión incrementa el sentido de responsabilidad de quienes invocan una paternidad y maternidad. Sin embargo, existen datos reales de que los resultados de los procedimientos no son siempre tan sencillos. Se reportan casos de rechazo a los niños cuando éstos han presentado alguna enfermedad grave o malformación o cuando han ocurrido nacimientos múltiples. Estos problemas han sido llevados a los tribunales de los lugares en donde han permitido los contratos de subrogación.¹²²

La regulación de la Gestación Sustituta se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño. Hasta la fecha, ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial.

Por otro lado, los estudios empíricos sobre el funcionamiento de las familias que han recurrido a la gestación por sustitución llegan a resultados aún más positivos, como son los llevados adelante por Susan Golombok¹²³, directora del Centre, for Family Research del Departamento de psicología de la Universidad de Cambridge, con su equipo de investigación.¹²⁴

Golombok y su equipo iniciaron una investigación en la que se compara a las familias que han recurrido a la Gestación Sustituta con las que han recurrido a la donación de óvulos y las familias que han tenido un hijo naturalmente. La fase I se llevó a cabo cuando los niños tenían 1 año de edad¹²⁵, la fase II se realizó cuando los niños tenían dos años¹²⁶ y la fase III cuando los niños tenían tres años.¹²⁷

¹²² Brena Sesma, Ingrid, *op cit.*, nota 54, p.148.

¹²³ Shifrin, S.V., Wronful life, procreative responsibility, and the significance of harm, *Legal Theory*, vol. 5, 199, pp.117-148. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 224.

¹²⁴ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 224.

¹²⁵ Golombok, S. MacCallum, F., Murray, C., Lycett, E. Jadvá, V. *Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life. Fertility and Sterility*, vol. 8, supl.3, 2004, pp. 50-63. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, p. 225.

¹²⁶ Golombok, S. MacCallum, F., Murray, C., Lycett, E. Jadvá, V., *Surrogacy families: parental functioning, prent-child relationships and children´s psychological development at age. Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 47, núm. 2, 2006, pp. 213-222. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 225.

¹²⁷ Golombok, S. MacCallum, F., Murray, C., Lycett, E. MacCllum, F., Rust, J., *Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the*

A la edad de 1 año, las diferencias que identificaron indican mayor bienestar psicológico y una mayor adaptación a la maternidad y a la paternidad de las madres y los padres de los niños nacidos por Gestación Sustituta que los padres y madres naturales. Con respecto a las relaciones entre padres, madres e hijos, los resultados fueron de nuevo más positivos para los padres y madres por Gestación Sustituta que para los padres y madres naturales. Madres y padres por Gestación Sustituta mostraron también una mayor calidez y apego en el comportamiento hacia sus hijos, y mayor disfrute de la paternidad y maternidad que padres y madres naturales. Así mismo; los padres y madres por Gestación Sustituta también estaban más satisfechos con el papel de padres y madres.

A la edad de 2 años, las madres por maternidad sustituta mostraron relaciones parentales más positivas (mayores niveles de felicidad y competencia, y niveles más bajos de ira y culpa) que las madres que tuvieron un hijo naturalmente, y los padres por Gestación Sustituta reportaron niveles más bajos de estrés que los padres que tuvieron un hijo naturalmente. En cuanto a los niños, no se encontraron diferencias entre los grupos, ni en cuanto al desarrollo cognitivo ni respecto de la adaptación psicológica.

En la fase tres, cuando los niños alcanzaron los 3 años, las diferencias encontradas entre los tipos de familia nuevamente reflejan niveles más altos de amabilidad e interacción entre las madres y los niños de las familias que recurrieron a la Gestación Sustituta que en las familias que tuvieron un hijo de forma natural.¹²⁸

Consecuentemente, los resultados de los estudios realizados en las fases de preescolar indicaron que las relaciones padre/madre-hijo son más positivas en las familias que recurrieron a la Gestación Sustituta que en las familias que tuvieron un hijo naturalmente.

Unos años después, Susan Golombok quiso indagar sobre los efectos de la Gestación Sustituta en las familias en los primeros años escolares del niño. Así, se estudió a las familias con niños de 7 años. En esta oportunidad, se analizó a 32

psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3, Human Reproduction, 21, 2006, pp. 1918-1924. Cit. por Lamm, Leonora, op. cit., nota 3, p. 225.

¹²⁸ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 224-225.

familias que recurrieron a la Maternidad Sustituta, 32 que recurrieron a la donación de óvulos; y 54 familias que tuvieron un hijo naturalmente.

De conformidad con los resultados, no se encontraron diferencias respecto a la negatividad maternal, la positividad maternal, o en la adaptación del niño. En este sentido, otro estudio del año 2009 sostiene que los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, independientemente de si están genéticamente relacionados o no con sus padres, o los nacidos por Gestación Sustituta, no difieren en sus niveles de adaptación psicológica en la infancia media en comparación con los niños concebidos de forma natural.¹²⁹

De conformidad con los estudios analizados, se puede afirmar que la gestación por sustitución no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones empíricas referidas arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida. Una posible explicación es que los niños nacidos como resultado de la gestación sustituta son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por padres muy comprometidos y amorosos.

Por otro lado, la gestación sustituta no viola el interés superior del niño porque este no hubiera existido de haberse recurrido a ella. En otras palabras, si no fuera por los acuerdos de gestación sustituta, muchos niños no hubieran nacido: se les habría negado la oportunidad de tener una vida, que podría haber resultado digna de ser vivida.

Además, conocer el destino al dar un niño que se gestó sabiendo aquellas personas que habrán de hacerse cargo de ese niño o niña cuidarán de su bienestar no tiene nada objetable, ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas. El niño nace en una familia que lo deseó, y tanto que recurrió a la gestación sustituta, lo que actualmente no es sencillo, ni legal, ni económica ni fácticamente en muchos países. La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño.

¹²⁹ *Ibídem*, pp. 226-227.

La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados, es cómo no, una regulación que impida su conculcación. Con este punto de partida, el interés superior del niño puede ser analizado a priori y a posteriori.

A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja.

Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres, puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación sustituta (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aportó su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera.¹³⁰

“En suma, la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, tanto a priori como posteriori, dado que la experiencia muestra, que salvo supuestos de verdaderos ilícitos, casi siempre es mejor para el niño tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa y lo protege.

Ahora bien, el interés superior del niño no sólo justifica la regulación de la gestación sustituta, sino que debe ser el principal aspecto que se debe tener en cuenta y valorar en el debate de la gestación sustituta.

Los especialistas de ética también están de acuerdo, en general, en que el interés superior del niño debe triunfar sobre cualquier otra consideración”.¹³¹

A continuación citaremos una tesis aislada que coadyuvará a la comprensión del presente subtema, además de que nos permitirá conocer la importancia que este elemento del derecho debe ocupar para los operadores de justicia:

Época: Décima Época
Registro: 2018695
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 227-228.

¹³¹ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 228-229.

Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCLXXXI/2018 (10a.)
Página: 336

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUERÉTARO, QUE LO DEFINE COMO LA PRIORIDAD QUE HA DE OTORGARSE A LOS DERECHOS DE LOS MENORES, RESPECTO DE LOS DE CUALQUIER OTRA PERSONA, ES CONSTITUCIONAL.

El precepto citado al establecer, entre otras cuestiones, que la autoridad buscará y protegerá en todo momento el interés superior de los menores, entendido como la prioridad que ha de otorgarse a sus derechos, respecto de los de cualquier otra persona, es constitucional, pues su contenido normativo denota la intención del legislador de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos por su particular vulnerabilidad, al ser sujetos que empiezan la vida y se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Lo anterior es así, porque la familia, la sociedad y el Estado son quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor. Además, el artículo 23 del Código Civil del Estado de Querétaro armoniza con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, que por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales e incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Amparo directo en revisión 1918/2018. 22 de agosto de 2018. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.
Esta tesis se publicó el viernes 07 de diciembre de 2018 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Respecto a la tesis aislada antes citada, podemos opinar entonces que otro elemento jurídico para proteger el interés superior del menor, es precisamente estableciendo dentro de un marco legal el procedimiento y requisitos a los cuales deben apegarse las partes interesadas en llevar a cabo la gestación sustituta, pues de esta normatividad también depende la obligación que tiene la autoridad para brindar al menor todo aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral.

Por último, el interés del menor, se ha relacionado tanto con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de

todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; como con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; o relacionado simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Todo lo anterior, apunta hacia la conclusión de que el interés supremo del menor, se debe plantear como un "principio jurídico" o como un elemento jurídico esencial y fundamental que el legislador debe tomar en cuenta al momento de juzgar o de resolver un determinado caso en donde se encuentren de por medio los intereses, el bienestar y los derechos del menor, como lo es en el caso de la gestación sustituta, que al no estar debidamente regulado su procedimiento legal, el menor es vulnerable jurídicamente por las problemáticas que se desprenden de este método de reproducción asistida, como lo son: el abandono de sus padres legales o biológicos, o la disputa a la que se enfrenta cuando la mujer gestante y los padres progenitores pelean su filiación y parentesco.

2.4 El Avance y la Evolución del Derecho

Si se objeta la práctica de la gestación sustituta por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría avance ni cambios en ninguna área y todo seguiría igual a través de los siglos.

Psicológica y sociológicamente, es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; pasado un tiempo, suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que llega la aceptación mayoritaria; este es el caso de la fecundación in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.

La gestación sustituta es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; si una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación

aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades. Esta es la respuesta que mejor satisface el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

La evolución en las condiciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.¹³²

Se concluye que una vez vistos los principios constitucionales anteriormente ya estudiados, el principio que a este tema en específico se adecúa, es el *principio de progresividad*, el cual recordemos que es el que establece la obligación del Estado de generar en cada momento histórico una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos, de tal forma, que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso.

Cabe mencionar que para poder brindar una mayor y mejor protección a los derechos del ciudadano, este cuenta con normas relativas a los derechos humanos, los cuales se interpretarán de conformidad con nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin dejar a un lado la importantísima intervención de los tratados internacionales, quienes en un caso determinado favorecerán en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

2.5 Consentimiento y responsabilidad jurídica de la procreación asistida.

En este apartado se pretende identificar cuáles son los aspectos jurídicos que deben ser revisados a raíz de la irrupción de la práctica de las técnicas de reproducción con asistencia médica y cuáles son los efectos que esta produce en el ámbito jurídico.

De esta manera, el consentimiento, los daños a la integridad física, en su caso; la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y otros aspectos jurídicos que se ven afectados por la utilización de estas técnicas, se ubican exactamente en el contexto adecuado y en la dimensión que tienen en la realidad.

¹³² Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 249-250.

De todos ellos, son dos los que se analizan en el presente trabajo de investigación, por ser los más relevantes: el consentimiento y la responsabilidad.

Desde luego, es necesario iniciar con una definición que profile ambos conceptos, así como las relaciones causales que emergen en toda aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

2.5.1 El Consentimiento en la Gestación Sustituta

La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger los intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de tercero.

La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su “motor principal”; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan.

En ese sentido, el consentimiento es la base indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. Cabe señalar que algunas personas sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutico-experimental es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras.

En este campo, como en cualquier acto jurídico, el consentimiento debe ser uno de los requisitos esenciales. Es claro que se trata de un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad y, en este tema, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La integración de

dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar.¹³³

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos; el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como consecuencia de haber utilizado una técnica de procreación asistida.

El primero es importante porque sin él no se puede realizar ninguna intervención sobre el cuerpo de la persona para lograr la fecundación; inclusive se puede sancionar penalmente al profesional que realiza actividades de procreación asistida sin la voluntad de la persona. En el caso del segundo, la importancia del consentimiento, que entra en juego en la utilización de las técnicas, radica en que su otorgamiento conduce a la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad; hecho que se ha cuestionado en virtud de que la filiación es una institución de orden público en la que la autonomía de la voluntad no tiene cabida.

Sin embargo, este segundo aspecto del consentimiento no debe confundirse con una transacción respecto del estado de hijo y los derechos y obligaciones derivados de él. Es un consentimiento previo a la concreción de su vínculo final.

Es la expresión de la voluntad que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto equiparable, en este caso, con la manifestación de la voluntad en la adopción.

Desde luego, se trata de un consentimiento complejo, en donde confluyen varias voluntades: la de la persona que desea hacer uso, en sí misma, de una técnica determinada; la de su compañero (concubinario o esposo) que asumirá la responsabilidad paterna en su caso, la de la persona que dona los gametos necesarios (también, en su caso), la del médico que realizará el procedimiento asistencial necesario. Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene

¹³³ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 70-71

consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.¹³⁴

Se hace necesario concluir que el consentimiento y la responsabilidad resultan ser de suma importancia cuando se lleva a cabo la GS. El consentimiento entonces, es el requisito principal e indispensable para que esta técnica de reproducción asistida pueda llevarse a cabo conforme a derecho y por tanto este deberá otorgarlo principalmente la mujer gestante, expresando así su voluntad.

Después de conocer todo lo relacionado con la forma en que se llevará a cabo la GS, implicando posibles riesgos y conociendo los requisitos jurídicos, así como de salud física, psicológica, etc. Cabe mencionar que la voluntad de la gestante debe estar libre de vicios del consentimiento como lo son el error, dolo y violencia.

Por otra parte, es esencial también que en especial el personal médico deba conocer cuáles son las responsabilidades jurídicas en las que incurrirían al llevar a cabo la técnica de reproducción asistida en cuestión, misma que se detallará a continuación.

2.5.2 La responsabilidad jurídica en la Gestación Sustituta

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio, es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados.

El autor Aníbal Guzmán afirma que Tamayo y Salmorán señalan que la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Por regla general, la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 71-73.

el resultado es el que originó dicho daño y, en consecuencia, otro debe responder por las consecuencias del comportamiento de personas ajenas.¹³⁵

La responsabilidad jurídica es el género cuyos objetivos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la reparación de los daños que produzca con dicho objeto, por su sólo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber: la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica antijurídica y culpable.

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación, únicamente se causa un daño y como consecuencia ese daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la reparación del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, una indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.

En materia penal, la palabra delito denomina la conducta del sujeto que causa el hecho ilícito y como consecuencia traerá consigo un castigo. La sanción que se impone es castigar al culpable, imponiéndole una pena.

La responsabilidad subjetiva civil puede también clasificarse en contractual (si deriva de la violación de un contrato) o extracontractual (si deriva de la violación de una norma de carácter general). La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extracontractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera puede causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la fecundación asistida. Así, los

¹³⁵ Guzmán Ávalos Anibal, *op. cit.*, nota 40, pp. 74-75.

usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo y el personal médico frente a los usuarios por culpa.¹³⁶

Por todo lo anterior, se concluye que la responsabilidad jurídica, es también un elemento muy esencial al llevar a cabo la GS, misma que está presente desde la formalidad de esta por medio de un acto jurídico hasta la práctica por parte de los galenos al realizar esta técnica de reproducción asistida.

2.5.3 El consentimiento y la responsabilidad de las partes involucradas en la Gestación Sustituta.

En las legislaciones que ya contemplan normas específicas para las técnicas de procreación asistida con el fin de asumir la maternidad o paternidad que de ellas resultare, por lo regular se piensa en un matrimonio o en concubinos. Sin embargo; se encuentran argumentos favorables para que las mujeres solteras sean también usuarias de estas técnicas. Por lo general, se señala que los usuarios deben cubrir toda una serie de requisitos y exámenes antes de iniciar la práctica de cualquiera de los métodos de reproducción asistida.

Y se señaló que el consentimiento es indispensable para iniciar las actividades médicas encaminadas a lograr la reproducción, y que entre las personas que requieren manifestar expresamente su voluntad están los usuarios: la mujer, esposa, concubina o sola. Desde luego, de la manifestación de voluntad deriva de la aceptación de la maternidad del ser así concebido. Mientras que no se externé la voluntad de la mujer, ni el médico ni la institución podrán iniciar cualquier acción para inseminar o para extraer óvulos, mucho menos implantar embriones o cualquier otra actividad con la procreación asistida.

El consentimiento del esposo o compañero es también indispensable, según los criterios más aceptados en el mundo. Sin embargo; existen diversas opiniones en relación con la forma en que este consentimiento se debe externar.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 71-72.

Se puede considerar, que tratándose de fecundación homóloga, el hecho de la sola aportación del semen mediante masturbación produce un consentimiento tácito del varón para la concepción del hijo; frente a esta particular forma de interpretar la voluntad, existen criterios más rígidos que señalan que el marido debe otorgar su consentimiento expresamente, es decir, autorizar al médico para que realice la fecundación de la mujer. Posteriormente a través de la aportación del semen y al final asumiendo la relación paterno-filial. Todo ello en una manifestación de voluntad única continua y congruente con los actos que se derivan unos a otros.

Para otros especialistas tratándose de fecundación homóloga, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato, cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y la madre.¹³⁷

El problema se presenta en la heteróloga porque el consentimiento es esencial, por consiguiente, el esposo o el concubinario debe aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoides de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo con el que no va a estar ligado por vínculos genéticos. Hay quien piensa que este consentimiento del marido o del concubinario de la madre, tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre.

Desde luego esta posibilidad existe, sobre todo en aquellos países en donde ya se practica este tipo de fecundación y no existe un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

Existen puristas del derecho que afirman categóricamente que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública, que se trata de un instrumento que serviría como título de la determinación de la filiación y por su carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento previo del hijo.

¹³⁷ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 75-77.

Para la mujer sola basta que se externe en documento privado ante el médico o institución que practique la procreación asistida. Desde luego un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad que, en su momento, deberían ser valoradas en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de voluntad.¹³⁸

Existe también el problema de la validez temporal del consentimiento. Efectivamente es un renglón que debe ser discutido ampliamente. Existen autores¹³⁹ que sostienen como recomendable que la vigencia del consentimiento sea por tiempo indefinido, es decir hasta que la mujer logre el embarazo. Sin embargo podría ser revocado hasta antes de que se haga efectiva la fecundación artificial de la mujer, pero nunca después de que ya se haya realizado. En este mismo orden de ideas se encuentra una corriente en la que se afirma que para el caso de que el marido muera antes de la realización de la inseminación artificial, el consentimiento otorgado por el marido puede considerarse caduco, a menos que se hayan establecido en el documento público efectos para después de la muerte a través de una procreación post mortem. Finalmente se dice que el caso de una separación de los esposos o de los concubinos, el consentimiento habrá caducado tácitamente si no se logró la fecundación para la que fue otorgado.

Es claro que como ya se mencionó, el consentimiento otorgado por las personas usuarias de las técnicas de procreación asistida, debe estar ausente de vicios que lo nulifiquen; no debe haber error, dolo, intimidación o violencia; debe tratarse de un consentimiento bien informado, donde se explique a los pacientes el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito, así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 77-79.

¹³⁹ Calogero, Mario. *La procreazione artificiale; una ricognizione dei problemi*, Milano, Italia, Giuffrè editore, 1898. Cit. por Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, p.79.

desventajas; no solo en el punto de vista médico, sino también jurídico y psicológico.

140

El efecto más evidente de la expresión del consentimiento es el de asumir la responsabilidad de la crianza del hijo que pudiere nacer. En este contexto, puede haber responsabilidad civil por parte del padre legal, que haya otorgado su consentimiento para que su mujer se inseminara y posteriormente se rehúse a reconocer al hijo así concebido. Responderá reparando los daños y perjuicios frente a la mujer y el niño; desde luego es importante destacar que cualquier acción de desconocimiento de la paternidad, en este contexto, debe ser inadmisibles y fincar responsabilidad alimentaria y las demás que se deriven de la paternidad. La mujer también estará obligada a responder reparando los daños y perjuicios que le cause al marido cuando se haya hecho inseminar sin su consentimiento; independientemente de los efectos del desconocimiento de la paternidad, si procede. En este caso también puede tener responsabilidad frente al hijo, por privarlo a sabiendas, de una paternidad.¹⁴¹

Por todo lo anterior, concluimos que la responsabilidad de todos los usuarios, o bien, para efectos de la presente investigación; de todas las partes involucradas en la gestación sustituta, este elemento de la “responsabilidad”, es el pilar que garantizará el futuro bienestar de dichas partes y muy en especial del menor. No obstante, como ya se vio anteriormente la fecundación heteróloga es la que conlleva un mayor grado de concientización y responsabilidad. Es por esta razón que en el capítulo cuatro se menciona detalladamente que las partes involucradas en el proceso de la GS deben recibir atención psicológica, precisamente para que todos puedan hacer conciencia de todas las situaciones que pueden surgir al llevar a cabo este proceso y de esta forma, actúen con la mayor responsabilidad posible, para lograr el bienestar de todas las partes involucradas.

¹⁴⁰ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 79-80.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 81.

2.5.4 El consentimiento y la responsabilidad de los donadores de gametos

Como ya se ha visto, en este tema se da el nombre de donador a la persona que dispone de sus gametos (óvulo o semen) en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial. En este sentido, el consentimiento del donante tiene que abarcar el conjunto de acciones que confluyen en la fecundación, es decir, aceptar que le sean extraídos los gametos necesarios, la aceptación de esa parte de su organismo sea manipulada para los fines de fecundación y, claro está, que se realice la fecundación.¹⁴²

Este consentimiento complejo no abarca la aceptación de la paternidad o maternidad genética que se deriva de la disposición de los gametos. “Precisamente por ello se defiende el anonimato de los donadores para evitar que pasen a ellos los efectos de la concepción realizada con su material genético.”

Si se asimila la figura del donante a la mujer que presta su vientre para llevar a cabo la gestación, en los casos de maternidad sustituta, y si la madre sustituta está casada deberá constarse, también, con el consentimiento del marido a fin de que ninguno de los dos reclame posteriormente, la maternidad o la paternidad del niño que se concibe por estos métodos.

Ahora bien, una vez otorgado el consentimiento por personas adultas y perfectamente informadas de las consecuencias del acto de disposición de su material genético, estas asumen la responsabilidad frente al niño que nace. Hay que subrayar que el anonimato del donador es uno de los puntos más controvertidos en la aplicación de las técnicas de procreación asistida, precisamente por la colisión de intereses que se originan entre el donador y el niño. En el debate se reconocen tres posiciones:

a) El anonimato absoluto, basado en la privacidad, integridad e intimidad del individuo. “Quienes sostienen esta postura afirman que es la ideal para proteger los intereses, por un lado, del donador, y por otro lado, los de la pareja o persona sola que recurren a la procreación asistida con donador; y todavía más,

¹⁴² *Ídem.*

por otro lado, del descendiente procreado con asistencia médica. Sin embargo, no se explica cómo este anonimato absoluto resuelve el problema del derecho que tiene el niño a conocer sus orígenes y, dentro de este concepto, su carga genética.”¹⁴³

Se parte del anonimato desde la concepción, evitando todo tipo de publicidad acerca de la manera como fue realizada la concepción, con lo que se asegura la intimidad del nacido bajo alguna de las técnicas reproductivas y así se protege en un ambiente de paz, integrado a la familia que lo desea.

Este anonimato comporta las siguientes consecuencias:¹⁴⁴

1ª. Se habla de la donación como un acto jurídico puro, no puede estar sometido a condición o término. Los bancos de semen no admiten la donación dirigida a una pareja determinada, así mismo; una vez depositado, es la institución, banco o clínica, la que decide cómo y cuándo debe utilizarse.

2ª. Existe un riesgo de consanguinidad, al no tener noticia cierta del origen, y se acredita cuando no se limita el número de embarazos procedentes del mismo donante, y en pequeños núcleos de población; así, el semen de una persona puede ser utilizado para fecundar a su hermana, o el nacido por inseminación artificial heteróloga puede contraer matrimonio con un hijo (a) del donante. Este riesgo se acentúa estableciéndose un máximo de embarazos por el mismo donante.

