



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

"DESARROLLO HISTORICO, ESTUDIO COMPARATIVO Y ASPECTOS SOCIOJURIDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ARRENDADA O ASISTIDA"

T E S I S

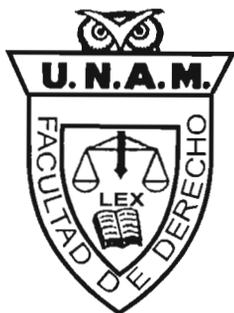
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ANA LILIA DURAN FUENTEVILLA

ASESOR:

LIC. RAFAEL B. CASTILLO RUIZ



MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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





UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

ASUNTO: OFICIO DE TERMINACIÓN
FD/SDR/03/04

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente

La alumna Ana Lilia Duran Fuentevilla, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del Lic. Rafael B. Castillo Ruíz, la tesis titulada **“DESARROLLO HISTÓRICO, ESTUDIO COMPARATIVO Y ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ARRENDADA O ASISTIDA”**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El Lic. Rafael B. Castillo Ruíz, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de directora del seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna Ana Lilia Duran Fuentevilla, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

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

Atentamente
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
Ciudad Universitaria, D.F. marzo 25 de 2004

LIC. SARA BIALOSTOSKY
Directora



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

c.p. expediente

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

Desarrollo histórico de la filiación

1. Roma.....	4
2. España.....	15
3. México.....	27

CAPÍTULO II

Conceptos médicos y jurídicos fundamentales y su noción a través de la historia

1. Semblanza de la reproducción humana mediante procesos no naturales.....	46
2. Conceptos médicos fundamentales.....	60
2.1. Maternidad.....	60
2.2. Infertilidad y Esterilidad.....	63
2.3. Fecundación Asistida.....	68
2.4. Sustitución de Matriz.....	72
3. Conceptos jurídicos fundamentales.....	78
3.1. Filiación procedente de subrogación de matriz, mediante la prestación del servicio.....	78
3.2. Validez del contrato de servicio.....	81
3.3. Perfeccionamiento del contrato.....	90

CAPÍTULO III

Ubicación de los problemas derivados de la maternidad subrogada, arrendada o asistida, desde las primeras legislaciones

1. Jurídico.....	93
1.1. De filiación.....	94
1.2. De reconocimiento.....	96
1.3. De abandono del producto.....	98
2. Médico.....	102
2.1. Responsabilidad médica.....	102
2.2. Problemas genéticos.....	109
3. Social.....	120
3.1. Impacto de los problemas sociojurídicos en la sociedad.....	121
3.2. Impacto de los problemas médicos en la sociedad.....	125

CAPÍTULO IV

La subrogación de matriz en el derecho comparado

1. Países en los que se lleva a cabo esta práctica.....	127
1.1. Estados Unidos de Norteamérica	128
1.2. Argentina.....	133
1.3. Brasil.....	138
1.4. España.....	140
1.5. Reino Unido de la Gran Bretaña.....	142
1.6. Francia.....	143
1.7. Italia.....	144
1.8. Alemania.....	145
1.9. Australia.....	147
1.10. México.....	147

CAPÍTULO V

La inseminación artificial y la maternidad subrogada

1. Semejanzas y diferencias.....	165
2. Bioética.....	171
3. Bases que determinan la filiación generada por la maternidad asistida.....	178
4. Consecuencias sociojurídicas de la maternidad generada por subrogación.....	192
5. Consecuencias sociojurídicas de la filiación creada mediante la subrogación de matriz.....	196

CAPÍTULO VI

Regulación de la maternidad subrogada, arrendada o asistida

1. Contrato por medio del cual se origina la maternidad subrogada.....	202
2. Responsabilidad de las partes.....	209
2.1. Del médico.....	209
2.2. De los padres genéticos.....	214
2.3. De los padres biológicos.....	215
2.4. De los padres sociales.....	217
3. Bases para determinar la filiación del producto.....	218
4. Casos en los que se permite la maternidad subrogada.....	221

CONCLUSIONES.....	223
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	231
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La subrogación de matriz, es un tema que actualmente ha suscitado muchas controversias en la institución de la filiación. Las técnicas de fecundación asistida, han tenido un gran impacto en la sociedad, en el ámbito científico y en el mundo jurídico, pues los avances genéticos han venido a generar la necesidad de modificar el sistema jurídico que, debido a esos avances no está preparado para recibirlos, por lo cual dicho sistema debe adecuarse a esta nueva realidad sociojurídica.