3ª. El anonimato tiene un efecto jurídico primordial, que no produce ningún lazo de unión entre el donante y su hijo. No se podrá ejercitar jamás una acción de reclamación de paternidad que pretenda establecer una relación de filiación entre padre biológico e hijo.

b) El derecho del niño a conocer su origen.¹⁴⁵ Esta corriente se basa en la idea de que los infantes necesitan más protección y son titulares del derecho

¹⁴³ Campuzano Carbajo González, *Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación, Actualidad Civil*, Núm.71, Madrid, España, Editora General de derecho, 1995, pp.296-297. Cit. por Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, p. 84.

¹⁴⁴ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, p. 83.

¹⁴⁵ Época: Novena Época
Registro: 172050
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada

inalienable de conocer sus orígenes. Negar el derecho al pleno conocimiento de sí mismo a una persona parece estar en flagrante contradicción con los derechos fundamentales.

Existen instrumentos internacionales que postulan los derechos de los niños, que entre otros se refieren a conocer sus propios orígenes, por su integridad psicológica, como por la necesidad de conocer sus antecedentes médicos y genéticos.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 postula en el artículo 7.1 que los Estados partes velarán por que el niño, en la medida de lo posible, tendrá el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; así

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXVI, Julio de 2007
Materia(s): Civil
Tesis: 1a. CXLII/2007
Página: 260

DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO.

El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

mismo, en el artículo 8.1 se conviene, que se comprometen a preservar las relaciones familiares del niño de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Las opiniones que conforman esta corriente insisten en que los niños tienen derecho a conocer quién es su padre y, en caso dado, reclamar el reconocimiento correspondiente; sin embargo, es difícil hacer efectivo este derecho, pues como se manifestó líneas arriba, la donación del gameto no basta para que se entable una relación paterno-filial entre el hijo y el donante; dado que la paternidad es más rica y compleja que la simple colaboración biológica del dador de semen.¹⁴⁶

Además, uno puede cuestionarse ¿si el niño que nace con los gametos de un donador y conoce la identidad del mismo, es más feliz y puede realizarse más ampliamente que otro que desconoce la identidad del donador? Este es un tema que está sujeto a discusión.

c) Sistema ecléctico. Es una posición intermedia que conjuga las dos anteriores; es decir, que se fundamenta en que el hijo puede conocer su origen genético; con exclusión de la identidad del donante; pues su identificación no le favorece ni psicológicamente ni a su bienestar. Respecto de esta información, se considera que el niño puede conocer la forma de su concepción y las características del donante al llegar a una edad apropiada; otros, en cambio, indican que puede ser conocida, cuando se requiera clínicamente por su salud. Lo verdaderamente importante en esta posición es que sustenta el anonimato del donador como un pilar fundamental de la inseminación artificial heteróloga, pues con ello se pretende que entre el donador y el niño no se produzca alguna relación jurídica de reclamación de derechos.¹⁴⁷

Por lo antes dicho, se concluye que el sistema ecléctico es el más idóneo, en razón de que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes y una de las formas de hacerlo es conocer el historial clínico genético del cual proviene, a fin de prevenir posibles enfermedades hereditarias, o bien, para preservar su vida en caso de sufrir el padecimiento de alguna enfermedad severa, sin embargo; posiblemente esto

¹⁴⁶ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, p. 85.

¹⁴⁷ *Ídem.*

también implicaría que le niño conociera en breve las características físicas del donador anónimo que aportó el material genético para así lograr la concepción del mismo, lo cual puede dar como resultado una inestabilidad psicológica severa en razón de que el hecho de conocer la forma de su concepción le ocasione un impacto psicológico.

En efecto es de considerarse que este tema debiera ser objeto de otra investigación, en la que un conjunto de especialistas integrados por: psicólogos, médicos, abogados y sociólogos, determinen una solución para este problema.

2.5.5 El consentimiento y responsabilidad del personal médico

Hoy en día la procreación asistida es un recurso de la tecnología médica utilizado con frecuencia. Se reconoce que ayuda a salvar los problemas de infertilidad con mucha eficacia. El mundo entero registra ya a miles de niños y niñas nacidos de la utilización de estas técnicas en circunstancias de diversa índole. Por su frecuencia y por el papel protagónico que desempeña el personal médico, es importante revisar cómo maneja los dos elementos que se tratan en este capítulo, en el entendido de que al hablar de médico y del ya mencionado personal médico se hace referencia también a las instituciones que prestan ciertos servicios en los procesos de fecundación asistida.

El tema del consentimiento es muy simple pues el galeno o la institución manifiestan su voluntad para la realización de las técnicas de procreación asistida por medio del consentimiento requerido para la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado entre el paciente y el profesional en cuestión. A través del mismo contrato, este último queda autorizado para realizar todas las actividades necesarias para lograr la fecundación de una mujer, siempre que se maneje en el marco de la licitud que se permite a la actividad terapéutica. En cambio, la responsabilidad se torna más compleja porque abarca varios momentos que comprenden desde el secreto profesional hasta la responsabilidad profesional.¹⁴⁸

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 86-87.

Por lo que hace al ya mencionado secreto profesional, el médico que práctica la procreación asistida está sujeto a este principio de discreción en un sentido irrestricto de su ética profesional, ya así lo consigna el juramento hipocrático¹⁴⁹ del siglo V a.C. “callar todo cuanto vea y oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiere a la intimidad humana y no debe divulgarse en secreto”.

La utilización de las nuevas técnicas procreativas sólo debe ser conocida por el galeno y la pareja, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban conservar los profesionales de la salud y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida. Violar esta discreción debe ser causa de responsabilidad y de la reparación del daño que esta hubiera causado.

¹⁴⁹ El "Juramento de Hipócrates". El juramento hipocrático es un juramento de carácter público que realizan los profesionales de las ciencias de salud ante otros profesionales de la misma rama del conocimiento, donde asumen el compromiso de supeditar todas sus actuaciones a los postulados éticos de su profesión. Obando Obando, Brajhan Santiago, *Bioderecho, derecho médico y responsabilidad médica*, 2da ed., Colombia, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2016, p. 24.

Este juramento consolida los pilares del ejercicio de la profesión médica, dándole una connotación más que científica sacerdotal, orientando que la vida es la razón de ser y de actuar de todo médico y que debe abstenerse de todo cuanto pueda afectar contra ella. *Ibidem*, p. 27.

Juro por Apolo médico, por Asclepio, Higía y Panacea, por todos los dioses y todas las diosas, tomándolos como testigos, cumplir fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso:

Venerar como a mi padre a quien me enseñó este arte, compartir con él mis bienes y asistirles en sus necesidades; considerar a sus hijos como hermanos míos, enseñarles este arte gratuitamente si quieren aprenderlo; comunicar los preceptos vulgares y las enseñanzas secretas y todo lo demás de la doctrina a mis hijos y a los hijos de mis maestros, y a todos los alumnos comprometidos y que han prestado juramento, según costumbre, pero a nadie más. En cuanto pueda y sepa, usaré las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia.

Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura.

No tallaré cálculos sino que dejaré esto a los cirujanos especialistas.

En cualquier casa que entre, lo haré para bien de los enfermos, apartándome de toda injusticia voluntaria y de toda corrupción, principalmente de toda relación vergonzosa con mujeres y muchachos, ya sean libres o esclavos.

Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable. Si el juramento cumpliere íntegro, viva yo feliz y recoja los frutos de mi arte y sea honrado por todos los hombres y por la más remota posteridad. Pero si soy transgresor y perjuro, avéngame lo contrario. *Ibidem*, pp. 26-27.

Es cierto que los centros autorizados para la realización de la procreación asistida deberán llevar un expediente médico y conservar una ficha secreta relativa al donante; que sirva tanto para limitar el número de inseminaciones posibles con los gametos de una misma persona, con objeto de evitar la consanguinidad o, en su caso, con la finalidad de conocer las características genéticas del donante frente a posibles problemas patológicos del ser así concebido.

Dicho expediente no podrá servir para establecer lazos entre el donador y el niño, sin embargo, aun cuando se dice que rompe el principio del anonimato porque consigna el lazo biológico entre el donador y el niño, permite que este pueda tener acceso al conocimiento de sus propios orígenes y al conocimiento de su material genético que puede serle de importancia vital en caso de problemas de salud. Estas prácticas tienden a evaluar su calidad al nacer, como el diagnóstico prenatal, conociendo un desarrollo importante al menos en los países económicamente desarrollados.

La responsabilidad del personal médico también abarca la pericia en la práctica profesional en el ámbito civil, en tanto responsabilidad contractual; y en el ámbito penal, si se llegare a incurrir en alguno de los ilícitos prescritos por las normas.¹⁵⁰

El equipo médico tiene que realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías que puedan dañar la salud del *nasciturus*.¹⁵¹

Los nacidos de procreación artificial no presentan patologías diversas o mayores respecto a aquellos concebidos naturalmente. En la concepción natural no se garantiza que el *nasciturus* será inmune a cualquier patología. La verdad es que el galeno es un técnico que se compromete a un encargo, y por ello no puede estar puesto sobre el mismo plano de los progenitores naturales. Quienes, por tanto, no pueden gozar de una inaveriguable libertad y deben adoptar toda la cautela

¹⁵⁰ Guzmán Ávalos Anibal, *op. cit.*, nota 40, pp. 87-88.

¹⁵¹ *Nasciturus*: Es el ser humano concebido, aún no nacido, al que el ordenamiento jurídico considera como tal, siempre que posteriormente nazca. Diccionario de la Real Academia Española: <https://dej.rae.es/lema/nasciturus> Fecha de Consulta 8 de abril de 2018 a las 12:15 hrs.

necesaria para no perjudicar la realización del proyecto ya diseñado en las células germinales; por otro lado, son responsables hacia los usuarios y hacia los donantes de gametos, especialmente cuando se trata de la disposición de gametos femeninos. Lo anterior es según los principios de la responsabilidad contractual, y hacia el nacido es extracontractual por daños de naturaleza diversa.

El galeno es siempre responsable de las lesiones en la integridad física de la paciente, en el momento de la intervención o como consecuencia de la misma. Por ello, al momento de realizar la concepción debe de adoptar las precauciones necesarias para hacer posible el nacimiento de un individuo sano; y tiene la obligación de no usar gametos que puedan transmitir, según las investigaciones científicas adquiridas, malformaciones o patologías al *nasciturus*.

El error *in procedendo*¹⁵² es, también causa de responsabilidad. En Europa, es un debate saber si dentro de estos errores llamados *in procedendo* debe o no considerarse el nacimiento de un ser perteneciente a una raza distinta a aquella a la que pertenecen los padres. En este mismo contexto se debate la responsabilidad del médico en la manipulación de la carga genética y la predeterminación del sexo, ambos procedimientos son rechazados por la mayoría de los especialistas en el tema. Sin embargo; dentro del cuerpo médico hay científicos que defienden estas manipulaciones como parte de su tarea terapéutica.¹⁵³

Existe *responsabilidad objetiva* cuando el galeno no cuenta con el instrumental necesario o bien, que este no funcione debidamente; además en caso de no brindar a los pacientes la información adecuada de las intervenciones de que vayan a ser objeto; si se viola el secreto médico y así mismo; no se adoptan las garantías sobre el anonimato; por omitir practicar las pruebas o análisis e inseminar a una mujer que no es apta, o se recomiende un procedimiento inadecuado, o se seleccione un semen que resulte no ser el idóneo y se transmitan enfermedades hereditarias o

¹⁵² Error *in procedendo*: Inobservancia de normas procesales al resolver la cuestión litigiosa. Diccionario del español jurídico en el Diccionario de la Real Academia Española: <https://dej.rae.es/lema/error-in-procedendo> Fecha de Consulta: 15 de Marzo de 2019 a las 21:30 hrs.

¹⁵³ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 88-89.

congénitas evitables con un estudio previo; o si se omiten los consentimientos requeridos producen algún vicio del consentimiento.

Se habla también de *responsabilidad administrativa*¹⁵⁴ cuando no se cumple con las exigencias de orden público establecidas al respecto, normas sobre utilización de semen para evitar las inseminaciones en personas consanguíneas,

¹⁵⁴ Época: Décima Época
Registro: 2012487
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo IV
Materia(s): Administrativa
Tesis: I.10o.A.24 A (10a.)
Página: 2955

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE LABORAN EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE SALUD. SUS PARTICULARIDADES.

En términos de los artículos 109, fracción III y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, los servidores públicos que laboran en las instituciones públicas de salud tienen la obligación de acatar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones y, por ende, se encuentran sujetos a responder administrativamente cuando su actuación sea irregular. Así, aquéllos deben observar las obligaciones previstas en el artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre las cuales destaca la prevista en su fracción XXIV, que los constriñe a abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público, toda vez que la prestación de los servicios médicos es una de las ramas de la administración pública federal que mayor reglamentación tiene y cuya observancia por parte del personal médico, técnico y auxiliar, resulta ineludible, como es el caso de los artículos 32, 33, 166 Bis 15, fracciones VI y VIII, de la Ley General de Salud, que definen a la atención médica como el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud; establecen que las actividades de atención médica son preventivas, curativas (que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno), de rehabilitación y paliativas; e, imponen a los médicos especialistas en las instituciones de segundo y tercer nivel, entre otras, la obligación de garantizar que se brinden los cuidados básicos o tratamiento al paciente en todo momento, así como respetar y aplicar todas y cada una de las medidas y procedimientos para los casos que señala la propia ley.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente de inejecución de sentencia 10/2016. Jesús Covarrubias Contreras. 19 de mayo de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Moisés Chilchoa Vázquez.

Esta tesis se publicó el viernes 02 de septiembre de 2016 a las 10:11 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

gratuidad del procedimiento de donación, vigilancia sobre las condiciones sanitarias mínimas de los centros, entre otras razones.¹⁵⁵

Existe *responsabilidad penal*¹⁵⁶ si la inseminación artificial es realizada mediante violencia física, intimidación, transgresión del secreto; inseminación artificial en mujer casada sin el consentimiento del marido; lesiones causadas a la mujer, incluso con su consentimiento, con ocasión de una *amniocentesis*¹⁵⁷ o de una biopsia coriónica¹⁵⁸ llevada a cabo con la finalidad de conocer el sexo del feto

¹⁵⁵ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 89-90.

¹⁵⁶ LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

CÓDIGO PENAL FEDERAL

Artículo 228.- Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Artículo 244.- [...] IV.- El médico que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley, o de cumplir una obligación que ésta impone, o para adquirir algún derecho,[...]

Artículo 199 Ter. A quien cometa el delito previsto en el artículo 466 de la Ley General de Salud con violencia, se impondrá de cinco a catorce años de prisión y hasta ciento veinte días multa.

Artículo 199 Quáter. Se sancionará de cuatro a siete años de prisión y hasta setenta días multa a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

¹⁵⁷ La amniocentesis es un estudio que se hace durante el embarazo y que permite recoger información sobre el desarrollo del bebé, tomando una muestra del líquido amniótico. Este es el líquido que rodea al bebé en el útero. Es un examen que se puede realizar durante el embarazo para buscar estos problemas en el feto: Anomalías congénitas, Problemas genéticos, Infección. Desarrollo pulmonar. La razón más común para realizar una amniocentesis es determinar si el bebé tiene una condición genética o una anomalía cromosómica. Biblioteca Nacional de los Estados Unidos, Medline Plus: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003921.htm>. Fecha de Consulta: 2 abril de 2018 a las 20:00 hrs.

¹⁵⁸ La biopsia coriónica consiste en extraer una muestra de las vellosidades coriónicas que son unas estructuras que forman parte del tejido que da lugar a la placenta y al analizarlas se pueden considerar equivalentes como si cogiéramos tejido del feto. La técnica consiste en introducir una aguja a través del cuello del útero (transcervical) o a través de una punción

y causar el aborto después de las doce semanas de embarazo, en caso de que dicho sexo no sea el deseado por la mujer o por la pareja.

En la mesa de debate se encuentran otras conductas sobre las cuales es inexistente el acuerdo en relación con su licitud o ilicitud, como la clonación o producción de individuos idénticos a partir de un solo individuo humano; la gestación de un ser humano fuera del útero de la mujer, es decir, en laboratorio; la gestación de híbridos¹⁵⁹ ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies, o viceversa; el tráfico de gametos o embriones y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación.¹⁶⁰

Por lo antes expuesto, se concluye que es muy importante que la mujer gestante y los padres solicitantes, tengan en claro cuáles son los diferentes tipos de responsabilidad en que puede incurrir un galeno especializado en las técnicas de reproducción asistida, y por tanto es de vital importancia que en el procedimiento de la GS el médico tenga amplios conocimientos sobre el tema, para evitar posibles daños a terceros y no solo eso, sino que también este mismo podría ser también el perjudicado pues se le podría cesar de sus funciones y también podría ser procesado a juicio.

2.5.6 La Responsabilidad del Estado

Se incluye en este capítulo, al Estado porque se requiere de la participación considerable del mismo, a fin de que implemente a través del control legislativo que a tal efecto imponga.

abdominal con anestesia local (transabdominal), a la vez que se realiza una ecografía, que permite visualizar las estructuras maternas y fetales para asegurar que la biopsia se hace bien y sin problemas. Se tiene que realizar entre las semanas 10-12 semanas de gestación. La ventaja de esta prueba es que es una técnica rápida, que permite saber muy pronto si el feto tiene alguna anomalía genética, mucho antes que la amniocentesis. El material obtenido se analiza para estudiar el ADN, los cromosomas y enzimas del feto. Biblioteca Nacional de Medicina de los estados Unidos, Medline Plus: <https://medlineplus.gov/spanish/> Fecha de Consulta: 10 de junio de 2018 a las 14:00 hrs.

¹⁵⁹ Híbrido refiere a lo siguiente: Adj. Dicho de un animal o de un vegetal: Procreado por dos individuos de distinta especie. Diccionario de la Real Academia Española <https://dle.rae.es/?id=Klgo5mN> Fecha de Consulta: 5 de abril de 2019 a las 20:00 hrs.

¹⁶⁰ Guzmán Ávalos Anibal, *op. cit.*, nota 40, pp. 86-88.

En relación con el control estatal de estos procedimientos, es importante precisar que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, este no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario.

Por añadidura, resulta perjudicial para la sociedad dejar todo en manos de las partes involucradas, por consiguiente; es imperiosa la intervención estatal a través del legislador que debe sentar las bases y principios que regulen a través de un marco jurídico la actividad de la sociedad. Es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas.

Existen normas que regulan la procreación, sin embargo; es posible que la disciplina vigente carezca de eficacia, dado que el legislador omitió pensar en situaciones que son absolutamente actuales. Por consiguiente, surge la urgencia de una legislación que garantice a los particulares el ejercicio de sus derechos fundamentales pues la inercia del estado puede provocar una lesión irreversible en dichos derechos.

En el legítimo pluralismo de las ideas, el legislador debe tener en cuenta, sin embargo, que la procreación artificial se realiza ya ampliamente en régimen de completa licitud; que el deseo de tener hijos es ciertamente noble y con frecuencia motivado por la generosidad; que a la hora de legislar existe un consenso mayoritario, que actualmente parece aceptar la procreación artificial en sí misma, si bien sometida a ciertos límites y se puede consentir en la medida que se protejan los derechos fundamentales del ser engendrado.

Se requiere pues el control inexcusable del Estado, por la trascendencia social que tienen los métodos de procreación asistida, debiendo establecer las condiciones técnicas para aplicarlas y las exigencias de idoneidad y capacidad de los médicos y de los institutos de salud donde se prestan estos servicios, permitiendo su práctica sólo en centros autorizados por la secretaría de Salud; de

lo contrario, se promueve un uso clandestino confiado al consultorio de un médico, quien controla la totalidad de los procesos.¹⁶¹

Ninguna de las prácticas actualmente ejercitadas o conocidas con posibilidad de aplicación configura una especie penalmente relevante por tanto; no pueden ser prohibidas, ni prevenidas ni castigadas, penalmente hablando. Entonces, todo puede ser hecho. La valuación de licitud o ilicitud de los comportamientos humanos necesarios para realizar tales prácticas puede ser hecha sólo utilizando categorías civiles.

Esta misión del legislador de promulgar una ley que tenga una eficacia y vigencia social lo más apegada a la realidad, pues de nada sirve que se emita una norma que no sea aplicada ni acatada; por ello debe de ser expresión de los valores socioculturales, pues si se trata de una norma rígida o idealista, puede imponer quizá la clandestinidad; de lo contrario, la procreación asistida a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial.

Lo cierto es que la reglamentación que se adopte cumplirá un rol directriz en el desarrollo de esta rama de la ciencia y la conducta de los ciudadanos. Existe toda una gama de alternativas que el legislador puede disponer entre dos extremos, que va de un sistema prohibitivo a uno liberal; donde en el primero se permita la utilización de técnicas excepcionalmente; y en el segundo, contrariamente, sólo se prohíba en casos excepcionales. Una severa disciplina de la procreación asistida en la pareja de hecho, en la mujer sola, etc., sólo originaría un “turismo procreativo” hacia países más liberales, escapando, así al marco legal más estricto.¹⁶²

Concluyendo así que la responsabilidad del Estado frente a esta forma de reproducción asistida, (gestación sustituta) que hoy en día se lleva a cabo de manera más recurrente, forma parte de un pilar esencial para el buen funcionamiento de la sociedad. Pues la ciencia y la tecnología cada vez avanza con mayor velocidad y el derecho no puede quedarse estancado, este debe evolucionar a la par de los cambios sociales. En México, es imperiosa la necesidad de que el

¹⁶¹ Guzmán Ávalos Aníbal, *op. cit.*, nota 40, pp. 92-93.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 93-94.

Estado vele por los intereses de los ciudadanos y cuente con una legislación para regular todas las situaciones que surgen de los métodos de procreación asistida, en la que se debiera incluir a la GS. De ello dependerá la protección hacia los derechos de las personas involucradas y en este sentido, será necesario también actualizar el Código Penal Federal para imputar delitos a los que resulten responsables por algún daño a terceros o por alguna situación que vaya en contra de lo estipulado por nuestras legislaciones civiles y penales. Esto daría como resultado la protección hacia los derechos de las personas involucradas, evitando así dejarlas en un estado de vulnerabilidad jurídica.

2.6 Panorama jurídico del Contrato de Arrendamiento de Útero o Matriz.

Con relación al tema de la GS, se han empleado términos como el de maternidad subrogada, el de arrendamiento o alquiler de matriz o útero, todos ellos inconvenientes por impropios desde la técnica jurídica, como a continuación se explicará.

La naturaleza jurídica de la figura de la “subrogación” en el campo del Derecho Civil, conforme al Código Civil Federal y para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en sus artículos 2058 y 2059, es la de ser una forma de transmitir derechos y obligaciones.

De acuerdo con el significado coloquial de la palabra subrogación, en el diccionario de la lengua Española, la misma significa: “subrogar”. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona.

De lo anterior, se puede apreciar que el significado coloquial está orientado al ámbito del derecho, que tiene como función la de transmitir derechos y obligaciones y, para tal efecto, la persona del acreedor original se sustituye con la persona de un tercero interesado jurídicamente, mediante el pago de la deuda que hace el acreedor original, subrogándose en los derechos este por disposición del propio legislador o *ipso iure*.¹⁶³

¹⁶³ *Ipso iure*: Efecto producido por una norma jurídica, por su propia virtud, sin requerimiento o instancia de parte. De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, p. 314.