Recordemos el principio del derecho romano que señala "*Mater semper certa est*", esta máxima expresa que la maternidad se atribuye, por el hecho del parto, pero en aquel entonces jamás se pensó en una maternidad compartida, subrogada, arrendada o asistida. Antes de esto, la filiación evidentemente se determinó por la genética o la biología, pues ambos elementos reposaban en una sola persona. Respecto a esta filiación, el derecho romano y el canónico contemplan tres postulados:

1. Todo nacimiento es necesariamente el fruto de la cópula de un hombre y una mujer.

2. La maternidad se determina por el hecho del parto, y por lo tanto es indubitable "*mater semper certa est, pater incertus*".

3. La paternidad puede ser reconocida a través de las investigaciones de las relaciones sexuales, que la madre ha tenido con el

padre, en la época legal de la concepción, que en la época anterior al nacimiento, la cual se calcula según la fecha de nacimiento.

Como se puede observar, en la actualidad estos postulados han sido superados ante la llamada subrogación de matriz, la cual supone un procedimiento distinto, al ordinario.

Notemos ahora la importancia que este tema ha alcanzado. En la antigüedad la función de la madre era portar el medio, a través del cual se pudiera llevar a cabo la gestación, de ahí que “la madre porta pero no aporta”, ya que el semen era el único principio activo portador del sanguis.

De acuerdo con estos argumentos, la madre será quien gesté y dé nacimiento al nuevo ser, pero la maternidad asistida supone otra cosa.

Con las técnicas de fertilización, la institución jurídica de la filiación sufre una variante o modificación, pues ahora corresponde al derecho determinar la filiación del producto. La maternidad substituida genera la obligación de que, el derecho determine a quién le corresponde la maternidad, y esta puede generarse por tres causas: la genética, la biológica y la social. El papel que antes desempeñaba una sola mujer, ahora lo comparten dos o tres según la técnica de fertilización empleada.

Planteamiento del problema

Con la maternidad subrogada, las bases jurídicas de la filiación han quedado en el aire, pues resultan totalmente insuficientes para regular esta nueva figura que debe ser observada por el derecho, así como sus consecuencias. Sin embargo ante esta laguna jurídica, el derecho ha tratado de determinar la filiación del producto, con base en una doctrina clásica, que hoy por hoy ha quedado obsoleta, también se resuelve con base en un criterio jurídico, que carece de un estudio profundo y serio que lo fundamente, en consecuencia surge la pregunta siguiente:

¿Son adecuadas las bases con las cuales se determina la filiación del producto en la maternidad subrogada?

Hipótesis

El derecho es el medio por el cual se busca regular las conductas humanas, y evitar así las controversias entre los particulares. Las disposiciones jurídicas que se encargan de regular la filiación, han resultado insuficientes para regular los conflictos que se suscitan hoy en día, por lo tanto, es necesario realizar un estudio profundo respecto al tema, y analizar detalladamente todos los aspectos que el mismo comprende, para que así, de dicho estudio se emitan leyes suficientemente eficaces para regular no sólo la subrogación de matriz, sino todos aquellos adelantos que la ciencia ha logrado.

Por ello este sencillo trabajo pretende:

- a) Dar una semblanza de ese procedimiento, sus consecuencias y advertir los problemas sociojurídicos generados, y su posible solución.
- b) Lograr establecer los conceptos fundamentales para la comprensión del tema.
- c) Conocer la evolución de la filiación hasta nuestros días.
- d) Conocer la regularización existente sobre la materia.
- e) Comparar la legislación que, respecto al tema, hay en otros países.
- f) Analizar las bases de la legislación internacional respecto al tema.

CAPÍTULO I

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FILIACIÓN

“La filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido mas limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra.” Este es uno de los conceptos de filiación que la Enciclopedia Jurídica Omeba¹ trata en el tema respectivo.