El autor Ernesto Gutiérrez y González, en su obra “Derecho de las Obligaciones”, define a la subrogación personal como:

*“Acto jurídico en el cual hay una substitución admitida o establecida ipso jure, de pleno derecho, por la ley, en el derecho de un acreedor, por un tercero”.*¹⁶⁴

Así, es dable llegar a la conclusión de que nosotros no estamos de acuerdo en que la GS jurídicamente se perfeccione por medio de un contrato. En este sentido, y para este apartado, nos reservamos los motivos que dan origen al presente punto de vista a fin de estudiarlo en la propuesta planteada en el presente trabajo de investigación.

La persona o personas que solicitan las técnicas de reproducción asistida y la mujer que participa en el proceso reproductivo, deberán hacerlo sobre las bases de un acuerdo de voluntades que se ha dado a denominar como “contrato de arrendamiento de útero o de matriz”. Los dos términos son inconvenientes por imprecisos, como lo analizamos a continuación.

Suponiendo sin conceder, que fuera procedente regular el acuerdo de voluntades que celebran entre cónyuges o concubinos o una mujer soltera, con la segunda mujer que llevará a buen término el proceso de gestación, resultado del empleo de las técnicas de reproducción asistida o inducida, como contrato de arrendamiento de matriz o útero, el mismo deberá contar con elementos de existencia los cuales deberán presentar los requisitos de validez que la propia ley establece para todo acto jurídico.¹⁶⁵

Por lo antes expuesto, se concluye que si el contrato de gestación por sustitución se considerara como un contrato civil, se podría alegar que su objeto consiste en una función fisiológica del aparato reproductor femenino y por ende solicitarse su nulidad absoluta, ya que esta función no logra colocarse dentro del marco legal que requiere un contrato para su validez.

¹⁶⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 74, p.275.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 283.

En cuanto al consentimiento, como elemento de existencia del contrato de arrendamiento en cuestión, deberá darse un acuerdo de voluntades en la especie, entre las personas que solicitan el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la segunda mujer, que acepta ser inseminada con el material genético de los cónyuges o concubinos o de la mujer soltera o de solo de uno de ellos, a efecto de llevar a buen término el producto de la inseminación, y luego, el hacer entrega del nuevo ser humano, de manera inmediata o cuando así se lo soliciten los progenitores.¹⁶⁶

Se desprende entonces que independientemente del contrato, el consentimiento principalmente para la mujer gestante, es el elemento principal y esencial para llevar a cabo la GS, en suma, las partes involucradas deben ser personas con capacidad plena y dar su consentimiento de manera libre y por voluntad propia, sin incurrir en dolo, o violencia de ningún tipo o intimidación.

Por otro lado, el contrato de arrendamiento, también llamado de alquiler cuando se trata de bienes muebles, es regulado por el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, en el artículo 2398, en el que se dispone que:

“El arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.
El arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación no podrá ser menor a un año.
El arrendamiento de inmuebles destinados al comercio o a la industria, no podrá exceder de veinte años.”

Sin embargo; hablando del contrato de prestación de servicios, por parte del prestador del servicio, la prestación o conducta de hacer y por parte de quien solicita el servicio, la prestación de dar una cosa, consiste en la transmisión de una prestación que puede ser dinero u otro bien fungible llamado honorario.

De conformidad con el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, la prestación de hacer para ser objeto de un acto jurídico, ya sea unilateral o bilateral, debe ser posible física y jurídicamente.

¹⁶⁶ *Ídem.*

Los ordenamientos en comento, disponen en su artículo 1827, que:

“**Artículo 1827.** El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
I. Posible;
II. Lícito.”

El objeto de un contrato de prestación de servicios será posible físicamente, cuando no contraríe las leyes de la naturaleza, y será posible jurídicamente, cuando no vaya en contra de normatividad o principio jurídico alguno. Por su parte, la licitud es un requisito de validez, y no de la esencia del acto jurídico.¹⁶⁷

De lo anterior, resulta necesario concluir que el objeto de un contrato de prestación de servicios refiere únicamente a cosas u objetos, o bien, a acciones que son encaminadas a la misma cosa u objeto. En este mis orden de ideas, tanto la gestación como el nacimiento de un ser humano no pueden ser considerados cosas u objetos, pues dicho acto atentaría contra la dignidad del ser humano, además de considerarse como un acto inhumano y degradante.

2.7 Panorama jurídico del contrato de prestación de servicios por gestación.

La autora Raquel Sandra Contreras, considera que el contrato de arrendamiento no es el acto jurídico idóneo, a través del cual se deba regular el acuerdo de voluntades entre quienes solicitan tanto el empleo de las técnicas de reproducción asistida, como la intervención de una segunda mujer en el proceso de gestación, y esta última, por las razones técnico jurídicas que se mencionaron con anterioridad, es necesario regular este acuerdo de voluntades, lo que para otros juristas puede ser posible, a través de un contrato de prestación de servicio de gestación o gestacional.

El contrato de prestación de servicios de gestación o gestacional, como acto jurídico bilateral de carácter formal, sólo presenta dos elementos de existencia: Al consentimiento y un objeto posible física y jurídicamente.

Como requisitos de validez, el contrato de servicios en mención, presentará los regulares a cualquier contrato de esta naturaleza: La forma que establezca el legislador para esta clase de contratos de esencia no pecuniaria o moral; la

¹⁶⁷ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 74, pp. 283-284.

capacidad de las partes; un objeto o motivo o fin lícito, y el que las voluntades de las partes, se encuentren libres de vicios.

Sólo nos referimos a los elementos de existencia y de estos, en particular, al objeto indirecto del contrato, y directo de los deberes jurídicos que se genera en el campo del Derecho civil para la Familia, esto es, a las prestaciones de dar, hacer y no hacer, que deberían cumplir las partes en el contrato, conforme a lo que establezca en los Códigos civiles y familiares mexicanos, aún no regulan la anterior hipótesis.¹⁶⁸

Se concluye entonces que la celebración de un contrato bajo la denominación de “prestación de servicios” no es el término más idóneo para denominar el acto jurídico por medio del cual surtiría efecto la GS. Esto en razón de que el objeto del contrato de prestación de servicios de conformidad con el artículo 2605 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, no logra adecuarse al marco legal de acuerdo a la finalidad que persigue la GS.

Por otro lado, el consentimiento en el contrato de servicios de gestación o gestacional, se integrará con la policitud u oferta por parte de los cónyuges, concubinos o mujer soltera, a la segunda mujer que acepta participar en el proceso de la gestación, a efecto de ser inseminada con material genético de los solicitantes o de otras personas, para llevar a buen término el embarazo, y de manera inmediata, hacerles entrega del nuevo ser humano.¹⁶⁹

Por lo antes ya señalado, se llega a la conclusión de que las partes involucradas en llevar a cabo la gestación sustituta deben ser personas con capacidad plena y consentimiento libre y por voluntad propia, sin incurrir en dolo, violencia de ningún tipo o intimidación.

En cuanto al objeto indirecto de un contrato de prestación de servicios, consiste en conductas de dar por parte de quien solicita el servicio o cliente, la que se traducirá en una prestación en dinero u otros bienes fungibles o no, y en prestaciones de hacer, por parte de quién dará el servicio que se le solicita.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 287-288.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 290.

Al igual, que en cualquier contrato de prestación de servicios, en el caso del contrato de servicios de gestación o gestacional, el objeto directo de su obligación se traducirá en conductas de dar cosa, por parte de quien solicita el empleo de las técnicas de reproducción asistida o inducida y la participación de una segunda mujer que lleve a un buen término el proceso de la gestación.

La prestación de dar por parte de la persona que recibirá el servicio solicitado, consistiría, en el pago de los gastos médicos, cuando derivado de la gestación y alumbramiento, la mujer gestante tuviere complicaciones de salud, ya sean de naturaleza física o psicológica.

Con motivo del contrato de prestación de servicios de gestación o gestacional, se derivarán conductas de hacer y dar, a cargo de quien prestará el servicio de gestación, en la especie, la mujer gestante o segunda mujer en el proceso de la gestación, quien autorizará a que se le insemine con material genético de otras personas, a efecto de lograr el alumbramiento de un nuevo ser humano, el que se obliga a entregar de manera inmediata a las personas que solicitaron sus servicios de gestación o gestacional. Y como parte de sus deberes jurídicos accesorios, se comprometerá a realizar conductas de hacer y de no hacer, a efecto de que el tiempo del embarazo no origine ningún riesgo para el producto, y para ella misma.¹⁷⁰

En consecuencia, se concluye entonces que la gestación humana no debe ser considerada como un servicio, cuya finalidad recae en el nacimiento de un ser humano, lo cual resulta completamente indignante.

2.8 Países que regulan Gestación Sustituta

A continuación se citan algunos países que sí permiten la GS y que además cuentan con la legislación idónea para regular y resolver todos los efectos jurídicos que surgen del ya citado método de reproducción asistida.

De manera muy breve, vale la pena comentar que algunos de los países que permiten la GS únicamente de manera altruista, son los siguientes: Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, Israel y Sudáfrica.

¹⁷⁰ *Ídem.*

Ahora bien, los países que regulan la GS con amplia admisión, es decir, que permiten la remuneración, independientemente de los gastos que el embarazo y el parto requieren, son: Rusia, Ucrania, India y Estados Unidos, siendo este último país, del que sólo citaremos 3 de sus estados, con el fin de sintetizar la información más relevante que se tiene de E.U.A respecto de la GS.

2.8.1 Estados Unidos

La décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo.” Por tanto, corresponde a cada estado individualmente determinar si regularán la GS y cómo sus respectivas leyes tratarán los acuerdos de GS y la filiación de los niños nacidos de esos acuerdos. Sobre esta base, la legislación estatal relativa a la GS es muy variable, y generalmente queda comprendida en una de las siguientes tres categorías.

La primera categoría incluye los estados cuyas legislaturas han tomado la iniciativa de aprobar leyes específicas sobre GS, ya sean prohibitivas o permisivas. Dentro de esa primera categoría existen entonces dos grupos: los estados que prohíben la GS y los estados que la permiten. La segunda categoría incluye los estados que no tienen leyes relativas a la GS, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables. La tercera categoría incluye los estados que no tienen ni ley ni jurisprudencia sobre la GS.

En el segundo grupo se encuentra un número importante de estados que expresamente permiten la GS, entre estos éstos, Texas y Utah, quienes exigen que el acuerdo de GS sea aprobado por autoridad judicial siempre que se cumpla con una serie de requisitos regulados en la ley. Así, sólo permiten la gestación por sustitución para parejas heterosexuales casadas, la comitente tiene que ser incapaz de concebir o llevar a término un embarazo, debe tratarse de gestación por sustitución gestacional, y la gestante debe haber tenido al menos un hijo biológico sano.

En Texas y Utah la gestante y su marido (si está casada) deben efectuar un acuerdo por escrito con los comitentes por el que renuncian a sus derechos parentales, y que debe ser parte de la aprobación judicial; siendo así, la pareja comitente se convierte en los padres legales del niño que nazca, y el certificado de nacimiento se expide en su nombre.¹⁷¹

Por lo antes ya mencionado, se puede observar que la cultura jurídica de estos dos estados, es un tanto conservadora al permitir únicamente la GS para parejas heterosexuales, entendiéndose que esta ley se refiere únicamente a matrimonios entre hombre y mujer, situación que para nuestro particular punto de vista es lo correcto, por diversas situaciones que por ahora, no es momento de profundizar por no ser el tema central de la presente investigación. Coincidimos también con los demás requisitos que proponen dichos estados, pues estamos de acuerdo en que previo a llevarse a cabo la GS, la pareja demuestre su imposibilidad reproductiva no sin dejar a un lado, la importancia que tiene el que la mujer gestante no sea la madre biológica del menor en cuestión, es decir; que no aparte su óvulo para fines de la GS, pues esto ocasionaría una mayor problemática socio-jurídica y habría un mayor vínculo entre la mujer gestante y el niño, situación que para esta sería más complejo, pues resultaría más difícil separarse de su propio hijo y renunciar a todos los derechos que esta tenga sobre de él, como su madre biológica. Además de que la filiación debería llevarse bajo la figura jurídica de adopción.

Illinois en cambio; protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas solas. La gestante no puede aportar sus propios óvulos y por lo menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño. Bajo un acuerdo válido, los comitentes son los padres legales inmediatamente después del nacimiento, esta paternidad, además, se establece automáticamente sin intervención de los tribunales. Antes del nacimiento son los abogados de las partes los que verifican el cumplimiento de todas las disposiciones de la ley que rige la GS.

¹⁷¹ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp.185-187.

En cuanto a los requisitos de la gestante, esta debe: tener al menos 21 años, haber dado a luz al menos a un hijo, haber completado una evaluación física y mental, haber efectuado consultas legales, tener seguro de salud que cubra los tratamientos médicos y la hospitalización, y que este tenga vigencia durante la fecha del parto y hasta ocho semanas después del nacimiento del niño.

Por cuanto hace a los requisitos que debe cumplir la pareja comitente, la ley establece: al menos uno de los miembros de la pareja debe aportar el material genético con el que se creará el embrión que se implantará en la gestante, debe tener la necesidad médica de recurrir a la gestación por sustitución y que ello conste en una declaración jurada de un médico especialista, debe haber completado un examen de salud mental; debe haber efectuado consultas legales.

El contrato de gestación por sustitución debe reunir los requisitos legales. En el contrato, la gestante (y su marido si está casada) deben prometer transferir al niño a la pareja comitente inmediatamente después del nacimiento y la pareja comitente (o el comitente) debe prometer aceptar al niño inmediatamente después de su nacimiento y asumir la responsabilidad. Si las partes no cumplen con alguno de los requisitos, los tribunales estarán facultados para determinar la custodia legal basada en la intención de las partes.

Cabe destacar que Illinois permite expresamente la GS comercial. Así, admite que se pague a la gestante no solo gastos razonables, sino también una retribución razonable.¹⁷²

A diferencia del estado de Texas, Illinois si permite la GS para todas las personas, incluso solteras; situación que para nosotros no es la adecuada, sin embargo; es bastante favorecedor sobre todo para los padres solicitantes, obtener la filiación inmediatamente después de que nace el menor y en general los demás requisitos consideramos que son bastante viables, por guardar un equilibrio legal, al no ser rigurosos ni flexibles, resultan ser bastante idóneos. Empero, no estamos de acuerdo es que se considere que el tener un hijo por medio de la GS sea equiparado a la comercialización de un producto, pues una cosa es proporcionarle

¹⁷² *Ibidem*, pp. 187-188.

a la gestante alguna retribución económica razonable e independientemente de los gastos que absorbe la atención médica para la gestante durante su embarazo y el parto, y otra cosa es comercializar y lucrar tanto con un menor, como con un recurso humano y natural que es la reproducción, así como con la necesidad fisiológica y psicológica de tener un hijo. Gestar un bebé no debería de tener un precio; una persona y por tanto un bebé no pueden ser objeto de comercio. Cosa muy diferente sería si se le indemnizara a la mujer gestante por haber padecido ciertos dolores, incomodidades y sufrimiento durante su embarazo o inclusive pérdidas económicas si tuvo que renunciar a sus actividades laborales.

En California, el reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de gestación por sustitución no es automático; sino que requiere que, una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado. En este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia.¹⁷³

El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la gestante y su marido si está casada. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde ese mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de los Registros Vitales. Durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la “*pre-birth judgement*”¹⁷⁴ que establece la filiación a su favor. Si esta no se aporta, la oficina designará a la gestante como madre legal, y si está casada, a su marido, en virtud de la presunción de paternidad matrimonial.¹⁷⁵

Concluimos que en California el proceso para que los padres solicitantes o comitentes, puedan obtener la filiación no es inmediato, sin embargo; resulta ser un

¹⁷³ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 190-191.

¹⁷⁴ Pre-birth judgement: Juicio previo al Nacimiento. Diccionario español/inglés, inglés/español, Canadá, New American Library, 2014 p. 616 y 850.

¹⁷⁵ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p.191.

sistema jurídico ordenado, pues una vez emitida la sentencia correspondiente es interesante que se le ordene al Hospital expedir el certificado médico a nombre de los padres comitentes. Cabe destacar un dato interesante de la legislación de California respecto de la GS, pues nos queda la duda ante el siguiente supuesto: si dentro de los 10 posteriores al nacimiento del menor, los padres no reclaman su respectiva filiación con este último y entonces la filiación se le otorga a la mujer gestante y a su esposo, ¿qué pasaría si éstos últimos no desean hacerse cargo del menor en cuestión y por tanto no es de su interés establecer la filiación entre ellos y el menor?. Será necesario entonces hacer un estudio más profundizado de las legislaciones de California, que refieran al presente tema.

Aunque en Estados Unidos existen tres categorías de estados (los que tienen ley, los que admiten la GS vía jurisprudencial y los que no dicen nada), cabe señalar que en todos los estados que se incluyen en cada una de esas tres categorías (incluidas la legislación prohibitiva), la GS se está realizando con éxito ya está contando con el visto bueno de los tribunales competentes en los casos en los que se solicita la determinación de la filiación y se cuenta con la cooperación y aprobación de todas partes.¹⁷⁶

Se concluye entonces que a pesar de que en Estados Unidos no existe una legislación Federal que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la GS, esta situación no implica dejar en estado de indefensión y desprotección a las partes involucradas que son: los padres solicitantes, la mujer gestante y el menor, pues existen criterios jurisprudenciales de los cuales el juez puede apoyarse para resolver un caso de filiación que surja de la GS, pues como se observa, su sistema jurídico respeta la soberanía de los Estados, además de que también puede apoyarse de las resoluciones que otros estados ya han elaborado.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.192.

2.8.2 Canadá

La Ley de Reproducción humana asistida (*Assited Human Reproduction Act* [2004,c.2]) fue sancionada en marzo de 2004, dotando a Canadá tiene Jurisdicción en todo el país.

La ley prohíbe expresamente el pago a la gestante, a los intermediarios, o a la colocación de anuncios para obtener servicios pagados de una gestante, también prohíbe que los miembros de la profesión médica presten asistencia a una persona de sexo femenino para convertirse en gestante, cuando se sabe o se tiene razones para creer que ella es menor de 21 años.

Esta ley prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a cualquier persona menor de 21 años para que actúe como gestante. Consecuentemente, en Canadá la gestación por sustitución por razones altruistas no está prohibida por la ley.

La cuestión de la validez de este tipo de contratos y las consecuencias en términos de filiación es responsabilidad de las provincias, de modo que la provincia en la que nace el niño gobierna el proceso, además los jueces han optado por decidir en pos del mejor interés del niño. Cada provincia tiene su propio método de determinación de la filiación, aunque cabe destacar que la gran mayoría carece de una solución expresa que permita definir la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución.¹⁷⁷

Por todo lo anterior se concluye que Canadá tiene cierta similitud con Estados Unidos únicamente por lo que respecta a que cada provincia resuelve los conflictos jurídicos que surgen de la GS de acuerdo a su propio juicio y que hay completa libertad para realizar una resolución respecto de los contratos y de la filiación. Y una gran diferencia que se observa con Estados Unidos y Canadá, es que Canadá no permite la GS si existe un lucro de por medio.

¹⁷⁷ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 148-149.

2.8.3 Grecia

En Grecia, la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. Conforme a esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos: ¹⁷⁸

- En la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe de ser de ella) y su embarazo deberá ser permitido por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (estas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que esta está casada, de su esposo también).
- La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.
- Esta resolución debe ser dictada por el Tribunal de Distrito donde residen los comitentes y la gestante.

Requisitos para que se autorice judicialmente la GS

Para que el tribunal pueda autorizar la gestación por sustitución se debe presentar las siguientes condiciones:

- La comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término.
- La comitente no debe exceder la edad de 50 años.
- La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente.
- Las partes deberán presentar su acuerdo por escrito.
- El acuerdo podría permitir la compensación de gastos. (El pago de los servicios o cualquiera otro beneficio económico está prohibido.)

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.15

- Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito.
- Los óvulos no deben pertenecer a la gestante
- La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.

Legitimación y comitentes

El proceso para obtener la autorización judicial debe ser iniciado por la comitente dado que, el hombre, esposo o pareja de la comitente no tiene derecho a iniciar el proceso para obtener la autorización judicial y su paternidad se termina indirectamente sobre la base de que su esposa/pareja es la madre legal del niño, siempre que esta haya dado su consentimiento para el acuerdo de la GS.

Cabe destacar que no se permite acceso a las parejas homosexuales de hombres o mujeres.¹⁷⁹

Imposibilidad de arrepentimiento para las partes

Una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación de la gestante, esta pierde su derecho a cambiar de opinión y a partir de entonces está obligada a cumplir con los términos del acuerdo y dar al niño a los comitentes inmediatamente después del nacimiento. En la legislación griega no hay lugar para un cambio de actitud. Lo mismo implica para los comitentes: éstos no se pueden negar a recibir al niño después de que él/ella nazca, y se les obliga a hacerse cargo del niño.

Filiación e inscripción

Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, pues se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño. Dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la gestante o la comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueba que se trata de una gestación por sustitución tradicional (es decir, que la

¹⁷⁹ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 152.

gestante haya aportado sus óvulos). En estos casos, la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento.

El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento y los comitentes deberán presentar el certificado al Registro Civil.

La ley prohíbe que se remunere a la gestante, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto.¹⁸⁰

Se concluye entonces que la legislación con la que cuenta Grecia respecto de la GS es con la que más coincidimos y vale la pena apegar nuestro sistema jurídico al sistema jurídico de Grecia. Por lo que respecta a que la mujer gestante no deba recibir ningún tipo de retribución por haber gestado a un menor, nosotros opinamos que debiera ser de libre elección para los padres solicitantes y para la mujer gestante, pues no resulta ser perjudicial para nadie, compensar económicamente a una mujer que prestó su vientre, que padeció dolores, incomodidades y que se tuvo que someter a un cambio de vida radical a fin de gestar un hijo para una pareja. Otro punto que resulta ser de nuestro interés es que la legislación en Grecia contempla también prohibir a los padres comitentes y a la mujer gestante retractarse de las consecuencias socio-jurídicas una vez iniciado el embarazo. Nosotros opinamos que únicamente bajo alguna situación médica importante, que amenace la vida de la mujer gestante, entonces sí debiera ser permisible el aborto.

Por último otro punto bastante favorable sobre todo para los padres solicitantes es que una vez obtenida la autorización del tribunal, automáticamente éstos ante la ley tienen la calidad de padres biológicos y legales, situación que lograría atenuar en nuestro país y en otros países la determinación de la filiación, pues algunos países opinan que es mejor designar la filiación conforme a la intención de los padres, otros optan por determinarla conforme al interés superior del menor y otros de acuerdo al vínculo biológico que une al menor con los padres solicitantes o la mujer gestante. Dicho lo anterior, y por lo que concierne a nuestro país, no se tendría

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 152-153.

por qué dejar a un lado, la unanimidad jurídica al respecto, que determinara que la filiación le corresponde a los padres legales desde el momento en que solicitan llevar a cabo la GS.

2.8.4 Israel

En Israel, la gestación por sustitución está regulada en la ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996.

Prevé un sistema de pre-aprobación del acuerdo de GS por parte de un comité. Este comité se compone de dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes y un jurista.¹⁸¹

Requisitos de los comitentes

- Los comitentes deben ser una pareja casada o no, conformada por una mujer y un hombre.
- No se permite la GS a parejas homosexuales ni a personas solas.
- La comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación.
- Es decir; la ley sólo permite acceder a la gestación por sustitución gestacional, y el esperma debe ser aportado por el padre comitente, ya que de lo contrario el hijo de consideraría “ilegítimo”.

Las razones expuestas por el Comité Insler para establecer la prohibición de la donación anónima de esperma fueron médicas (riesgo de matrimonios entre parientes), sociales (el derecho a conocer el origen genético), psicológicas (la necesidad de conocer la identidad del padre genético) y religiosas (el riesgo de Manzerut, un concepto judío sobre la legitimidad a través de relaciones prohibidas).

¹⁸¹ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 160.

Requisitos de la gestante

La gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, con la comitente; además, debe tener entre 22 y 38 años y debe ser soltera o divorciada, no puede estar casada, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja hizo todo lo posible para celebrarlo con una mujer soltera.

Además, la gestante debe tener un hijo previo propio, pero no más de tres y no debe haber actuado más de dos veces como gestante.¹⁸²

Altruista

La ley sólo permite la GS altruista, pero admite que el comité apruebe pagos mensuales a la gestante que cubran los gastos importantes que implica llevar a cabo el acuerdo, incluidos los gastos de asesoría legal y seguro, la indemnización por el tiempo usado y por el dolor generado, la pérdida de ingresos y de capacidad de ganancia, y cualquier otro gasto razonable.¹⁸³

Filiación

La ley establece que la paternidad/maternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial y que el embarazo de la gestante tiene que provocarse en un hospital público autorizado para realizar la GS. Los comitentes reciben al niño nacido bajo la presencia de autoridades sociales, quienes son las guardianas del niño hasta que se pronuncie el juez. Así, los comitentes tienen que iniciar un procedimiento judicial para obtener una orden parental dentro de los siete días posteriores al nacimiento. Esta orden parental es concebida salvo que el interés superior del niño, demande otra solución.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 160-161.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 161-162.

Posibilidad de arrepentimiento

La ley dispone que la gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción y sólo si se prueba que es en el mejor interés del niño.¹⁸⁴

La ley Israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. Cuando el niño nace en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de GS, es necesario probar, a través de una prueba de ADN. En los casos en los que no hay vínculo genético la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción.¹⁸⁵

Para el Comité, los acuerdos de GS sólo deberían admitirse si una pareja no tiene más de un hijo. También se aconseja que una mujer sólo actúe como gestante un máximo de tres veces.¹⁸⁶

Se concluye al respecto que Israel es un país que respecto de la GS tiene un sistema jurídico apegado a la religión y a sus creencias religiosas. Resulta interesante que designen un comité cuyos integrantes sean entre otros profesionistas, un representante de la religión de las partes, de igual forma, es un país conservador que no permite la GS para personas homosexuales o solas.

Llama nuestra atención que a pesar de ser un país que admite la GS por altruismo, también es flexible para que la gestante reciba un pago razonable por cualquier otra situación que se haya suscitado como consecuencia del embarazo y el parto, y en este punto coincidimos con la legislación de Israel, consideramos por tanto que, esta situación la podría adoptar nuestro sistema jurídico. En Israel la adquisición de la filiación no es fácil, pues se requiere de una orden parental además de que cuando el niño nace, este es custodiado por autoridades sociales y se observa también la existencia de un contrato.

¹⁸⁴ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p.162.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.163.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 64.

CAPÍTULO TERCERO: LEGISLACIÓN APLICABLE A LA GESTACIÓN SUSTITUTA

En nuestro país el procedimiento legal para llevar a cabo la gestación sustituta, así como los requisitos legales que debieran cumplimentar las partes interesadas, carece de una legislación específica que los determine, ello no significa que dicho método de reproducción asistida no cuente con ninguna legislación que pudiera usarse para beneficio de las partes involucradas y que proteja y reconozca sus derechos humanos.

En el presente capítulo el lector conocerá la legislación que actualmente se encuentra vigente tanto a nivel nacional como internacional. Si bien es cierto, a nivel federal en nuestro país no existe una legislación que determine el procedimiento legal, al que se deben apegar los interesados en llevar a cabo la gestación sustituta, empero, sí contamos con varias legislaciones que permiten la protección hacia los derechos humanos de las partes involucradas en dicho método de reproducción asistida. La finalidad consiste en que el lector conozca y comprenda e identifique cuál es la justificación para regular el procedimiento legal para este método de reproducción asistida, que cuenta con fundamentos legales en nuestro país.

3.1 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra ley Suprema del sistema jurídico mexicano, fue promulgada el 5 de febrero de 1917 por Venustiano Carranza en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro y entró en vigor en mayo de ese mismo año.

La Constitución contiene los principios y objetivos de la nación. Establece la existencia de órganos de autoridad, sus facultades y limitaciones, así como los derechos de los individuos y las vías para hacerlos efectivos. Contiene 136 artículos y 19 transitorios, distribuidos en nueve títulos.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Sistema de Información Legislativa:
<http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=54> Fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018 a las 9:00 hrs.

Por tanto, se concluye entonces que nuestra Constitución Federal es la norma fundamental y de mayor importancia en nuestro país. Es un documento oficial que conduce al control del territorio nacional de una forma ordenada, estableciendo artículos que estipulan los derechos y obligaciones para todos los mexicanos, regula el uso del territorio nacional, penaliza las conductas que difieran de lo estipulado en la misma, de igual modo; menciona la estructura y delimitación gráfica del país en aspectos geográficos y de gobierno, además de señalar de forma clara las responsabilidades de los funcionarios públicos. Así mismo, también indica la manera en que la ley debe aplicarse para los extranjeros y las relaciones con otras naciones, así como el debido proceso para reformarla.

A continuación, se analizarán los siguientes artículos que resultan ser de interés para el presente proyecto de investigación.

a. Artículo 1° Constitucional:

Por la problemática planteada en la presente investigación y en vista de nuestra postura es menester recurrir al primer precepto de nuestra Constitución Federal, quien hace referencia a la protección de los derechos humanos de todos los mexicanos y sin excepción alguna, como veremos más adelante.

“Capítulo I. De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...] **Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y**

tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Este es uno de los preceptos de mayor trascendencia de nuestra Constitución Federal, puesto que establece la preeminencia de los derechos humanos consagrados en la misma, su ámbito de aplicación a todos los habitantes del país y los límites de su restricción o suspensión.¹⁸⁸

En el artículo primero de la Constitución Federal vigente, podemos destacar dos disposiciones esenciales: a) todas las personas que habiten nuestro territorio gozan de los derechos consagrados por la Constitución; b) dichos derechos no pueden restringirse ni suspenderse sino en los supuestos y con las condiciones que la misma establece.

1. El principio de igualdad de todos los habitantes del país radica en el goce de los derechos fundamentales que la Constitución Federal establece, sin importar la condición de mexicano o extranjero, o de raza, religión o sexo.
2. El segundo sector de las disposiciones del artículo primero constitucional se refiere a las restricciones de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y finalmente, a la suspensión de los propios derechos.¹⁸⁹

Por todo lo anterior, se concluye que el primer artículo de nuestra Ley Suprema, constituye la base de la protección jurídica con la que contamos todos los mexicanos y que viene a ser plenamente reconocida por el Estado.

Se observa también que la igualdad es un elemento importante del que gozamos todos los mexicanos para poder ejercitar nuestros derechos, así como la protección hacia nuestra esfera jurídica, esta protección es reconocida a nivel nacional e internacional.

Por lo que respecta al interés del presente proyecto de investigación, este artículo resulta ser elemental para fundamentar la protección del derecho a formar

¹⁸⁸ *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, 5ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p.1.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 4.

una familia por medio de cualquier método de reproducción asistida, así mismo; este precepto constitucional nos habla también de la estricta prohibición para discriminar a cualquier persona por las razones ya expuestas en el mismo.

De lo anterior, se infiere entonces que ninguna persona que se encuentre en un estado de necesidad fisiológico que le impida procrear un hijo de manera natural, por razones de infertilidad se le negará el derecho a formar una familia y tener un hijo con el que comparta lazos consanguíneos.

b. Artículo 4° Constitucional:

Para efectos de la presente investigación, resulta de gran relevancia citar nuestro cuarto precepto constitucional, pues es la base jurídica fundamental y más relevante por lo que al derecho a formar una familia y a los derechos reproductivos acontece.

“Artículo 4°. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [...]
[...]Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. [...]”

Se hace necesario citar una vez más el presente precepto constitucional, pues el tema lo requiere y además dicho precepto constituye un pilar jurídico muy importante que constituye las bases para dar lugar tanto a la legalidad de la gestación sustituta en México, como para dar protección y certeza jurídica a los intereses del menor que nace a través de la GS y que actualmente pudieran verse comprometidos sus intereses, por la falta de una determinación legal que facilite la filiación con sus padres progenitores y/o legales y por tanto, esta problemática entorpece su derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. En otro orden de ideas, a continuación se expone una breve explicación que señala cómo surge el interés jurídico por insertar en este artículo, la igualdad del hombre y la mujer.

Cabe destacar que del análisis cuantitativo y cualitativo de varias actividades, como pueden serlo la educación, la política, o el trabajo, llevó al Congreso de la República a elevar al plano constitucional la igualdad plena entre hombres y mujeres, con la finalidad de que la adición y reforma propuestas se sumasen al equilibrio que nuestro sistema constitucional encontró; pues así como en el terreno educativo la instrucción fundamental del pueblo mexicano, orientada a través de criterios de libertad democrática, solidaridad nacional e internacional, o en el de convivencia humana, ha rechazado cualquier privilegio derivado de supuestas superioridades o jerarquías y ha aceptado por exigencia social la igualdad jurídica entre los sexos; y en el terreno del empleo la contribución de la mujer a la creación de la riqueza, constituye hoy un beneficio para la el progreso de la familia mexicana; justo era para consagrar la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, por ser consecuencia explícita de una decisión humanística y social de impostergable reconocimiento.

A ello fue debida la inserción en el nuevo artículo 4° de la Constitución general de la República, de los dos párrafos con los cuales se inician sus pronunciamientos, mismos en los que independientemente de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, aceptada y reconocida, se dispuso además, que toda persona, tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Implica por tanto este derecho, por una parte, la responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres en la adopción de tales actitudes, tales como base de la vida en común; por la otra, la incorporación de valores culturales relacionados con las más simples funciones vitales, cual es la actividad reproductiva, merecedora de un trato ingente impulso sociológico, que fundado en el amor y comprensión, que debe existir en la pareja humana, la conduzca, como expresa nuestra disposición constitucional vigente, a decidir sin coacción alguna, tanto el número como el periodo de espaciamiento, de los hijos que deseen.¹⁹⁰

¹⁹⁰ *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, op. cit.,* nota 188. pp. 19-20

De esta forma y a través de una interpretación gramatical, se concluye que cuando el presente precepto constitucional menciona: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”, de manera inmediata la ley reconoce y protege indistintamente el derecho a formar una familia sin limitar o mencionar de qué manera se debe o no hacer, siempre y cuando no se vulneren los derechos de terceros.

Ahora bien, podemos estar en el entendido de que bajo un estado de necesidad fisiológica que derive de un impedimento relacionado con el aparato reproductor femenino o masculino, o bien, de los gametos femeninos o masculinos para poder concebir un hijo de manera natural, la ley continúa protegiendo el derecho de formar una familia sin limitación alguna. En el caso de la GS y tomando en cuenta que nuestros derechos terminan cuando comienzan los de otro individuo; mientras exista un acuerdo de voluntades entre las partes interesadas, y la voluntad de las mismas se encuentre libre de vicios, no tendría por qué surgir un detrimento en los derechos de alguna de las partes, toda vez que la ley proteja la esfera jurídica de las mismas y regule el procedimiento legal para llevar a cabo la GS, y así mismo determine los requisitos legales que debe cumplimentar tanto la pareja solicitante, como la mujer gestante.

3.2 La Constitución Política de la Ciudad de México

A continuación citaremos los artículos que resultan ser de mayor trascendencia e interés para tema que ocupa a la presente investigación:

a. Artículo 3° de la Constitución Política de la Ciudad de México:

Artículo 3°

“1. La dignidad humana es principio rector supremo y sustento de los derechos humanos. Se reconoce a toda persona la libertad y la igualdad en derechos. La protección de los derechos humanos es el fundamento de esta Constitución y toda actividad pública estará guiada por el respeto y garantía a éstos.

2. La Ciudad de México asume como principios:

a) El respeto a los derechos humanos, la defensa del Estado democrático y social, el diálogo social, la cultura de la paz y la no violencia, el desarrollo económico sustentable y solidario con visión metropolitana, la más justa distribución del ingreso, la dignificación del trabajo y el salario, la erradicación de la pobreza, el respeto a la propiedad privada, la igualdad sustantiva, la no discriminación, la inclusión, la accesibilidad, el diseño universal, la preservación del equilibrio ecológico, la protección al ambiente, la protección y conservación del patrimonio cultural y natural. Se reconoce la propiedad de la Ciudad sobre sus bienes del dominio público, de uso común y del dominio privado; asimismo, la propiedad ejidal y comunal;

b) La rectoría del ejercicio de la función pública apegada a la ética, la austeridad, la racionalidad, la transparencia, la apertura, la responsabilidad, la participación ciudadana y la rendición de cuentas con control de la gestión y evaluación, en los términos que fije la ley; y

c) La función social de la Ciudad, a fin de garantizar el bienestar de sus habitantes, en armonía con la naturaleza.

3. El ejercicio del poder se organizará conforme a las figuras de democracia directa, representativa y participativa, con base en los principios de interés social, subsidiariedad, la proximidad gubernamental y el derecho a la buena administración”

Por cuanto hace al presente artículo, podemos determinar que también es muy importante para el presente tema de investigación, pues a través de este presente precepto, se reconocen y protegen los derechos humanos y para el caso específico que estamos planteando se protegen los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a formar una familia. Otro elemento muy importante que destaca en este artículo, son los principios de universalidad, interdependencia, e indivisibilidad. En este sentido, este precepto constituye una base fundamental para justificar que la GS sea permisible bajo la cobertura de un marco de legalidad que determine el procedimiento legal y los requisitos que las partes interesadas deban llevar a cabo para este método de reproducción asistida.

En concordancia con el precepto constitucional visto en el apartado anterior, el artículo sexto de la Constitución Política de la Ciudad de México también protege el derecho a formar una familia, así como los derechos reproductivos, nos habla también del reconocimiento de los derechos humanos y el acceso a la justicia, como lo veremos a continuación.

b. Artículo 6° de la Constitución Política de la Ciudad de México:

Artículo 6° [...]

D. Derechos de las familias

1. Se reconoce a las familias la más amplia protección, en su ámbito individual y colectivo, así como su aporte en la construcción y bienestar de la sociedad por su contribución al cuidado, formación, desarrollo y transmisión de saberes para la vida, valores culturales, éticos y sociales.
2. Todas las estructuras, manifestaciones y formas de comunidad familiar son reconocidas en igualdad de derechos, protegidas integralmente por la ley y apoyadas en sus tareas de cuidado.
3. Se implementará una política pública de atención y protección a las familias de la Ciudad de México. [...]

F. Derechos reproductivos

1. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, voluntaria e informada tener hijos o no, con quién y el número e intervalo entre éstos, de forma segura, sin coacción ni violencia, así como a recibir servicios integrales para acceder al más alto nivel de salud reproductiva posible y el acceso a información sobre reproducción asistida.
2. Las autoridades adoptarán medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar la esterilización involuntaria o cualquier otro tipo de método anticonceptivo forzado, así como la violencia obstétrica.

G. Derecho a defender los derechos humanos

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales; de forma eventual o permanente.
2. Las autoridades facilitarán los medios necesarios para el desarrollo de sus actividades, establecerán mecanismos de protección frente a amenazas y situaciones de riesgo, se abstendrán de imponer obstáculos de cualquier índole a la realización de su labor e investigarán seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra.

H. Acceso a la justicia

Toda persona tiene derecho a acceder a la justicia, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, así como a la defensa y asistencia jurídica gratuitas y de calidad en todo proceso jurisdiccional, en los términos que establezca la ley. [...]"

Por lo anterior expuesto, se concluye que en el inciso "D" del precepto constitucional de la Constitución en mención; para bien de los ciudadanos se puede observar, el reconocimiento y protección del derecho a formar una familia sin limitación alguna para utilizar determinado método de reproducción asistida; además de que también promueve la protección hacia nuestros derechos humanos y el acceso a la justicia en caso de que éstos hayan sido vulnerados o no reconocidos.

Por otra parte, esta constitución en su artículo 6° si bien es cierto no permite, pero tampoco prohíbe la práctica de la gestación sustituta, por tanto; las personas que padecen de algún tipo de impedimento o limitación fisiológica en su aparato reproductor para poder reproducirse de manera natural, pueden optar por utilizar libremente cualquiera de los métodos de reproducción asistida incluyendo a la

Gestación Sustituta. Empero; si llegara a surgir alguna situación indeseable para alguna de las partes y esto tuviera como consecuencia el menoscabo de uno de sus derechos, entonces las partes se encontrarían en un estado de indefensión, pues al no encontrarse regulado este proceso, la ley no ampara ciertas situaciones o problemáticas que pudieran surgir de este método de reproducción asistida y las partes carecerían también de seguridad jurídica para exigir el cumplimiento de derechos y obligaciones que emergen derivado del acuerdo de voluntades de la GS.

c. Artículo 9° de la Constitución Política de la Ciudad de México:

“Artículo 9°.

D. Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, con las mejores prácticas médicas, lo más avanzado del conocimiento científico y políticas activas de prevención, así como al acceso a servicios de salud de calidad. A nadie le será negada la atención médica de urgencia.

2. Las personas que residen en la Ciudad tienen derecho al acceso a un sistema de salud público local que tenga por objeto mejorar la calidad de la vida humana y su duración, la reducción de los riesgos a la salud, la morbilidad y la mortalidad. Asimismo, deberá incluir medidas de promoción de la salud, prevención, atención y rehabilitación de las enfermedades y discapacidades mediante la prestación de servicios médico-sanitarios universales, equitativos, gratuitos, seguros, de calidad y al alcance de todas las personas. Aquéllas con discapacidad tienen derecho a la rehabilitación integral de calidad.

3. Las autoridades de la Ciudad de México asegurarán progresivamente, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes generales aplicables:

a) La cobertura universal de los servicios e infraestructura médica y hospitalaria, de manera prioritaria en las zonas que enfrentan mayores rezagos y el abasto gratuito y oportuno de medicamentos esenciales;

b) Las condiciones necesarias para asegurar que en las instituciones de salud pública local existan los servicios de salud, asistencia social y atención médica, la disponibilidad, accesibilidad, seguridad e higiene en las instalaciones de los centros de salud y hospitales, así como la suficiencia de personal y profesionales de la salud capacitados, equipamiento, insumos y medicamentos;

c) La existencia de entornos salubres y seguros, espacios públicos, actividades sociales, culturales y deportivas que mejoren la calidad de vida y la convivencia, propicien modos de vida saludables, desincentiven las violencias, las adicciones y las prácticas sedentarias;

d) La prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades transmisibles, no transmisibles, crónicas e infecciosas;

e) El desarrollo de investigación científica para rescate y promoción de la medicina tradicional indígena; y

f) La prestación de los servicios locales de salud pública es competencia del Gobierno de la Ciudad y en lo que corresponda a las alcaldías.

4. Las personas usuarias de los servicios de salud tienen derecho a un trato digno, con calidad y calidez, a una atención médica oportuna y eficaz, a que se realicen los estudios y diagnósticos para determinar las intervenciones estrictamente necesarias y debidamente justificadas, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, a recibir información sobre su condición, a contar con alternativas de tratamiento, así como a expresar su consentimiento para la realización de procedimientos médicos y a solicitar una segunda opinión.

5. Los servicios y atenciones de salud públicos y privados respetarán los derechos sexuales y los reproductivos de todas las personas y brindarán atención sin discriminación alguna, en los términos de la legislación aplicable.

6. Se respetará en todo momento el derecho fundamental a la autodeterminación personal, la autonomía, así como las decisiones libres y voluntarias del paciente a someterse a tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento su dignidad. Para ello, se estará a lo que disponga esta Constitución y las leyes.

7. A toda persona se le permitirá el uso médico y terapéutico de la cannabis sativa, índica, americana o marihuana y sus derivados, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación aplicable.”

El presente artículo también constituye un pilar fundamental para el presente tema de investigación, pues la infertilidad es una imposibilidad fisiológica en el aparato reproductor femenino y masculino, que no permite la procreación de manera natural, sino que requiere de una especial atención médica, además de conformidad con este artículo, dicha atención médica debe ser accesible para todos los ciudadanos de la Ciudad de México. Cabe destacar que nosotros consideramos que la GS debe ser el último recurso al que una pareja infértil debiera acceder, pues al no ser el único método de reproducción asistida, se pueden buscar otros tratamientos o métodos más sencillos en donde intervenga solo la voluntad de la pareja y el tratamiento sea para esta o para una de las dos personas que requiera dicha atención médica y no tenga que intervenir una tercera persona.

3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

Ya expusimos con anterioridad algunos preceptos que en nuestro país, protegen: los derechos humanos, el derecho a formar una familia y los derechos reproductivos. Sin embargo; es menester conocer también los instrumentos jurídicos con los que contamos a nivel internacional para proteger dichos derechos.

a. Artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”¹⁹¹

Por lo antes mencionado, se concluye que el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, viene a ser un elemento del derecho que resulta ser útil para exigir y hacer valer nuestros principales derechos y libertades como seres humanos y como ciudadanos de los países que firmaron este acto, entre los cuales se encuentra nuestro país.

Es menester resaltar que a través de esta Convención se establece una obligación para los países parte, a fin de proteger y garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades estipuladas.

b. Artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas,

¹⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
Fecha de Consulta: 5 de febrero de 2018 a la 1:18 pm.

en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Ahora bien, respecto del artículo 17 de la misma Convención, este brinda una protección muy específica para el núcleo de la sociedad, es decir; para la familia.

En este sentido se puede concluir que independientemente de la evolución social de nuestro país, independientemente de los cambios referentes a las ideas, la cultura, la moral; la familia siempre debe ser considerada como el pilar de la sociedad, siendo un ente que goce en todo momento de la máxima protección jurídica.

Por tanto, los gobernantes de nuestro país, están obligados subsidiariamente a proporcionar además de protección jurídica, el apoyo integral necesario para la familia y sus miembros, a través de un marco legislativo y de políticas públicas preventivas de soluciones en áreas como: la promoción del empleo y de la estabilidad económica, acceso a los servicios de educación y salud, así como la protección de los grupos más vulnerables; además del mejoramiento de condiciones de vivienda y seguridad social, protección y medidas frente a la violencia y la inseguridad que emana del alto índice de delincuencia. Cabe destacar que de este tipo de mejoras, dependerá el buen o el mal funcionamiento de la familia el cual se reflejará en la sociedad en general.

3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En continuidad con el derecho Internacional que ampara, reconoce y protege los derechos reproductivos, a continuación citamos los artículos más importantes de este Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y que conciernen al presente tema de investigación:

a. *Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

“Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Por lo antes visto en el presente artículo, resulta muy clara y precisa su interpretación, pues la familia es considerada como el elemento más importante de la sociedad y es que sin esta, la sociedad no existiría. En este sentido goza de la protección absoluta y más amplia por parte del estado. Aunado a ello, como bien se puede observar, este artículo no contiene algún tipo de limitación para que una familia se pueda conformar, al contrario, protege los derechos del pilar de la sociedad.

b. *Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:*

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El presente artículo se relaciona estrechamente con el interés superior del menor, brindándole a este la protección absoluta hacia su esfera jurídica, hacia uno

de los derechos de la personalidad, como lo son: el nombre, la identidad, la nacionalidad. En este sentido, independientemente de que hoy en día en nuestro país, existan conflictos por cuanto hace a la determinación de la filiación entre los padres solicitantes y la mujer gestante respecto del menor en cuestión; el Estado debe actuar de manera inmediata, proporcionándole al menor la protección más amplia por lo que a sus intereses concierne.

3.5 Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México.

A nivel local, en la Ciudad de México contamos con otros preceptos que además de proteger el derecho a formar una familia, ya toman en cuenta la constitución de la familia a través de los métodos de reproducción asistida, como a continuación podemos observar:

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

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

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

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

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

Al respecto se concluye que bajo las normas estipuladas en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, sí se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, por tanto; al existir este tipo de matrimonios se sobreentiende que la reproducción para este tipo de parejas es completamente imposible debido a sus impedimentos fisiológicos en su aparato reproductor, cuya fisonomía es incompatible para poder procrear de manera natural, y es así que entonces la ley establece libertad para decidir de manera 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 siempre y cuando esta decisión sea de común acuerdo entre los cónyuges.

Así mismo, mediante una interpretación doctrinal se logra deducir también que este precepto no expresa la prohibición de ningún método de reproducción asistida, cuando menciona en el párrafo segundo:

“[...] 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.”

Sin embargo; surge una importante laguna jurídica¹⁹², pues el presente precepto no especifica a qué ley se refiere, y si fuera el caso de que se refiriera a

¹⁹² LAGUNA JURÍDICA:

Época: Décima Época
Registro: 2005156
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II
Materia(s): Constitucional, Común
Tesis: XI.1o.A.T.11 K (10a.)
Página: 1189

"LAGUNA JURÍDICA O DEL DERECHO" O "VACÍO LEGISLATIVO". PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO, A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Se denomina "laguna jurídica o del derecho" o "vacío legislativo" a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; esto es, se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o negocio; con ello se obliga a los operadores jurídicos a emplear técnicas sustitutivas con las cuales puedan obtener una respuesta eficaz a la expresada tara legal. Así, las lagunas o vacíos legislativos pueden deberse a la negligencia o falta de previsión del legislador (involuntarias) o a que éste, a propósito, deja sin regulación determinadas materias (voluntarias), o bien, a que las normas son muy concretas, que no comprenden todos los casos de la misma naturaleza o son muy generales y revelan en su interior vacíos que deben ser llenados por el juzgador, con un proceso de integración, mediante dos sistemas: a) la heterointegración, llamada también derecho supletorio o supletoriedad; y, b) la autointegración, reconocida expresamente por la mayoría de los ordenamientos como analogía y principios generales del derecho. En estas condiciones, el uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del derecho, y pueden distinguirse dos clases resaltantes de ésta: la "legis" y la "iuri"; y es aceptada bajo dos condiciones, a saber: a) La falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto; y, b) Igualdad esencial de los hechos. En conclusión, es imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros en particular; sin embargo, el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los Jueces o tribunales a dejar de resolver una controversia, por lo que existen diversos métodos que el juzgador debe emplear para llenar ese vacío legislativo, siempre que no sea posible resolver una

la presente ley, tampoco menciona con posterioridad cuáles son esos métodos de reproducción asistida que sí resultan legalmente permisibles.

3.6 Código Civil del Estado de México

Visto lo anterior, es interesante hacer un comparativo con la legislación Civil del Estado de México respecto de las obligaciones de los cónyuges y el derecho a la procreación:

Artículo 4.16.- Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir a los fines del matrimonio, a socorrerse y respetarse.”

Como se puede observar, es muy breve el presente artículo, sin embargo; más adelante se precisa lo relacionado con el derecho a la procreación, hacia los derechos reproductivos y que al igual que en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, también ya se habla de los métodos de reproducción asistida, como a continuación se expone:

“Derecho a la procreación

Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial.”

“Artículo 4.112.- La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.”

“Prohibición de padres o tutores

controversia, aplicando una disposición precisa de la ley y tales fuentes son: primero, la supletoriedad o la analogía y, después, los principios generales del derecho.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 424/2012. Miguel Ángel Rodríguez Bustos. 18 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Edgar Díaz Cortés.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Artículo 4.113.- No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.”

En los tres artículos anteriormente citados, claramente se puede observar que si bien en esta legislación se reconoce y se protege el derecho a formar una familia por medio de los métodos de inseminación artificial, también podemos notar que se precisa que debe existir previamente el consentimiento del esposo y además se estipula que no se podrá dar en adopción al menor nacido que nazca a través de inseminación artificial, situación que limita de alguna manera a la gestación sustituta, si hace bajo este modo. Por esta razón es menester regular este método de reproducción asistida cuya finalidad será brindar protección y certeza jurídica a los padres solicitantes, a la mujer gestante y al menor.

Ahora bien, hablando de la permisibilidad de los métodos de reproducción asistida, no obstante, también se observa una limitante que a continuación se expone:

Clonación

Artículo 4.114.- Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, para la procreación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.”

Consideramos muy importante que la presente legislación determine y estipule esta prohibición de la clonación, pues de lo contrario, esto traería como consecuencia un verdadero caos social, jurídico y religioso, en donde se atentaría contra los derechos de la personalidad y que para ser más específicos los siguientes derechos resultarían afectados: El honor, la dignidad, el crédito y el prestigio, El respeto a la reproducción de la imagen y voz, Los derivados del nombre o del seudónimo, de la nacionalidad, de la pertenencia cultural, de la filiación, de su origen y de su identidad, La presencia estética, Los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes, El respeto, salvaguarda y protección de la integridad física, psicológica y patrimonial.

De igual forma, es interesante conocer las limitaciones que esta legislación determina respecto de la prohibición para investigar la paternidad:

Artículo 4.115.- En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.

Consentimiento judicial para la inseminación artificial

“Artículo 4.116.- El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente.”

Estos artículos resultan ser también muy importantes para el presente tema de investigación, esto en razón de que estamos a favor de que se protejan los derechos de los donantes, cuya intención es meramente altruista al ayudar a otras personas a tener una familia, sin la intención de adquirir responsabilidades tan importantes que recaen sobre consecuencias jurídicas.

Se concluye entonces que el Código Civil del Estado de México, a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, tiene más amplios sus preceptos en cuanto a lo que hace a la reproducción humana asistida.

Cabe destacar también que en el Código Civil del Estado de México, tampoco prohíbe expresamente a la GS, siendo esta última un método de reproducción asistida.

Ahora bien, el artículo 4.112 inclusive menciona a la inseminación artificial, misma que ocupa un lugar protagonista en el proceso de la GS, en este sentido, surge la imperiosa necesidad de regular en el código civil de todas las entidades federativas, los efectos jurídicos que surgen de los diferentes tipos de reproducción asistida.

3.7 Código Civil para el Estado de Tabasco

En este orden de ideas y siguiendo una línea de coherencia con los anteriores subcapítulos, se hace necesario destacar lo que la legislación civil de Tabasco menciona respecto de los derechos y obligaciones que surgen como consecuencia jurídica del matrimonio, que a su vez se vincula con la permisibilidad

específicamente de la GS y con la protección de los derechos reproductivos, así como el derecho a formar una familia:

“CAPITULO III DE LOS DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

ARTICULO 165.-

Fidelidad y ayuda mutua

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

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

Este artículo se encuentra vinculado con lo establecido por el artículo 4º constitucional, que establece el derecho que tenemos todos los ciudadanos para elegir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de nuestros futuros hijos. En este sentido, el presente artículo también protege este derecho agregando que somos libres para formar una familia por medio de cualquier método de reproducción artificial.

Ahora bien, en razón de que el Estado de Tabasco si permite la GS, en su Código Civil, cuenta con la definición de lo que se entiende por Reproducción Humana Asistida y que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 380 Bis.

Concepto de Reproducción Humana Asistida

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.

Por lo antes visto en el artículo antes citado, podemos observar que además de proporcionar una definición de lo que se entiende por Reproducción Asistida, también nos habla de los tipos de Inseminación Artificial. Vale la pena mencionar que si bien nosotros consideramos permisible la donación de gametos, no consideramos como permisible que la mujer gestante sea quien también aporte su óvulo, sino más bien, que la pareja solicitante busque un banco de óvulos y sea una tercera persona anónima, la donante.

Se hace importante destacar también que en este Código la gestación sustituta, se define como gestación por contrato y que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 380 Bis 1.

Gestación por Contrato

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.

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.

Por cuanto hace a los artículos anteriores, la forma en la que este Código define a la gestación, es de manera muy somera y en cuanto a las modalidades de la gestación, ésta se define en dos palabras muy similares que aparentemente podrías ser sinónimos. Sin embargo; nosotros no estamos de acuerdo con la primera modalidad y nos referimos a la subrogada. No estamos de acuerdo, en razón de que consideramos que bajo este supuesto es más difícil para la madre desapegarse de su hijo biológico, además de que se evitarían problemáticas como no querer darlo en adopción, o que la mujer gestante huya del Estado y lo dé a luz en otro Estado o país, a fin de no renunciar a los derechos que adquiriría para con el menor. Por último también es necesario mencionar que el Estado de Tabasco ha determinado también los requisitos que deben cumplir los padres solicitantes y la mujer gestante que deseen llevar a cabo el contrato de gestación.

Una vez visto lo anterior, así como los subtemas referentes al parentesco y la filiación que fueron vistos en el capítulo primero de la presente investigación, veamos qué sucede ante las presunciones de paternidad:

“Artículo 324.-

Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

“Artículo 327.-

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

“Artículo 329.-

El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;
- II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.”

“Artículo 330.-

Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida.”

“Artículo 340.-

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y
- III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.”

Por lo antes mencionado, también es observable que los artículos anteriores nos hablan acerca la protección jurídica que tienen los niños que son concebidos

de manera natural o por medio de cualquier método de reproducción asistida. Por tanto, este artículo contempla el interés superior del menor, así como uno de los derechos más esenciales de la personalidad, y nos estamos refiriendo al derecho a la vida y por consiguiente a la conservación de la misma, lo cual recae en la necesidad de alimentos, el cual contempla el párrafo III del artículo 4º constitucional; mientras que de su reglamentación se encarga el presente código civil.

Hablemos ahora del reconocimiento de los hijos y de lo que la Legislación Civil de Tabasco pronuncia al respecto:

Artículo 92.-

[...]

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 días de salario mínimo general vigente en la Entidad 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 mujer 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 mujer 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 mujer gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una mujer 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 este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare."

Por lo que respecta al artículo antes citado, se puede observar que en el mismo, se encuentra perfectamente especificado lo que concierne a uno de los atributos de la personalidad, que para este caso específico estamos hablando del derecho al nombre. Por tanto, se observa la protección jurídica que tienen los niños y niñas cuya forma de nacimiento no debe ser objeto de discriminación, al no determinarse de manera inmediata su filiación. Resulta además interesante que el presente artículo también establece la diferencia entre los efectos que

surgen por medio de la concepción obtenida a través de la maternidad subrogada y por medio de la gestación sustituta.

3.8 Código Familiar del Estado de Sinaloa

Antes de hablar acerca de la regulación que tiene el Estado de Sinaloa respecto de la GS, veamos lo que este ha denominado como matrimonio:

“Artículo 40. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.
Cualquier condición contraria a estos fines, establecida por los cónyuges, se tendrá por no puesta.”

Como podemos ver en el artículo citado, en el estado de Sinaloa todavía prevalecen las buenas costumbres, la moral, y por tanto; se observa que la Institución del Matrimonio es permisible únicamente para las personas heterosexuales, es decir; entre hombre y mujer. Así mismo establece la igualdad entre ambos y en lo que al presente tema concierne, da la pauta para utilizar diferentes métodos de reproducción asistida, pues permite la reproducción humana bajo tres rubros: de manera libre, responsable e informada.

Ahora bien, también se observa que en la legislación Familiar de Tabasco, se protege a los donadores de gametos, como a continuación se expone:

“Artículo 198. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo esta, 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.”

“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. [...]”

Por lo antes citado en los artículos anteriores, podemos observar que también la legislación familiar del Estado de Sinaloa también protege los derechos

de los donadores de gametos, de manera que prohíbe el parentesco desde una perspectiva jurídica, entre el menor concebido y los donadores de gametos.

Es importante mencionar también que la filiación es una figura jurídica que requiere especial atención del derecho, sobre todo cuando hablamos de gestación sustituta, esto a fin de establecer soluciones específicas al respecto y no dejar en estado de indefensión a las personas involucradas, que para este caso específico, nos referimos a los donadores de gametos.

En otro aspecto, Sinaloa es uno de los estados de la República Mexicana que permite la GS, por tanto, para ampliar más nuestra comprensión del tema planteado en la presente investigación, se hace necesario conocer lo referente a su capitulado: “De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada”

“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.”

“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.”

En base al artículo anterior, podemos llegar a la conclusión de que a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México, del Código Civil del Estado de México, del Código Civil para el Estado de Tabasco e inclusive a diferencia de la Ley General de Salud; el Código Familiar para el Estado de Sinaloa, sí señala una definición de lo que se entiende por maternidad subrogada, además estas definiciones resultan ser claras y precisas.

Ahora bien, en el capítulo primero, abordamos los temas referentes a los tipos de maternidad que pueden surgir de la GS, no obstante; esta legislación también lo tiene previsto, como podemos ver a continuación:

“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.”

Resulta bastante interesante e importante encontrar en la ley antes citada, la definición de maternidad por sustitución, pues este método de reproducción asistida no se encuentra definido por la Ley General de Salud, que se supone debiera ser pionera para establecer dicha definición. Por otro lado, resulta eficaz la presente legislación familiar para el estado de Sinaloa definir las modalidades respecto de la maternidad subrogada pues resultan ser muy precisas y concretas sus definiciones, evitando de esta manera confusiones.

Cabe destacar que la presente legislación abarca elementos muy específicos que derivan de la GS y que la ciudadanía requiere saber a fin de conocer de manera precisa, cuáles son los efectos que están previstos y autorizados por la ley, así como conocer también qué tipo de situaciones no son permisibles para llevar a cabo la GS.

No obstante, la legislación Civil del Estado de Sinaloa aprueba y permite la legalidad de la GS, sin embargo; también establece las siguientes prohibiciones al respecto:

“Artículo 285. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A esta 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.”

“**Artículo 286.** Las personas casadas no podrán donar esperma u óvulo 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.”

Por lo que respecta al presente artículo consideramos que resulta ser muy aceptable, pues si bien es necesario legalizar la gestación sustituta, también se hace necesario determinar los requisitos, y establecer las condiciones bajo las cuales es permisible llevar a cabo la GS y de esta manera evitar dificultades que impacten en el menoscabo y/o los intereses de las partes involucradas en la GS.

Ahora bien, se hace necesario conocer cómo se da el procedimiento jurídico para llevar a cabo la GS en Sinaloa:

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**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”

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**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.”

“**Artículo 300.** La maternidad extramatrimonial resulta del sólo hecho del nacimiento y la identidad del nacido, pero puede ser impugnada en los casos en que entre el menor y la madre no exista realmente un vínculo genético, salvo las disposiciones sobre reproducción asistida con autorización de los cónyuges.

La paternidad extramatrimonial se establece por el reconocimiento voluntario que haga de su hijo, o por una sentencia ejecutoriada que declare la paternidad a cargo del demandado.

Para justificar la filiación, son admisibles los medios de prueba biológicos, y en los juicios de intestado o de alimentos, se justificará la filiación respecto a la madre, dentro del mismo 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.”

Por lo antes observado en los preceptos citados con anterioridad, se desprende que el estado de Sinaloa es el único estado de la República Mexicana que prevé en su legislación civil, de manera más amplia y más precisa de qué manera debe llevarse a cabo la GS, además el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes lo denomina “instrumento de maternidad subrogada”, precisando así las formalidades bajo las cuales este debe ser celebrado. No obstante, determina requisitos que deben cubrir los padres y la mujer sustituta, no solamente en el ámbito jurídico sino también en el de la salud, o en el ámbito médico.

Finalmente cabe destacar que las demás entidades federativas que constituyen el territorio de nuestro país, al no legislar sobre la gestación sustituta, ello no significa que la sociedad se abstenga de llevarla a cabo, al contrario, legalizada o no; las personas la seguirán llevando a cabo. De tal forma, que esta situación dará como consecuencia una problemática social y jurídica. Se desprende entonces que se debe buscar una uniformidad de criterios jurídicos a nivel federal en cada legislación civil de los estados de la república mexicana, para lo cual podríamos apoyarnos en la legislación civil de Sinaloa.

3.9 Ley General de Salud

A diferencia de las legislaciones anteriores, podemos observar que la presente legislación no tiene concepción alguna por lo que respecta a los métodos de reproducción asistida y mucho menos en la GS, lo más aproximado que tiene respecto al presente tema es lo siguiente:

“ARTÍCULO 68. Los servicios de planificación familiar comprenden:

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

II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar;

III. La asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en su ejecución, de acuerdo con las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población;

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

V. La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar, y
VI. La recopilación, sistematización y actualización de la información necesaria para el adecuado seguimiento de las actividades desarrolladas.”

Por todo lo anterior, se concluye que la Ley General de Salud no se pronuncia respecto a la prohibición de algún método o técnica de reproducción asistida, lo cual permite llevar a cabo la reproducción asistida, sin ningún tipo de protección y seguridad jurídica. No obstante; esta ley tampoco refiere una definición establecida por la misma legislación, de los métodos de reproducción asistida, o de alguno de en particular. Ello autoriza a concluir que respecto al tema en cuestión, la ya referida ley se encuentra un tanto rezagada, pese al principio de progresividad en materia de derechos humanos, mismos que protegen los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia.

CAPÍTULO CUARTO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA EN MÉXICO

Una vez comprendidos los subtemas anteriores, en este capítulo se comentan cuáles son las problemáticas jurídicas y sociales que derivan de la gestación sustituta, y es en este capítulo en donde el lector podrá comprender la importancia que amerita el presente tema de investigación, así como la justificación social y jurídica que amerita la necesidad de legalizar con su debido procedimiento la GS. Además también se incluyen algunos puntos de vista de especialistas en la materia, como abogados, una médico cuya especialidad es la reproducción humana, y finalmente de algunos jueces del Registro Civil y Magistrados del Tribunal de Justicia para la Ciudad de México. Y finalmente, después de hacer todo un análisis socio-jurídico se llega a la conclusión de que efectivamente sí se requiere una legislación que regule el procedimiento legal bajo el cual se deben regir las partes interesadas en llevar a cabo la gestación sustituta.

4.1 Problemáticas socio-jurídicas que surgen de la gestación sustituta

A continuación trataremos el siguiente tema en base a nuestras propias premisas, no sin antes destacar que las autoras Eleonora Lamm e Ingrid Brena Sesma, así como algunas notas informativas basadas en fuentes periodísticas, cuyas noticias son referentes a la situación actual que se vive en nuestro país en torno a la GS y finalmente el análisis socio-jurídico actual del presente objeto de investigación; fungieron de gran apoyo y utilidad para construir los siguientes razonamientos lógicos:

Actualmente la sociedad en México enfrenta un problema en materia familiar que deriva del avance de la ciencia, nos referimos a un método de reproducción asistida denominado: *Gestación Sustituta*, que en la actualidad permite la reproducción humana fungiendo así esta, como una alternativa más para lograr la constitución y el desarrollo del núcleo familiar quien es objeto de protección por parte del Estado.

Sin embargo; la GS carece de una legislación que a nivel federal en México, regule el procedimiento legal para llevar a cabo la GS, y así mismo determine los requisitos legales que deben cumplimentar tanto la pareja solicitante, como la mujer gestante; pues al no encontrarse regulados en una legislación, los derechos y obligaciones de las partes involucradas, quedan desprotegidos así como también el interés superior del menor.

Bajo este tenor, los principales problemas actuales que destacan son los siguientes:

✓No existe una formalidad en el acuerdo de voluntades celebrado por la partes. Por tanto; este, se celebra de manera verbal o bien, de manera escrita pero no se encuentra bajo la normatividad de ninguna legislación, mucho menos es celebrado ante una autoridad judicial que ampare los efectos jurídicos que surjan de dicho acto. Por consiguiente; las partes involucradas se encuentran en un estado de indefensión para exigir el cumplimiento de derechos y obligaciones.

✓Los padres solicitantes y la mujer gestante celebran el contrato de manera gratuita (por altruismo) o bien, caso contrario, oneroso. Ahora bien, tratándose de un contrato oneroso, a falta de dicha legislación, los padres solicitantes, pueden resultar perjudicados en caso de que la mujer que se encuentre gestando a su hijo, reciba la cantidad pactada pero al concluir la gestación decide no entregar al bebé.

Por el contrario; puede darse el supuesto también de que una vez pactada una determinada cantidad de dinero a cambio de gestar al bebé y una vez que este les ha sido entregado a los padres, éstos últimos deciden no entregar el dinero a la mujer gestante. Por tanto; en ambos casos se genera un daño tanto económico, como psicológico, mismo que no tiene repercusiones jurídicas para deslindar responsabilidades y recurrir a la reparación del daño.

✓Los padres solicitantes y/o legales y/o progenitores, pueden decidir retractarse para hacerse cargo del bebé una vez que esta ha nacido con

algún tipo de malformación, discapacidad o enfermedad severa que requiera de cuidados especiales y/o gastos médicos importantes. Lo que trae como consecuencia un daño irreparable y de por vida hacia la mujer gestante, pues adquiere la responsabilidad legal, social y económica de hacerse cargo de un bebé que ella no deseaba ni planeó tener para sí. Situación que además deja en un completo estado de indefensión tanto a la mujer gestante, como al menor en cuestión.

✓Independientemente del Estado de Sinaloa, en el resto del territorio mexicano, no están establecidos los requisitos que debe cumplir la mujer que sustituya la gestación de un bebé que no es suyo. De igual forma no existe una serie de requisitos bajo los cuales una pareja pueda regirse y determinar si son aptos o no, tanto legal como físicamente para poder recurrir a la gestación sustituta.

Y algunas otras problemáticas que no son precisamente materia de la presente investigación, son las siguientes:

✓Respecto a qué sucedería si durante la gestación sustituta, los padres solicitantes fallecen, jurídicamente se desconoce cuál sería una solución ante este problema y mientras tanto, el interés supremo del menor se ve afectado y la mujer gestante se encuentra en un estado de indefensión.

Concluyendo así que en México se hace necesario regular a nivel federal los efectos jurídicos que surgen de la Gestación Sustituta, en atención al principio de progresividad de los derechos humanos, cuyo propósito es establecer de manera obligatoria que los Estados atiendan las necesidades que con el paso del tiempo va adquiriendo y requiriendo la sociedad; en este sentido, el Estado debe brindar a los ciudadanos una mayor y mejor protección y garantía a sus derechos humanos de manera progresiva; lo que en consecuencia dará como resultado la protección de los derechos de los padres progenitores y/o legales, así como de la mujer gestante, además de que también se protegería el interés superior del menor y no

se les dejaría en un estado de indefensión; sino que esto generaría definitivamente la existencia de lagunas jurídicas al respecto del tema en cuestión y habría un mayor control en cuanto a la forma legal en que debe darse este proceso jurídico de la gestación sustituta, tanto en el bienestar de la sociedad, como en la solución de conflictos, evitando en gran medida también abusos e injusticias que pueden suscitarse entre las partes que participan para llevar a cabo la GS.

4.1.1 Las posturas feministas

Dentro del pensamiento feminista, existen distintas posturas respecto de la GS¹⁹³ que responden a las diferentes maneras de comprender si la gestación por sustitución contribuye a la libertad de las mujeres o, por el contrario, la viola. No obstante, como se verá, la mayoría de los movimientos feministas se inclinan a favor de esta práctica.

Por un lado, algunas feministas ven la gestación por sustitución como una forma de esclavitud en la que la gestante es explotada a través de los incentivos de dinero, la expectativa social de autosacrificio o ambos.¹⁹⁴ Este es el feminismo “socialista”¹⁹⁵ que rechaza la gestación por sustitución por entender que constituye una explotación económica y/o psicológica (la mujer a la que se le

¹⁹³ Las posturas de los movimientos feministas son también dispares ante las Técnicas de Reproducción Asistida. Algunas feministas y pensadores critican estas técnicas por su falta de naturalidad; se apunta a la medicalización del cuerpo de la mujer que estas implican, sobre todo porque casi siempre la que debe “poner el cuerpo” es ella y algunos de estos tratamientos resultan bastante invasivos (aun aunque el problema de infertilidad sea masculino). Sommer, Susana, *De la cigüeña a la probeta*, Buenos Aires, Planeta, 1994, pp. 45-50. Un segundo tipo de argumento apunta a la continuidad del rol reproductor de la mujer; en definitiva, la búsqueda de un hijo puede leerse como la antítesis del logro de la liberación femenina. Callahan, J., *Feminism and reproductive technologies*. *The Journal of Clinical Ethics*, 5 (1), 1994. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 242.

¹⁹⁴ Allen, A.L., “Surrogacy, Slavery, and the Owership of life”. *Harvard Journal of law and Public Policy*, 13 (1), 1990, pp. 139-140; O’BRIEN, S. “Commercial Conception: A Breeding Ground for Surogacy”. *North Carolina Law Review*, 65, 1956, pp. 127. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 243.

¹⁹⁵ El feminismo marxista-socialista concibe la opresión de la mujer como una más de las consecuencias que se derivan de la existencia de la propiedad privada. El modo de producción capitalista, imperando en las sociedades actuales, en la medida en que se asienta sobre la propiedad privada de los medios de producción, hereda y refuerza la opresión de la mujer. Puigpelat Martí, F., *Feminismo y las técnicas de reproducción asistida*. Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, núm. 32, 2004, pp.63 y ss. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 243.

demanda Gestación Sustituta) se siente presionada por cuanto piensa que con ello puede ser útil a una pareja infértil). Asimismo, rechazan la gestación por sustitución por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer.

En similar sentido, el “feminismo radical”¹⁹⁶ considera que en una sociedad paternalista, la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión y que la gestación por sustitución es simplemente otra oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres.

Ahora bien, a diferencia de estas posturas, el denominado feminismo “cultural”¹⁹⁷ distingue según si el convenio es gratuito o retribuido. El primer supuesto se valora positivamente como una manifestación de la disposición femenina al cuidado.¹⁹⁸

Otras posiciones rechazan que la gestación por sustitución altruista sea más aceptable que la comercial. Semejante afirmación –dicen- no habría sino forzar y reflejar las normas de género.¹⁹⁹ La gestación por sustitución aparecería como una extensión de las tareas de cuidado que las mujeres han desarrollado siempre en la esfera privada, pero que nunca han sido reconocidos como un trabajo que deba ser remunerado. Sostienen que pagar los servicios de las gestantes pondría en crisis estas normas de género. Así, algunas autoras defienden inequívocamente la gestación por sustitución, no sólo gratuita, sino también y

¹⁹⁶ El feminismo radical concibe la subordinación femenina como el producto de una determinada construcción social: el patriarcado. Este concepto se introduce en la obra de Millet *Política sexual*, publicada en 1970. La conceptualización del patriarcado como institución destinada a perpetuar la opresión de los hombres sobre las mujeres ha sido diversa dentro del feminismo radical. Puigpelat Martí, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. Cit., p.66. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 243.

¹⁹⁷ A mediados de los años setenta empieza a utilizarse la expresión “feminismo cultural”. Bajo esta denominación cabe situar aquellos planteamientos que enfatizan las diferencias existentes entre las mujeres y los hombres. Pero esta “diferencia” de las mujeres, que se manifiesta en una cultura propia, distinta de la masculina, no es algo que deba desaparecer, por ser resultado de la denominación masculina, sino algo que debe ser preservado. Y debe serlo, no sólo porque de otro modo parecería que el modelo al que han de adaptarse las mujeres es el masculino, sino también porque los “valores femeninos” son en sí mismo valiosos y han de ser defendidos. PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”, pp. 63-80. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, p. 243.

¹⁹⁸ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 243.

¹⁹⁹ Fernández Ruiz-Galvez, E., *Mujeres y técnicas de reproducción*, p.170. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 244.

sobre todo retribuida. Lo hacen en nombre de la autonomía de la voluntad, de la capacidad de elegir, de autodeterminarse.

En similar sentido, el “feminismo liberal” está a favor de la gestación por sustitución sobre la base de que mediante la afirmación de la habilidad de las mujeres para contratar se les empodera y reconoce como sujetos autónomos.

Estas autoras²⁰⁰ se manifiestan a favor de que no exista ningún tipo de prohibición legal de la gestación por sustitución y a favor de que las relaciones de gestación por sustitución (en particular, las relaciones parentales) se regulen a través de un contrato válido frente a la ley, debiendo, por tanto, prevalecer la voluntad expresada en el momento de la celebración del contrato antes de la concepción. La gestante no podría cambiar de idea a lo largo del proceso.

Sostienen que las mujeres deben cumplir sus contratos de gestación por sustitución, en cuanto a que son individuos autónomos, capaces de efectuar elecciones racionales, libres, conscientes y de manera responsable.

Desde otro punto de vista, también positivo, algunas feministas²⁰¹ creen que la gestación por sustitución es una de las muchas posibilidades reproductivas a las que las mujeres deben poder optar libremente.

Se considera que si una mujer tiene derecho a controlar su cuerpo en razón de la libertad reproductiva tales como el derecho al aborto, a controlar el número y espaciamiento de sus hijos, ¿por qué negarles el derecho a elegir actuar como gestantes? En los Estados Unidos donde estas cuestiones han sido ampliamente debatidas se invoca el derecho a la *privacy* (más amplio que el derecho a la privacidad de los ordenamientos jurídicos continentales). La decisión pionera sobre este derecho ha sido de *Roe v. Wade*.²⁰²

El derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el

²⁰⁰ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 171.

²⁰¹ Andrews, L.B. “Surrogate motherhood: The challenge for feminist”. En: Gostin, L. (ed.) *Surrogate motherhood: Politics and privacy*. Indiana University Press, Bloomington y Indianapolis, 1990, pp.168 y ss. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 244.

²⁰² *Roe v. Wade*. El fallo es conocido por marcar un hito en la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico norteamericano. La sentencia declara la inconstitucionalidad de una norma penal del Estado de Texas que prohibía el aborto excepto en caso de peligro de muerte para la madre. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 245.

elemento principal de control es la elección: la opción de no quedar embarazada, la opción de quedarse embarazada, y la decisión de abortar. La decisión de convertirse en gestante o de contratar a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva. De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la Gestación Sustituta implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes. Por último, cabe destacar que muchas estudiosas feministas²⁰³ celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes. Gestar a un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que la “biología no debe ser el destino”. La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos.

Se pone de manifiesto que, con mucha frecuencia, la maternidad ha sido considerada la característica fundamental, cuando no definitoria, del ser mujer.

Separar las responsabilidades parentales de los aspectos relacionados con la gestación nos permite ver que el alumbramiento constituye una de las cosas que una mujer puede elegir, pero que en modo alguno debe erigirse en la definición de su rol social o de sus derechos legales.

Por esta postura, no regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico. En definitiva, la anulación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la

²⁰³ Andrews, L.B. “Surrogate motherhood: The challenge for feminists”, p. 168. Purdy, L.M. “Another look at contract pregnancy” Cit., pp. 309-311. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 245.

formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres.²⁰⁴

Por todo lo anterior, se concluye entonces que la finalidad de la GS muy desafortunadamente también se presta para situaciones inadecuadas como son la esclavitud, explotación, maltrato de mujeres y turismo reproductivo. Sin embargo; esto no quiere decir que veamos a esta forma de reproducción como algo malo, sino más bien como una situación que también puede generar beneficios. Y todo esto se desprende no por el surgimiento de la GS como tal, sino por la simple naturaleza del ser humano y de la mente humana que trae consigo la maldad, la maquinación y la creatividad negativa de buscar dañar a los demás con la finalidad de obtener un beneficio propio. Por otro lado, la legalidad de la GS generaría una disminución importante frente a la esclavitud, explotación, maltrato de mujeres y turismo reproductivo, pues una vez regulados los efectos jurídicos de la misma, se evitarían muchas situaciones que hoy en día acontecen. Cabe destacar que el acuerdo de voluntades mediante el cual se pudiera llevar a cabo la GS, debe estar también protegido por la ley y en consecuencia ya no se generarían desventajas, abusos o injusticias para las mujeres que fungirían como madres gestantes, por dos razones: la primera; porque sería un acto jurídico cuya validez principalmente sería la voluntad de las partes, y la segunda; los requisitos físicos, psicológicos, legales y económicos que el legislador determine para que se pueda llevar a cabo este método de reproducción asistida de manera legal. En este sentido; no estamos de acuerdo frente a la postura del feminismo radical, cuya opinión refiere a que la GS es una oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres, pues debe existir previamente la plena voluntad de la mujer, quien también debe ser libre para escoger si desea hacerlo de manera gratuita u onerosa. Por tanto estamos de acuerdo con lo referido por el feminismo liberal.

²⁰⁴ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

4.1.2 La Gestación Sustituta frente a la moral

Si bien, una de las principales objeciones a la GS es que esta resulta ser inmoral, lo cierto es que el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de la que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por Jhon Stuart Mill²⁰⁵ y por la misma sociedad.

La regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades.²⁰⁶

Ya en el año de 2005, la ESHRE “*European Society of Human Reproduction and Embryology*”²⁰⁷ sostuvo que la gestación por sustitución es un procedimiento aceptable (aunque siempre que sea altruista y para ayudar a una pareja para la que es imposible o tiene médicamente contraindicado llevar un embarazo). Para el ESHRE²⁰⁸, las objeciones morales contra el procedimiento y los riesgos y complicaciones potenciales no son razones suficientes para prohibir completamente la gestación por sustitución, siendo esencial la existencia de medidas y directrices con el fin de proteger a todas las partes, para garantizar la toma de buenas decisiones y minimizar el riesgo.²⁰⁹

Al respecto, concluimos que en México, la moralidad hoy en día, ya no es un elemento social-cultural de trascendencia pues en los últimos años, pues actualmente han ocurrido cambios sociales, culturales y jurídicos que han ido en contra de la moralidad de muchas personas, como por ejemplo; el matrimonio

²⁰⁵ Mill. J.S. *On liberty*. Parker, Londres, 1859, p.13. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 248.

²⁰⁶ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp.248-249.

²⁰⁷ La Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología: <https://www.eshre.eu/>
Fecha de Consulta: 14 de julio de 2018 a las 13:00 hrs.

²⁰⁸ Shenfield, F., Pennings, G. Cohen, J., Devroey, P. de Wert G., Tarlatzis, B. “ESHRE Task Force on Ethics and Law including”. *Human Reproduction*, vol. 20, núm 10, 2005, pp. 2585-2588. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 249.

²⁰⁹ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp.248-249.

entre personas del mismo sexo, así como el respeto hacia sus derechos humanos, su derecho a no ser discriminados y a ser aceptados socialmente.

En este orden de ideas, más allá de que la GS vaya en contra de la moral, e inclusive que vaya en contra de las creencias religiosas de algunas personas; regular jurídicamente las circunstancias que se generan de dicho método de reproducción asistida, se vuelve una necesidad social en razón de los efectos jurídicos inmersos en la GS que requieren de la atención del derecho; no olvidando así, el propósito de este mismo en la sociedad, pues sin humanidad y sociedad, no existe el derecho. El derecho entonces, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del ser humano en sociedad a fin de lograr un bienestar social. En este sentido, el derecho debe evolucionar y adaptarse a los cambios sociales que surgen poco a poco con el paso del tiempo en la misma sociedad.

4.2 Argumentos a favor y en contra de la gestación sustituta

Para justificar la necesidad de legislar la Gestación Sustituta, se hace necesario primeramente conocer en qué consisten las posturas a favor y en contra al respecto.

A continuación se mencionarán los argumentos en contra:

El derecho de procreación o derecho a la reproducción puede tener límites frente a la ley, ya sea las mismas garantías y derechos reconocidos en la Constitución y leyes secundarias, los derechos de los demás y a las necesidades sociales.

Entonces, la interpretación de los contenidos y alcances de los derechos y libertades reconocidas deben extenderse hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores, derechos, garantías y principios reconocidos. Es decir, que pueden ser limitados por la ley cuando esto constituya una medida necesaria para proteger a la salud, la moral, prevenir el delito, o los derechos y libertades de los demás; garantizar el bienestar de los hijos, el interés superior del menor, pero no frente a la libertad de los individuos a decidir tener los hijos que deseen.

La gestación sustituta tiene como fundamento, que se lleve a cabo mediante alguna modalidad de contrato entre las partes, quienes son: la madre que gesta y la pareja que finalmente figuran como padres del recién nacido.

Sin embargo; debido a que los asuntos de derecho de familia se consideran de interés público, por los valores éticos que lleva implícito y la función social que los rige, cualquier renuncia o transacción quedan como regla general prohibidas en el orden familiar.

Por ello se señala que existe nulidad en pleno derecho respecto de cualquier acuerdo o contrato de gestación sustituta, ya que lleva implícito el que se está realizando una transacción sobre la gestación que llevará a término una mujer, la que se obliga a renunciar a la filiación biológica para ceder todos los derechos reconocidos por el derecho a la pareja o individuo que contratan o convienen para tener descendencia.

El derecho establece que la filiación materna se reconoce por el parto, es decir; madre es la que pare al hijo; lo que plantea, desde ese punto de vista, que es la madre sustituta a la que el derecho reconoce como madre y por ende, y de igual forma, se previene la nulidad del contrato o convenio de subrogación materna.

Por ello, para que proceda el establecimiento de la filiación paterna, cuando sea el contratante quien preste el esperma, este será el padre biológico y legal del nacido y adquirirá las obligaciones que conforme a derecho corresponden respecto al mismo. En caso de que no sea el donante, este no tiene ningún vínculo con el nacido, por lo que en su caso para el establecimiento de la filiación deberá atenderse a la figura que lo permite, que en su caso será la adopción.

Se señala que no se puede contratar sobre la gestación o la entrega del nacido, ya que no se trata de cosas o de objetos de comercio o de transacción. Se dice que atenta contra la dignidad humana de la mujer gestante y del nacido, no sólo para este caso exclusivamente.

La prohibición de la gestación sustituta tiene como objeto evitar que tanto la mujer gestante como el nacido sean considerados para prácticas de comercio ilícitas o anti éticas que violan los derechos humanos de la mujer y el interés superior de la infancia.

En el caso de la segunda corriente, es decir, aquellos que permiten la regulación de la gestación sustituta, se establece:

Que la norma constitucional confiere a la pareja o individuos el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre la conformación de su familia, la procreación o no de hijos y en caso afirmativo su número y espaciamiento, como base fundamental de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se consideran en dos vertientes: en el derecho a la atención a la salud reproductiva y sexual y en el derecho a la autodeterminación reproductiva y sexual, lo que coincide con la definición que se estableció en la IV Conferencia sobre la mujer que define un derecho humano.

Si bien existen legislaciones como la colombiana, en la que se establece una autorización para la procreación asistida, entendida como asistencia científica para tales fines, en otras no es así, pero mediante la extensión que se hace de los derechos humanos a las garantías constitucionales se considera esta posibilidad, es decir la reproducción humana asistida y sus métodos y procedimientos.

La posibilidad de hacer uso de tales técnicas para la procreación encuentra sustento en la necesidad de resolver problemas que las parejas puedan tener en cuanto a la concepción por vía natural a sus hijos, encontrándose frente a obstáculos de naturaleza anatómica, biológica y funcional. Se trata de mecanismos científicos para resolver el problema de la gestación o la infertilidad, frente a la posibilidad de ejercer el derecho a formar una familia como un acto de realización humana y social.

“Por cuanto a los contratos de gestación sustituta, se afirma que son admisibles sobre la condición de someterlos a una estricta vigilancia sobre las reglas de admisión entre las que se cuentan: el consentimiento voluntario e informado de las partes, la finalidad meramente terapéutica, el control de transmisión de enfermedades infecciosas, la prohibición de lucro por parte de la gestante considerando que se sujete a la realización por motivos altruistas, como actos de solidaridad.”

Nuestra Constitución establece la protección de la familia y el reconocimiento expreso a tener hijos en su artículo 4º: “toda persona tiene derecho a decidir de

manera libre responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Por otro lado, se reconoce la autonomía procreativa, y en virtud de ello, la mujer puede disponer como lo decida sobre el uso de su capacidad de gestar.

La imposibilidad de reproducirse biológica y físicamente es un problema actual, y por ello se afirma la necesidad de que se consideren y se establezcan medidas legislativas, administrativas y de salud para regular tanto los procedimientos científicos como jurídicos o contractuales que hacen posible la gestación.

Cabe recordar que las disposiciones constitucionales, si bien generales por su naturaleza, no son restrictivas por cuanto a su interpretación, o más bien, quedan sujetas a su interpretación en atención al contenido y protección que se hace de los derechos y libertades que se garantizan.²¹⁰

Por todo lo anterior, concluimos entonces que ambos argumentos tanto en contra, como a favor, son correctos, sin embargo; los argumentos a favor tienen mayor fundamentación legal y jurídica. Cabe destacar que el autor únicamente citó el artículo 4° constitucional, no obstante; existen otros fundamentos jurídicos que se vieron en el capítulo anterior de la presente investigación, que logran justificar la aceptabilidad para legislar la GS. Por otro lado, cuando esta última se lleva a cabo mediante un acuerdo bilateral de la voluntad, no existe la transgresión de los derechos de terceras personas. Ahora bien, es muy importante destacar que la GS requiere ser atendida por el derecho a fin de establecer lineamientos jurídicos para que este método de reproducción asistida pueda llevarse a cabo en México garantizando así la seguridad jurídica que requieren las partes, es decir: los padres solicitantes, la mujer gestante y el menor.

En este orden de ideas, se hace necesario mencionar también que uno de los requisitos que no deberían llevarse a cabo, es la renuncia a la filiación biológica para ceder todos los derechos reconocidos por el derecho, a la pareja o individuo que contratan o convienen para tener descendencia. Es decir, la mujer gestante no

²¹⁰ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, nota 54, pp. 133-137.

debiera ser la madre biológica. Si en su defecto, se requiere de un óvulo, dicho requerimiento debiera ser bajo un estado de necesidad biológico y reproductivo, y debiera ser proporcionado por una donadora anónima, además de que la mujer gestante debiera tener previamente de uno a dos hijos, como requisito indispensable para poder llevar a cabo la GS, esto con el fin de que no crear lazos afectivos con el bebé que está creciendo en su vientre y por tanto tenga un desapego emocional con el nuevo ser concebido, a fin de que le resulte más fácil la entrega del recién nacido a sus padres biológicos y/o legales.

4.3 La necesidad de legislar la Gestación Sustituta

El lenguaje jurídico y la lógica son las herramientas con las que cuenta todo estudioso del Derecho y en particular, el legislador de cada época y lugar determinado, ya bien, para hacer ciencia a partir de ellas o para crear derecho positivo de un país, respectivamente, herramientas sin las cuales todo intento por lograrlo resultará vano y hasta grotesco. El legislador, de toda época deberá en el contexto de un Estado de Derecho regular las relaciones humanas necesarias, a fin de lograr mantener un orden jurídico justo, por medio de la realización del bien común.²¹¹

Por tanto, se concluye que el Derecho debe evolucionar a la par de las necesidades de los seres humanos y de los cambios sociales, a fin de procurar el bienestar de los ciudadanos y la protección de sus derechos ante dichos cambios.

El derecho no debe quedar nunca en una postura de retroceso, a fin de que las leyes no dejen de ser eficaces y de que el Estado no deje de garantizar la seguridad jurídica.

Ante esta realidad y práctica frecuente, muchas veces irregular, la pregunta obligada es: ¿qué debe hacer el legislador?, ¿Prohibir la gestación por sustitución, silenciarla o regularla? La respuesta que se evidencia inmediatamente es que ni

²¹¹ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 74, p. 291.

la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la Gestación Sustituta y resuelva los problemas que ocasiona.

Como sostiene Camacho²¹², es innegable que muchos problemas pueden sucederse relacionados con la gestación por sustitución, como en cualquier otra práctica; incluso la forma tradicional de acceder a la paternidad puede traer complicaciones. Pero potenciales malos manejos o problema asociados nos permiten sostener que no es moral o que es objetable éticamente. El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo, atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña, fruto de ese acuerdo.

En lo que respecta a la prohibición, cabe destacar que no solo la realidad nos muestra que aunque la GS, se prohíba, se realiza, igualmente, sino que si bien la prohibición de los acuerdos de gestación por sustitución gestacional (en los que la gestante no aporta sus óvulos, de modo que es necesario acudir a la fertilización in vitro con posterior implantación del embrión).

Puede ser ejecutable a través del control de los intermediarios médicos, una prohibición relativa a los acuerdos de gestación por sustitución tradicionales es más fácil, ya que estos acuerdos pueden implicar una concepción “natural” o una inseminación artificial “casera”.

Entonces, aunque la gestación sea ilegal, no deja de ocurrir, ¿cuáles serían las consecuencias de convertir la gestación por sustitución en una práctica ilegal?,

Si se le compara con otras prohibiciones (por ejemplo, la de vender alcohol a personas menores de edad) puede presumirse que se generará un mercado negro, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovechan de las situaciones de vulnerabilidad. En otras palabras, si la GS es ilegal, la práctica

²¹² Camacho, J.M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009, p. 220.

existirá en la clandestinidad y no habrá ningún recurso de protección legal para las partes involucradas.²¹³

Cabe destacar en este punto la postura de Hatzis²¹⁴ quien analiza la necesidad de regulación de la gestación por sustitución, utilizando principalmente argumentos procedentes del análisis económico del Derecho contractual, cuyo objetivo básico es hacer cumplir la voluntad de las partes. Considera que no hay razón legítima para prohibir un intercambio que hace un bien a ambas partes.

Afirma que esta prohibición no es solo autoritaria, sino también ineficiente, debido a que las partes encontrarán una forma de burlar la ley que será descreditada por inaplicable, por no mencionar el hecho de que en la mayoría de las veces, esta inaplicabilidad perjudica a las partes con menor poder de negociación.

Por todo esto, es por lo que se sostiene que la nulidad no soluciona problemas que pueden derivarse de la gestación sustituta, precisándose de una regulación realista.

De igual manera, no regular o no decir nada, tampoco impide que la práctica se realice. Es más, ante el silencio de la ley. La gestación sustituta se practica sin un margen de control y sin los límites necesarios para evitar posibles abusos. Así, Medina²¹⁵ sostiene que “el silencio legislativo no sirve para solucionar los conflictos que la gestación sustituta presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho. Por lo que el tema requiere una regulación específica y la legislación venidera, debe regular la cuestión teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño”²¹⁶

En definitiva, la respuesta no puede ser otra, que la necesidad de regular la Gestación Sustituta, regular implica controlar y así, realmente, se podrá evitar o

²¹³ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, pp. 220

²¹⁴ Hatzis, N., Aristides, *From soft to hard paternalism and back., the regulation of surrogate motherhood in Greece*, Atenas, Grecia, Springer-Verlag, 2009, p. 6. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 222.

²¹⁵ Medina, G. “Gestación por otro, De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado. Revista de derecho de Familia y de las Personas, año IV., núm 8, septiembre de 2012, p. 17. Cit. por Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 222.

²¹⁶ Lamm, Leonora, *op. cit.*, nota 3, p. 222.

al menos colaborar para que este tipo de prácticas no perjudique a las personas más vulnerables. Prohibir, decidir no regular o lo que es lo mismo, pretender mirar para otro lado, no hace más que potenciar los abusos y las violaciones a los derechos de las personas involucradas.²¹⁷

Inferimos entonces que por lo antes ya mencionado de manera muy correcta y acertada por la autora Eleonora Lamm, en México; las lagunas jurídicas existentes respecto del tema en cuestión, así como la inexistencia de una legislación que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la GS, y así mismo determine los requisitos legales que debe cumplimentar tanto la pareja solicitante, como la mujer gestante, lejos de evitar que se lleve a cabo este método de reproducción asistida, se deja en un completo estado de indefensión a todas las partes involucradas, quienes son: los padres solicitantes - biológicos - legales, la mujer gestante y el interés superior del menor; pues quedan en un estado de vulnerabilidad jurídica, por cuanto hace a sus derechos, a los intereses y a la integridad de las partes involucradas. Aunado a ello, mientras no se legisle este método de reproducción asistida, es una situación actual que legalizada o no, se sigue llevando a cabo y da pauta para que una de las partes cometa abusos, explotación, e injusticia y violencia en contra de la otra. No obstante; en México los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia, se encuentran reconocidos y fundamentados no solo por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también por la Constitución para la Ciudad de México, el Código Civil para el Estado de Tabasco, la Legislación Familiar para el estado de Sinaloa y en materia internacional; por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido y bajo los fundamentos jurídicos ya mencionados, es menester atender el principio de progresividad de los derechos humanos y legislar la Gestación Sustituta en México.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 223.

4.4 Entrevistas realizadas a Magistrados y Jueces en materia familiar, además de licenciados, maestros y doctores en derecho

Este apartado tiene como finalidad conocer la opinión que tienen los expertos en derecho respecto de todos los efectos y problemáticas jurídicas que surgen a partir de la gestación sustituta en México. Dicho lo anterior, el presente subcapítulo tiene como propósito verificar la veracidad de la hipótesis formulada para el presente trabajo de investigación, así como la observancia y el análisis de las respuestas y opiniones que tienen en torno al tema, el gremio jurídico, con la finalidad de obtener datos cualitativos y cuantitativos que permitan robustecer el fundamento de la perspectiva jurídica que persigue la presente investigación.²¹⁸

Para tal efecto, es menester mencionar que en razón del desempeño de las funciones laborales tanto de los Magistrados y Jueces en materia familiar, como de licenciados, maestros y doctores en derecho, surgió la necesidad de elaborar dos cuestionarios diferentes. El primero, se realizó únicamente a Magistrados y Jueces en materia familiar y se elaboró con preguntas abiertas, lo cual permite tanto conocer de una forma más amplia su criterio jurídico, como obtener datos cualitativos.

Respecto de los Magistrados entrevistados quienes ejercen su labor profesional en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, ellos informan que hasta el momento no han resuelto algún tipo de controversia de orden familiar que tenga que ver con la Gestación Sustituta. Por otro lado uno de ellos, opina que los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia si constituyen un fundamento jurídico para legislar y por tanto legalizar la gestación sustituta. Cabe destacar también que ambos coinciden en que la inexistencia de una legislación al respecto, no afecta su labor como impartidores de justicia en materia familiar y que también consideran pertinente que la gestación sustituta deba llevarse a cabo únicamente bajo un estado de necesidad, consistente en alguna anomalía fisiológica en el aparato reproductor femenino o masculino que impida la

²¹⁸ Las presentes entrevistas se realizaron a tres Magistrados y a dos Jueces del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, cuyas identidades no autorizaron revelarse en el presente trabajo de investigación.

procreación de un hijo de manera natural. Y por último ambas posturas vuelven a coincidir al considerar que si se requiere de una legislación especializada, que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la GS, y así mismo determine los requisitos legales que debe cumplimentar tanto la pareja solicitante, como la mujer gestante para llevar a cabo la Gestación Sustituta.

De la información recabada por los jueces del Registro Civil en la Ciudad de México, se infiere lo siguiente:

Ellos nos dicen que por lo que concierne al Registro Civil, aún no han tenido casos en los que ciudadanos o extranjeros acudan a registrar a un menor concebido por medio de la GS y, que por tanto, no ha sido necesaria la aplicación de determinado criterio jurídico para registrar menores concebidos por este método de reproducción asistida. Por consiguiente tampoco se han visto frente a ningún tipo de problemática derivada de la GS y su labor como Juez del Registro Civil; mucho menos han recibido ningún tipo de requerimiento internacional a fin de registrar a un menor que haya nacido en México, cuyos padres sean extranjeros y lo hayan concebido por medio de la GS. Cabe destacar también que por lo antes ya mencionado, no consideran necesario modificar, adecuar o implementar los requisitos para el registro de nacimiento de menores, que hayan sido concebidos a través de la Gestación Sustituta, pues según su criterio estos no afectan de ninguna manera el procedimiento para registrar a un menor sea cual fuera la forma en que este haya sido concebido.

Ahora bien, para el caso de los licenciados, maestros y doctores en derecho, fueron catorce personas y el cuestionario fue diferente, pues la finalidad que persigue el mismo es obtener datos cuantitativos que nos permitan conocer de manera muy generalizada la opinión de los expertos en derecho y para tal efecto, se dan a conocer la siguientes gráficas estadísticas.

Tabla 1. A nivel federal se carece de una legislación que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la gestación sustituta en México, entonces; ¿esta situación, atenta contra el principio de progresividad de los derechos humanos, así como la supervi

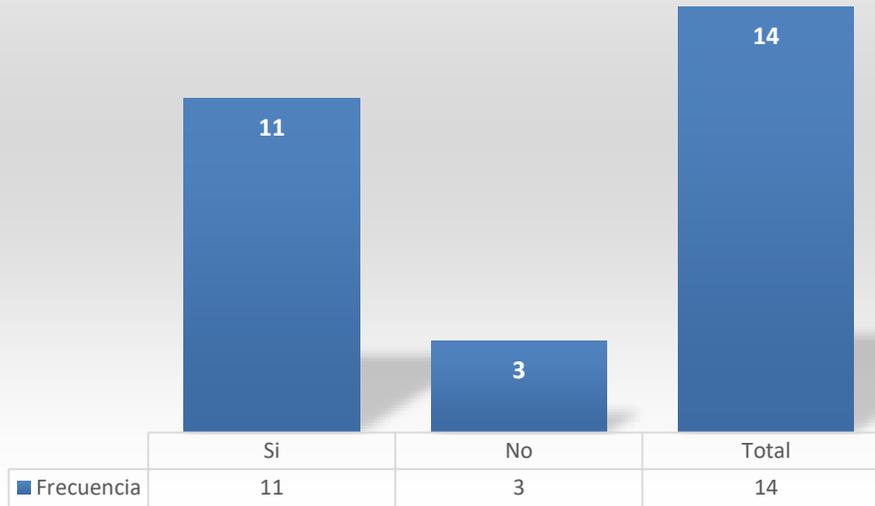


Tabla 2. Los derechos reproductivos y el derecho a formar una familia, ¿constituyen un fundamento jurídico para legalizar la gestación sustituta?

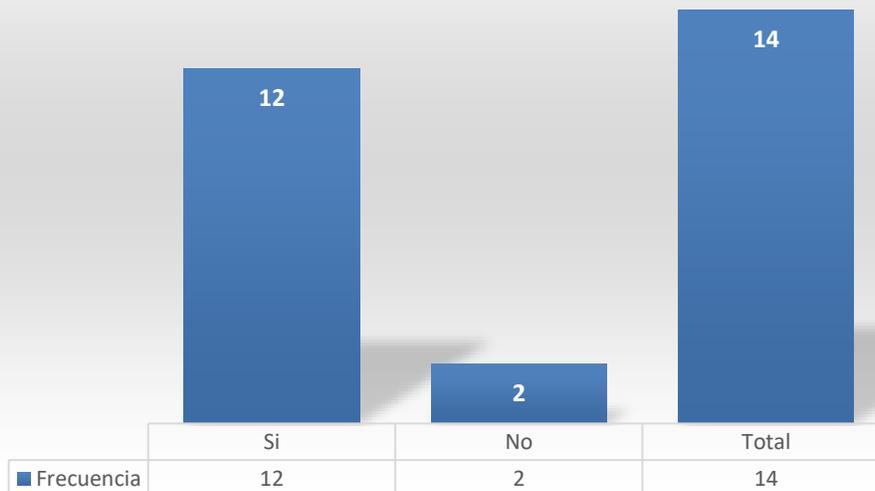


Tabla 3. ¿Está de acuerdo en que se legalice la Gestación Sustituta bajo un estado de necesidad, que imposibilite fisiológicamente a una persona a precrear un hijo de manera natural?

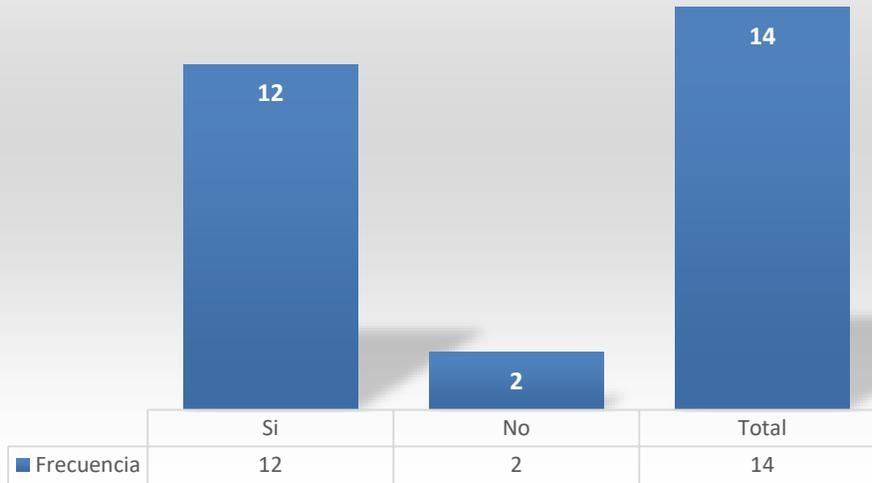
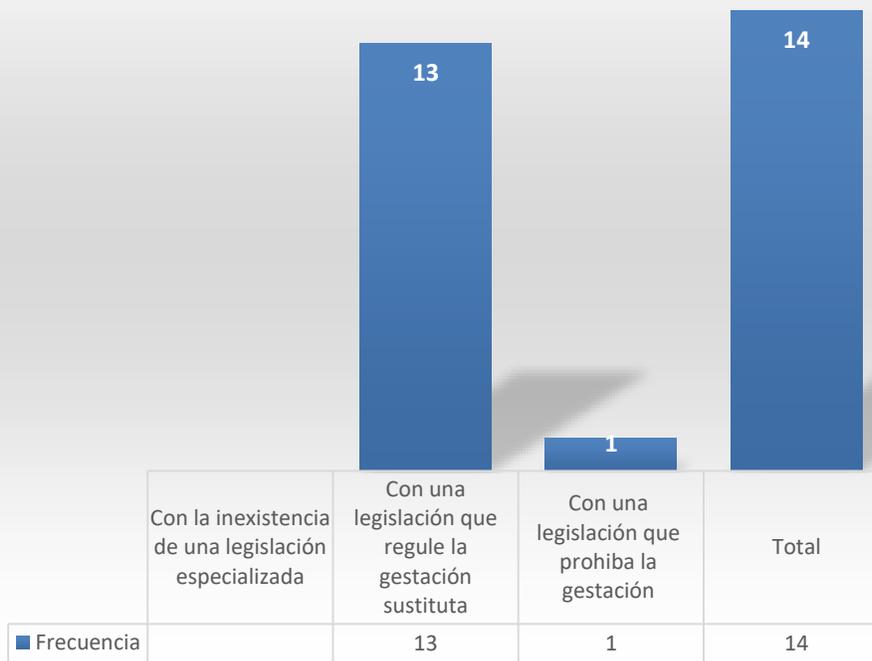
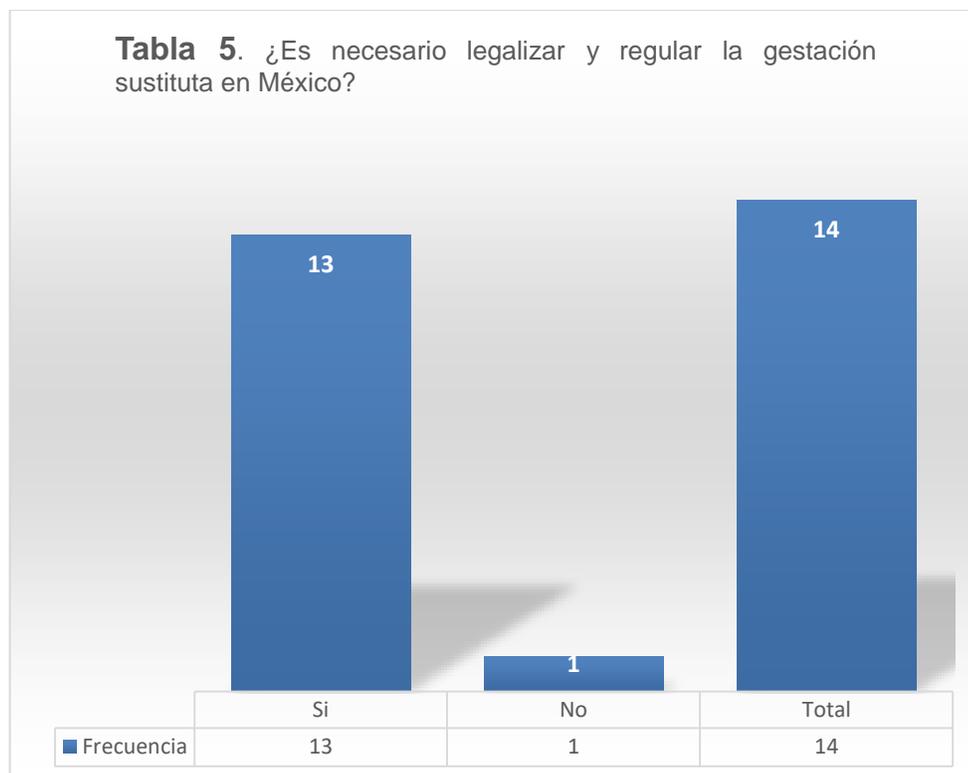


Tabla 4. ¿Cuál de las siguientes circunstancias protegen tanto los derechos de las partes involucradas, como el interés superior del menor?





Derivado de los datos cuantitativos anteriormente ya mostrados, se concluye entonces que en base al resultado de las estadísticas, resulta claramente notorio que la gran mayoría de las personas entrevistadas, mismas que son profesionales del derecho, consideran que la GS definitivamente requiere de una legislación que ampare los derechos y obligaciones para las partes involucradas, pues mientras siga prevaleciendo un vacío legislativo, la GS regulada o no, continúa llevándose a cabo, afectado a una minoría de la sociedad mexicana cuya cantidad no es motivo para determinar la importancia que tiene defender, proteger y garantizar los derechos de esta minoría. Cabe destacar que también que los resultados obtenidos de dichas estadísticas sirven de fundamento para la hipótesis que se formuló para el presente trabajo de investigación y que es la siguiente:

“Si la Gestación Sustituta se legisla en México, menor será el índice de vulnerabilidad jurídica, de abusos y explotación entre las partes involucradas. Entonces, los derechos de las partes estarían protegidos por la ley, en aras del bien común.”

4.4.1 Entrevista a especialista en Biología de la Reproducción Humana

La Doctora Imelda Hernández, quien es médico especializada en biología de la reproducción humana y que trabaja en el Hospital Juárez de México, tuvo la amabilidad de responder un cuestionario elaborado con la finalidad de obtener datos cualitativos que generarán un conocimiento más amplio del tema planteado en el presente trabajo de investigación.

Una vez mencionado lo anterior, comenzaremos a narrar a continuación una síntesis de sus respuestas.

La Doctora en cuestión, primeramente nos explica que la Gestación Sustituta es un método de reproducción asistida, que es de alta complejidad y que no se encuentra legislado en nuestro país. Posteriormente, también aclara que el término esterilidad, es un término viejo y en desuso que antes refería a la pérdida repetida de la gestación. Por tanto, el término correcto es “infertilidad”, misma que se subdivide principalmente en primaria y secundaria. Es primaria cuando nunca se ha logrado un embarazo y existen alteraciones funcionales en el aparato reproductivo, en cambio; la infertilidad secundaria se genera cuando ya ha existido un embarazo y/o se ha tenido un hijo, sin embargo; también se han generado alteraciones funcionales en el aparato reproductivo.

Cabe destacar que la Gestación Sustituta en realidad también implica otras cuestiones médicas como por ejemplo, si bien el nuevo ser concebido y la mujer gestante no compartirán ADN, si comparten sangre, fluido a través del cual la mujer gestante puede transmitirle al bebé enfermedades crónicas virales que no son genéticas, por tanto, la Doctora aconseja que la pareja que pretenda llevar a cabo la gestación sustituta debe elegir una candidata que goce no sólo de buena salud física y mental, sino que también tenga hábitos saludables, así mismo, la Doctora concluye que es importante que en México se regule y establezca el procedimiento legal para llevar a cabo este método de reproducción asistida.

4.5 Propuesta

Una vez comprendida la problemática expuesta en la presente investigación, es menester elaborar una propuesta cuyo objetivo sea coadyuvar con una solución que dentro del marco legal de nuestro país, en materia familiar, proporcione un bienestar social. Cabe destacar que la presente problemática jurídica es bastante amplia, por tanto; de su observación y análisis podrían desprenderse otras tesis e investigaciones que se aboquen a una sola de las problemáticas, consecuencias o propuestas jurídicas que se desprenden de este tema. Por consiguiente, nosotros exponemos y planteamos de manera muy generalizada la presente propuesta, no sin antes aclarar que nuestro objetivo no se encamina a contradecir o refutar los argumentos que otros juristas han expuesto, a fin de proponer que la GS sea legalmente permisible por medio de un contrato.

Por todo lo anterior y para soslayar lo antes mencionado, nuestro objetivo únicamente se encauza en justificar los motivos por los cuales consideramos que un contrato no debiera ser el medio idóneo para llevar a cabo la GS. Bajo esa tesitura, también consideramos que la siguiente propuesta puede entrar en menor conflicto jurídico y social, a diferencia de la elaboración de un contrato para legalizar la figura jurídica, que en este caso sería la GS.

A continuación exponemos los siguientes motivos y razones:

Si tomamos en cuenta, ¿cuál es el objeto del contrato?, y lo comparamos con el objetivo que persigue la GS, que es engendrar un ser humano y gestarlo hasta su nacimiento, para posteriormente entregar al menor con sus padres biológicos o solicitantes. Lo antes mencionado autoriza a concluir que el objetivo que persigue la GS no se adecúa al marco legal que requiere un contrato.

Se hace necesario entonces recurrir al Código Civil Federal a fin de realizar una interpretación gramatical de los siguientes artículos, para comentar los motivos por los cuales no consideramos pertinente que se lleva a cabo la GS, por medio de un contrato:

“Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

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

Por lo referido en la primera fracción del artículo en cuestión, resulta necesario destacar que ningún ser humano puede ser considerado como “cosa”, pues muy contrariamente somos personas. Aunado a ello, esta situación atenta contra la dignidad humana. Por otro lado, a diferencia de las cosas, ante la ley las personas sí tenemos capacidad de goce y de ejercicio y para efectos del presente argumento, usaré el concepto de persona que refiere el Código Civil del Estado de México:

“Artículo 2.1.- Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley.” [...]

Ahora bien, el contrato de GS tampoco debiera ser permisible de acuerdo a lo dispuesto por la fracción II del artículo 1824 y el artículo 1825 y 1827 del C.C.F., esto en razón de que si bien la gestación es propiamente un hecho y además, la gestación misma forma parte de una de las obligaciones de la mujer gestante. No obstante; las funciones fisiológicas del sistema reproductor del ser humano carecen de fundamento legal para ser catalogadas como el objeto de un contrato. Además la finalidad de la GS no sólo es la propia gestación, sino la entrega del bebé en cuestión.

En este orden de ideas, exponemos los artículos siguientes:

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”

“Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito.”

Bajo esa tesitura, puntualizamos nuevamente que la finalidad que persigue la gestación sustituta es *engendrar un ser humano y gestarlo hasta su nacimiento, para posteriormente entregar al menor o menores, a sus padres biológicos o solicitantes*. Luego entonces, si hacemos una interpretación gramatical de los artículos anteriores, podemos inferir fácilmente que ni la gestación ni un ser humano constituyen una cosa u objeto que se encuentre dentro del comercio, por

consiguiente; tanto la gestación, como el bebé en cuestión, conformarían un hecho y un “objeto” ilícito ante la ley.

Reiteramos entonces, que la presente problemática jurídica, es muy amplia y compleja, por tanto; para la magnitud de tal problema, la solución debe ser planteada por el legislador, quien deberá ser muy minucioso y meticuloso para efectuar el análisis y estudio profundizado tanto del derecho positivo, como del presente fenómeno jurídico para poder legislar al respecto, además el legislador también debe apoyarse de un grupo de especialistas expertos en el tema, como lo son: médicos, psicólogos, sociólogos y abogados. Empero; a continuación se presentan algunas alternativas que podrían resultar útiles y benéficas para los padres solicitantes, para la mujer gestante y el menor en cuestión, quienes vienen siendo las partes involucradas en la GS.

- A. Se propone que la GS sea regulada también por la Ley General de Salud, en donde se deberá implementar un capitulo que refiera al concepto de la gestación sustituta, así como a los supuestos médicos bajo los cuales esta deba llevarse a cabo.
- B. Se lleve a cabo una adición al artículo 4° constitucional, cuya adición pudiera ser de la siguiente manera:

Texto Original: [...] “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [...]”

Propuesta de Adición: Toda persona tiene 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.

- C. Será necesario que en todos los códigos civiles o familiares, según corresponda, de todas las entidades federativas de México, se adicione un capitulo en donde se regule el procedimiento de jurisdicción voluntaria

para la GS, así como los requisitos legales que debe cumplimentar la pareja solicitante y la mujer gestante.

REQUISITOS:

- En cuanto a los requisitos que debieran cumplir los padres solicitantes, son los siguientes:
 - I. Ser mexicanos y radicar en el país.
 - II. Que uno de los dos o ambos demuestren su infertilidad mediante certificado médico expedido por una institución pública o privada. A excepción de los matrimonios de personas del mismo sexo.
 - III. Que tengan una estabilidad psicológica.
 - IV. Que al menos uno de los dos aporte sus gametos para tener un vínculo biológico con el futuro menor.
 - V. Una vez que el juez apruebe la implantación del embrión en la mujer gestante, los padres solicitantes no podrán retractarse de llevar a cabo el procedimiento de la gestación sustituta, así como del nacimiento del menor o en su caso, de los menores y deberán hacerse cargo del mismo(s) en las condiciones físicas y fisiológicas en que este o éstos nazcan.
 - VI. Para designar a la mujer gestante, los padres solicitantes deberán buscar preferentemente una mujer con la que alguno de los dos comparta un vínculo consanguíneo, pudiendo ser: la madre de alguno de los padres solicitantes, o bien, su prima o hermana, o alguna pariente cercana.
 - VII. Deberán responsabilizarse y sufragar los gastos que requiera la mujer gestante:
 - a) Para su atención médica durante el embarazo.
 - b) Para las complicaciones médicas que surjan durante y después del embarazo.
 - c) Según sea el caso y mediante ratificación del médico, los gastos que emerjan de la atención médica que requiera la mujer gestante, como consecuencia de la recuperación del parto o cesárea.

Los requisitos de la mujer gestante:

- I. Ser de nacionalidad mexicana y radicar en el país.
- II. Tener de 25 a 35 años.
- III. Gozar de buena salud física y psicológica.
- IV. No podrá aportar sus gametos, es decir; sus óvulos.
- V. Tener al menos un hijo biológico.
- VI. La mujer gestante deberá estar bien informada de todas y cada una de las consecuencias médicas, legales y psicológicas que se desprenderán de la GS.
- VII. 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.
- VIII. No podrá retractarse de llevar a cabo la gestación del hijo de la pareja solicitante, siempre y cuando no haya un impedimento o complicación médica que ponga en peligro su vida o su salud.
- IX. La mujer gestante deberá dar aviso al juez en caso de cambiarse de domicilio además de explicar sus razones. Lo mismo sucederá si requiere salir fuera de la ciudad o incluso, fuera del país.

La GS deberá ser preferentemente altruista, sin embargo; también se puede admitir un pago que a criterio de los padres solicitantes, retribuya en cierta forma, las acciones y omisiones que la gestante tuvo que llevar a cabo durante el embarazo para beneficio del bebé.

PROCEDIMIENTO:

- Para llevar a cabo el proceso de la GS los padres solicitantes, por medio de una jurisdicción voluntaria ante un Juez Familiar, deberán exponer sus motivos y/o razones para llevar a cabo la GS, acompañando su petición con las pruebas pertinentes que avalen y/o demuestren su infertilidad, en caso

de ser parejas heterosexuales. También deberán proporcionar los datos correspondientes de la mujer gestante, haciéndole saber al juez el consentimiento de la misma.

- Posteriormente los padres solicitantes deberán acreditar su salud emocional por medio de un certificado psicológico, expedido por una Institución pública o privada. En caso de ser una Institución privada se requerirá la ratificación del médico.
- Una vez que el juez dé su aprobación para continuar con el proceso, la mujer gestante, deberán acreditar gozar de buena salud física y psicológica; a través de un certificado médico y psicológico, expedido por una Institución pública o privada. En caso de ser una Institución privada se requerirá la ratificación del médico.
- Consecuentemente se celebrará una audiencia en donde se citarán a los padres solicitantes y a un perito en psicología designado por el juez, a fin de que el perito ratifique la veracidad de los hechos y razones que hayan motivado a la pareja solicitante para recurrir a la GS, además el perito también evaluará a los padres solicitantes por medio de un cuestionario psicológico que determine su estabilidad emocional, de manera individual y en pareja.
- Por último, se llevará a cabo una segunda audiencia, para citar únicamente a la mujer gestante y en su caso, a su cónyuge o concubino. De igual modo un perito en psicología también deberá ratificar la estabilidad emocional de la mujer gestante, además de ratificar que su voluntad está exenta de vicios, manifestando esta última su consentimiento de manera tácita y por voluntad propia, y en caso de ser casada, su esposo o concubino deberá dar su consentimiento y se ratificará de la misma forma.
- Una vez emitida la autorización por el juez para llevar a cabo la GS, entonces se podrá llevar a cabo el procedimiento médico para la implantación de la mórula a la mujer gestante.

- Posteriormente los padres solicitantes deberán indicar al juez, cuál es la institución pública o privada que designaron para que la mujer gestante dé a luz.
- Finalmente el juez emitirá una orden parental a la institución pública o privada que hayan designado los padres solicitantes, además de dar vista al Ministerio Público a fin de que este vele por los intereses del menor y así mismo se cerciore que el menor sea entregado a los padres solicitantes. Esta orden parental, tendrá como función permitir la filiación inmediata y automática entre los padres solicitantes y el menor en cuanto este nazca; esto con la finalidad de evitar una problemática para designar quién es la madre del menor.
- Se propone también, hacer las adiciones correspondientes al Código Penal Federal, a fin de sancionar a toda persona que se le sorprenda llevando a cabo la gestación sustituta sin apegarse al marco legal.

Por último, concluimos que este acto jurídico brindará protección y seguridad jurídica a las partes interesadas, y de esta forma, les resultará permisible exigir el cumplimiento de derechos y obligaciones que los padres solicitantes y la mujer gestante tienen mutuamente; además de establecer de manera inmediata la filiación entre el menor y los padres solicitantes, situación que ha ocasionado diversas problemáticas tanto jurídicas principalmente, como sociales.

CONCLUSIONES

1. La Gestación Sustituta se refiere al acuerdo de voluntades por medio del cual una mujer “renta” o “presta” su propio útero a una pareja que desea tener un hijo, en dicho acuerdo de voluntades puede o no existir una retribución que resulte independiente a los gastos derivados del embarazo y el parto, es decir; puede celebrarse un contrato a título oneroso o gratuito. En este procedimiento la “mujer gestante” se encarga únicamente de la gestación del bebé, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así la primera, a todos los derechos que esta pueda tener sobre del menor en cuestión.
2. La infertilidad es la incapacidad de una pareja sexualmente activa que sin usar anticonceptivos durante un año, no logra un embarazo o bien, no ha podido llevarlo a término. La infertilidad femenina puede ser causada por problemas físicos, hormonales, negligencia médica, por el estilo de vida o factores ambientales. Bajo esta tesitura, consideramos que la gestación sustituta sea el último recurso de reproducción únicamente para las personas que acrediten debidamente su infertilidad.
3. La Gestación Sustituta actualmente no está prohibida ni debidamente regulada en México, situación que da lugar a un dicho común: “lo que expresamente no está prohibido, está permitido”. Sin embargo; este método de reproducción asistida se encuentra dentro de un vacío legislativo, un limbo jurídico; que da lugar a una severa vulnerabilidad jurídica y desprotección de los derechos para las partes involucradas, es decir; para la pareja solicitante, para la mujer gestante y para el menor cuando llega el momento de dar cumplimiento a los derechos y obligaciones que establecieron los padres solicitantes y la mujer gestante.
4. No existe una formalidad en el acuerdo de voluntades celebrado por la partes. Por tanto; este, se celebra de manera verbal o bien, de manera escrita pero no

se encuentra bajo la normatividad de ninguna legislación, mucho menos es celebrado ante una autoridad judicial que ampare los derechos y obligaciones que emergen de dicho acto. Por consiguiente; las partes involucradas se encuentran en un estado de indefensión para exigir el cumplimiento de derechos y obligaciones.

5. A falta de dicha legislación, los padres progenitores o legales, pueden resultar perjudicados en caso de que la mujer que se encuentre gestando a su hijo, recibe la cantidad pactada pero al concluir la gestación decide no entregar al bebé. Por el contrario; puede darse el supuesto también de que una vez pactada una determinada cantidad de dinero a cambio de gestar al bebé y una vez que este les ha sido entregado a los padres, éstos últimos deciden no entregar el dinero a la mujer gestante. Por tanto; en ambos casos se genera un daño tanto económico, como psicológico, mismo que no tiene repercusiones jurídicas para deslindar responsabilidades y recurrir a la reparación del daño.
6. La inexistencia de una legislación que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la Gestación Sustituta en México, ha generado diversas consecuencias jurídicas que se encaminan a una problemática jurídica importante. Se advierte que inevitablemente la gestación sustituta, legalizada o no, es un acontecimiento socio-jurídico que se sigue llevando a cabo y que inevitablemente produce efectos jurídicos consistentes en: la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y obligaciones, los cuales recaen en una laguna jurídica a falta de una legislación que ampare dichos efectos. Por todo lo anterior, es en este momento en donde se logra señalar con claridad el vínculo existente entre la gestación sustituta y el estado de derecho, pues la nula supervisión del derecho ante esta problemática, deja así en un estado de indefensión y vulnerabilidad jurídica a las partes que llevan a cabo este método de reproducción asistida.

7. El Derecho no debe desatender ninguna actividad humana con el fin de conocer los posibles efectos de la sociedad en su conjunto y de esa forma poder legislar oportuna y eficazmente, ya que los cambios sociales conducen y exigen la evolución del derecho. En suma, el derecho debe coadyuvar a la formación y conservación de la sociedad, además de establecer con ella las condiciones necesarias para el bienestar común de la misma, de este modo, el derecho a su vez tiene como fin organizar a la sociedad y de ejercer en beneficio de sus miembros la justicia como su razón de ser.

8. El artículo 1° Constitucional menciona que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En tal virtud, el principio de progresividad establece que la obligación del Estado es generar en cada momento histórico una mejor y mayor protección además de la garantía de los derechos humanos; de tal forma, que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso. En este orden de ideas cabe mencionar que el Derecho tiene que ir evolucionando y adaptarse a cada cambio social, observando a su vez, si existen conductas sociales determinadas, que requieran ser reguladas con la finalidad de que prevalezca un orden social y bienestar común.

9. La legalidad de la gestación sustituta en México encuentra su justificación en la protección hacia la familia y el derecho a procrear, que se encuentran protegidos en los artículos: 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 6° incisos D, E, F y G. Así mismo; en materia internacional quienes protegen los ya mencionados derechos son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por todo lo anterior, se infiere entonces que

el derecho a formar una familia por medio de la gestación sustituta debe ser permisible, pues esta última funge como un método más de reproducción asistida. Por consiguiente, la ley no prohíbe ni limita de este derecho a las personas que nacen o adquieren algún tipo de infertilidad que les imposibilite procrear por sí mismos y de manera natural.

10. Si bien es cierto que el Estado de Derecho surge en aquel Estado en el que autoridades e individuos se rigen por el derecho positivo, garantizando así los derechos y las libertades fundamentales y que entonces el estado de derecho se aplica por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre y certeza jurídica. Por todo lo anterior, se colige que en México, no existe un estado de derecho respecto de la problemática jurídica que se genera a partir de la gestación sustituta, pues a nivel Federal se carece de seguridad y certeza jurídica para la mujer gestante, para los padres solicitantes y para el menor, quienes son susceptibles de que se cometan abusos y menoscabos hacia su persona, sus bienes, y sus derechos fundamentales.

11. No es concebible que los cambios sociales que emergen a partir de la ya mencionada figura de la gestación sustituta, los cuales ya no son actuales, rebasen al derecho; muy a pesar de la finalidad que tiene este último en la sociedad y del principio constitucional de progresividad que en materia de derechos humanos, establece la obligación del Estado de generar en cada momento histórico una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos, de tal forma, que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso. Sin embargo; las personas que actualmente llevan a cabo la gestación sustituta se enfrentan a conflictos que tienen que ver de manera muy puntualizada con la nulidad de su estado de derecho, por esta razón, uno de los fines del estado mexicano que consiste en la protección y desarrollo de la familia se está viendo vulnerado y desprotegido frente a esta situación.

12. La Gestación Sustituta no es un problema que se suscita únicamente en una sola entidad federativa, sino que es un problema que requiere ser resuelto a nivel federal. Bajo este contexto, en el siguiente apartado se exponen algunas alternativas como propuesta, para contribuir a la protección jurídica de los padres solicitantes, de la mujer gestante y del menor en cuestión.

GLOSARIO

DERECHOS HUMANOS.- Son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas. En este sentido si consideramos que este concepto de derechos humanos o fundamentales no solo recae sobre las personas sino sobre los sujetos de derechos humanos que representan vida humana y que sin embargo aún no son personas y están fundados en un sistema de valores debidamente reconocidos que le permiten darle validez

GESTACIÓN SUSTITUTA.- Es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer acepta gestar un hijo con el que comparta o no un vínculo biológico, para posteriormente entregar al menor o menores, a la persona(s) solicitante(s).

MUJER GESTANTE: Es la mujer que eligen los padres solicitantes y/o biológicos, para que lleve a cabo la gestación de su hijo y lo dé a luz.

OBSTÁCULOS ORGÁNICOS QUE IMPIDEN LA FERTILIDAD:

- a) *Endócrinas*, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.
- b) *Procesos toxicoinfecciosos*, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.
- c) *Uterinas*, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometriosis y sinequias.
- d) *Inmunológicas*, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.

PADRES SOLICITANTES.- Son la pareja infértil que desea tener un hijo, pero que por causas fisiológicas en su aparato reproductor, se ven imposibilitados para procrear por sí mismos. Son también los padres biológicos y legales, es decir; son en quienes recaerán los derechos y obligaciones que tiene sobre de su hijo y que surgen como consecuencia del nacimiento del mismo.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- Es el conjunto de tratamientos médicos y técnicas que facilitan el embarazo cuando este no se consigue de forma natural, ya sea por infertilidad masculina, femenina o ambas. Actualmente, los principales tratamientos de fertilidad son la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

SUBROGACIÓN.- Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra.

FUENTES DE CONSULTA

-BIBLIOGRAFÍA:

- ANDREWS, L.B. "Surrogate motherhood: The challenge for feminist". En: Gostin, L. (ed.) *Surrogate motherhood: Politics and privacy*. Indiana University Press, Bloomington y Indianapolis, 1990.
- ALZATE H., Francisco Javier, *Fundamentos de Sociología Jurídica*, Colombia, Universidad Libre seccional Colombia, 2006.
- ALLEN, A.L., "Surrogacy, Slavery, and the Owership of life". *Harvard Journal of law and Public Policy*, 13 (I), 1990.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.
- BRENA SESMA, Ingrid, *Reproducción asistida*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2012.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLVI, Núm. 137, Mayo-Agosto 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- BOSTROS RMB, Rizk y HASSAN, N., Sallam, *Infertilidad clínica y fertilización in vitro*, Amolca, Venezuela, 2015.
- CALOGERO, Mario. *La procreazione artificiale; una ricognizione dei problemi*, Milano, Italia, Giuffré editore, 1898.
- CAMACHO, J.M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009.
- CAMPUZANO, Carbajo González, *Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación*, *Actualidad Civil*, Núm.71, Editora General de derecho, Madrid, España.

- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia y ROMEO CASABONA, Carlos María, *Derecho, Genoma Humano y Biotecnología*, Bogotá-Colombia, Temis S.A., 2004.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *et. al.*; Razonamiento Judicial, Interpretación, argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales, 2a ed., Perú, Ara Editores, 2006.
- CALLAHAN, J., *Feminism and reproductive technologies. The Journal of Clinical Ethics*, 5 (I), 1994.
- CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad Subrogada*, Argentina, Astrea, 2012.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la familia*, México, Porrúa, 2014.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 1989.
- DUEÑAS RUIZ, Óscar José, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, 6a ed., Colombia, Universidad del Rosario, 2011.
- ECHEVERÍA DE RADA, Teresa, *et al.*, *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, España, La Ley, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ-Galvez, E., *Mujeres y técnicas de reproducción*,
- GALEANA Patricia (coord.), *Los derechos Reproductivos de las mujeres en México*, México, UBIJUS, 2010.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora y LAURENT PAVÓN, Angélica, *Vida humana, familia y bioderecho*, México, Tirant lo blach, 2015.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Inseminación Artificial y Fecundación in Vitro Humanas. Un nuevo modo de filiación*, Veracruz, México, UV. 2001.

GOLOMBOK, S. MacCallum, F., Murray, C., Lycett, E. Jadva, V. *Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life. Fertility and Sterility*, vol. 8, supl.3, 2004.

_____, V., *Surrogacy families: parental functioning, prent-child relationships and children´s psychological development at age. Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 47, núm. 2, 2006.

_____, *Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3, Human Reproduction*, 21, 2006.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La Construcción del Derecho. Métodos y Técnicas de Investigación*, México, UNAM, 1998.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria autor, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional: contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, *et al., Familia, Tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

HATZIS, N., Aristides, *From soft to hard paternalism and back., the regulation of surrogate motherhood in Greece*, Atenas, Grecia, Springer-Verlag, 2009.

HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Técnicas de Investigación Jurídica*, 2ª ed., México, Oxford, 2005.

LAMM, Leonora, *Gestación por Sustitución*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013.

LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología Jurídica*, México, IURE editores, 2000.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho Familiar*, México, PAC, 2012.

LUQUE RAMÍREZ, Manuel y González Quarante, Lain Hermes, *Endocrinología, metabolismo y nutrición, Manual CTO de Medicina y Cirugía*, 2a ed., México, CTO Editorial, 2016.

- TAMAYO Y TAMAYO, Mario, *El proceso de la Investigación Científica*, 3ª ed., México, Limusa, 2000.
- TENA ÁLVAREZ, Gilberto, *Ginecología y Obstetricia*, México, UNAM, 2013.
- MÁRQUEZ ROMERO, Raúl y Hernández Montés de Oca Ricardo, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, México, UNAM, 2013.
- MEDINA, G. "Gestación por otro, De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado. Revista de derecho de Familia y de las Personas, año IV., núm 8, septiembre de 2012.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., *Bioderecho*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1999.
- MILL. J.S. *On liberty*. Parker, Londres, 1859.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de Familia y de menores*, Colombia, Jurídicas Wilches, 1991.
- MORENO COLLADO, Jorge, *et. al.*, *Sociología General y Jurídica*, México, Porrúa, 2017.
- MORENO ROUSSET, Carmen, (coord.), *Infertilidad y reproducción asistida*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2009.
- LOUDHOF VAN BARNEVELD, Hans, *et al.*, *Socialización y Familia*, México, Fontamara, 2008.
- PATÍÑO MANFER, Ruperto (coord.) y RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles (coord.), *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2011.
- PEI, Mario A., *Diccionario español/inglés, inglés/español*, Canadá, New American Library, 2014.
- PICHARDO, José Martínez, *Lineamientos para la Investigación Jurídica*, 8ª ed., México, Porrúa, 2005.

- Procuraduría General de la República: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: comentada*, 1994.
- Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad, Perú, MCMXXIII – MMXIII, N°147, Febrero 2014.
- RAMÍREZ LLERENA, Elizabeth, *La Investigación socio-jurídica*, Bogotá Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2001.
- RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel (coord.) y FUNES JIMÉNEZ, Eva (coord.), *Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares*, España, Universidad Internacional de Andalucía, 2011.
- OBANDO, Brajhan Santiago, *Bioderecho, derecho médico y responsabilidad médica*, 2da ed., Colombia, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2016.
- O'BRIEN, S. "Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy". *North Carolina Law Review*, 65, 1956.
- PUIGPELAT Martí, F., *Feminismo y las técnicas de reproducción asistida*. Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, núm. 32, 2004.
- SANTIAGO HERNÁNDEZ, Ana Rosa, *Sociología*, México, Esfinge, 2006.
- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil*, 4a ed., México, Porrúa, 2012.
- SHENFIELD, F., Pennings, G. Cohen, J., Devroey, P. de Wert G., Tarlatzis, B. "ESHRE Task Force on Ethics and Law including". *Human Reproduction*, vol. 20, núm 10, 2005.
- SHIFRIN, S.V., *Wrondful life, procreative responsibility, and the significance of harm*, *Legal Theory*, vol. 5.
- SOMMER, Susana, *De la cigüeña a la probeta*, Buenos Aires, Planeta, 1994.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

TAMAYO Y TAMAYO Mario, *El Proceso de la Investigación Científica*, México, Limusa, 1998.

Universidad Tecnológica de México, *Hermenéutica Jurídica*, México, ENITE, 2003.

VENES, Donald, *Diccionario Enciclopédico taber de ciencias de la salud*, Madrid, DAE Difusión de Avances de Enfermería, 2008.

WITKER, Jorge, *Técnicas de Investigación Jurídica*, México, McGRAW-HILL, 1996.

_____, *La Investigación Jurídica*, México, McGRAW-HILL, 2011.

300 Preguntas y Respuestas sobre Derecho de Familia, Análisis Doctrinal Legislativo y Jurisprudencial, México, SISTA, 2005.

-LEGISLACIÓN y NORMATIVIDAD:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_120419.pdf

Fecha de Consulta: 25 de Marzo de 2018.

Constitución para la Ciudad de México

[file:///C:/Users/acrvc/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/68e48d9a01b54c7cca56052bb3d498abc93f08fa%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/acrvc/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/68e48d9a01b54c7cca56052bb3d498abc93f08fa%20(1).pdf) Fecha de Consulta: 11 de Abril de 2018.

Código Civil Federal

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf

Fecha de Consulta: 28 de Marzo de 2018.

Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México

*file:///C:/Users/acrvc/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wek
yb3d8bbwe/TempState/Downloads/f5a127e0e6b20f393982bfe245e6741f34f3
1e07%20(1).pdf* Fecha de Consulta: 8 de Enero de 2018.

Código Civil del Estado de México

http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html

Fecha de Consulta: 9 de Abril de 2018

Código Civil para el Estado de Tabasco

[https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-](https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf)

[Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf](https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf) Fecha de Consulta: 22 de Abril de 2018.

Código Familiar del Estado de Sinaloa

http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_fiscal

[_22-dic-2017.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_fiscal) Fecha de Consulta: 13 de Febrero de 2018.

Código Penal para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México

file:///C:/Users/acrvc/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wek

yb3d8bbwe/TempState/Downloads/d73a8773c69474f70a3bb6ae31e0bf67d2

4bb62d%20(1).pdf Fecha de Consulta: 26 de Abril de 2018.

Ley General de Salud

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_241218.pdf

Fecha de Consulta: 18 de Febrero de 2018.

Tesis 1a. CCLXXXI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México,*

Poder Judicial de la Federación, Décima época, Diciembre 2018, p. 336.

Tesis 1a. LXXVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México,*

Poder Judicial de la Federación, Décima época, Junio de 2018, p. 957.

-FUENTES ELECTRÓNICAS:

Asociación Mexicana de medicina de la Reproducción:

<https://ammr.org.mx/> Fecha de Consulta: 3 de Abril de 2019 a las 10:49 hrs.

Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Medline Plus, <https://medlineplus.gov/spanish/>. Fecha de Consulta: 8 de octubre de 2017 a las 22:00 hrs.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos. Fecha de Consulta: 10 de agosto de 2017 a las 15:12 hrs.

Diccionario Español-Alemán <https://diccionario.reverso.net/espanol-aleman/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:15 hrs.

Diccionario Español-Italiano: <https://diccionario.reverso.net/italiano-espanol/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:10 hrs

Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/?id=HLMtHNN>. Fecha de Consulta: 9 de Noviembre de 2017 a las 11:35 hrs.

Diccionario Espasa Grand: español-francés français-espagnol, Copyright © WordReference.com LLC 2019. <http://www.wordreference.com/esfr/>. Fecha de Consulta: 25 de Octubre de 2018 a las 16:00 hrs.

Diccionario Médico:

<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/superovulacion>. Fecha de Consulta: 23 de Abril de 2019 a las 6:00 hrs.

European Society of Human Reproduction and Embryology. (Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología). <https://www.eshre.eu/>. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2018 a las 20:00 hrs.

Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Fecha de consulta: 14 de Mayo del 2019 a las 7:46 hrs.

Reproducción Asistida, ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/> Fecha de Consulta: el 16 de marzo de 2017 a las 14:20 hrs.

Rodríguez, Gabriela, Pupo Alberto, *et al*, *Interpretación Conforme*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013, p. 7. En: https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Interpretaci%C3%B3n%20Conforme.pdf. Fecha de consulta: 14 de agosto de 2017 a las 10:18 hrs.

Sistema de Información Legislativa:

<http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=54>. Fecha de Consulta 18 de Diciembre de 2018 a las 9:00 hrs.

Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología <https://www.eshre.eu/>. Fecha de Consulta: 14 de julio de 2018 a las 13:00 hrs.

Vázquez, Luis Daniel, Serrano, Sandra, *Los principios de Universalidad, Indivisibilidad y Progresividad*. Apuntes para su aplicación práctica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> Fecha de Consulta: 30 de junio de 2017 a las 20:00 hrs.

_____, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*.

https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Principios%20Obligaciones.pdf. Fecha de Consulta: 25 de Agosto de 2017 a las 11:35 hrs.