Este primer apartado, trata la evolución histórica de la filiación en países que han influido en nuestro sistema jurídico, pero para hacer referencia a este tema es necesario estudiar a la familia, cómo se forma y es concebida en diversas culturas.

LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA

Con base en el libro del maestro Julián Güitrón Fuentevilla², el origen y la evolución de la familia comprende tres etapas:

- Salvajismo
- Barbarie
- Civilización

¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo XII. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s.a. P.210.

² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián “Derecho Familiar” 2ª ed., Ed. UNACH, México. 1980.

En estas tres etapas el profesor explica cómo se desarrolla el hombre primitivo, hasta llegar a la civilización. El hombre siempre ha tenido la necesidad de asociarse con otros seres de su misma especie, es así como descubre y crea objetos que satisfagan sus necesidades y, como se forma la familia. Sin abundar demasiado en estas etapas nos referiremos a la que nos interesa, la promiscuidad.

Este periodo es muy importante, pues es el primer antecedente que encontramos en la historia para determinar la filiación.

El maestro Julián Güitrón Fuentevilla comenta que la familia originalmente fue promiscua, un elemento importante de esta época es el comercio sexual que existía: *"... de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres..."*.³ Así la filiación se determinó por la madre, es decir, sólo ella sabía quiénes eran sus hijos.

Posteriormente, se da el comercio de la mujer donde ésta pasa a formar parte del patrimonio del hombre, de esta manera se da la exclusividad del hombre sobre la mujer lo cual le permite saber quiénes son sus hijos.

Dicho de otra forma, la promiscuidad sexual favoreció al matriarcado, pues sólo la mujer sabía quiénes eran sus hijos, y como

³GÜITRÓN FUENTEVILLA. Julián. Op. Cit. P.42

consecuencia la mujer era respetada. Esta forma de vida reafirma el principio "*Mater semper certa est*".

La etapa que le sigue a la promiscuidad es la monogamia, con ésta surgen las nuevas familias donde el hombre y la mujer se convierten en cónyuges, los padres e hijos quedan excluidos de esta unión.

En la familia sindiásmica hay una exclusividad del hombre y de la mujer, sin embargo la práctica de la poligamia continúa y la filiación se determina por la madre. Es con esta familia con la que se reafirma la monogamia, ya que la unión del hombre y la mujer es más duradera y su disolución no es tan fácil.

Otro caso importante en los antecedentes de la filiación es el de las "gens", que son grupos que se forman con miembros que provienen del mismo tronco común, generalmente las gens agrupaban a los hijos determinados por la línea materna. Entre los hermanos quedaba prohibido contraer nupcias, en consecuencia, los hijos contraían nupcias con las hijas de otras gens, y sus hijos quedaban fuera de la gens del marido.

Los griegos también adoptaron esta organización, la diferencia es que aquí el sistema es patriarcal y así se determinaba la filiación.

La diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos, marca los antecedentes de la filiación, en diversas culturas el factor común es la

injusta situación de inferioridad. En Babilonia por ejemplo, se permitía que el hombre reconociera a los hijos nacidos de sus esclavas y los derechos sucesorios eran casi parecidos a los de los hijos legítimos. Esta civilización seguía el principio romano *"mater semper certa est"*, lo cual significa que la filiación se determina por la madre, por el solo hecho del parto.

En la India, se excluye a los hijos adulterinos o incestuosos de la familia, al respecto la Enciclopedia Jurídica Omeba nos señala lo siguiente: *"...todo hijo dado al mundo por una mujer que haya tenido comercio carnal con otro hombre distinto de su marido, no es hijo legítimo de esta mujer; de igual modo, el hijo engendrado por un hombre en mujer ajena no pertenece a este hombre".*⁴

ROMA

Para hablar de la filiación en el Derecho Romano, es necesario referirnos a las personas y a la familia romana. Al respecto de la familia Eugene Petit⁵ comenta que ésta tiene dos sentidos.

El primero, entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprende, pues, el *pater familias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija.

⁴ Op. Cit. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. P. 210.

⁵ PETIT, Eugene *"Derecho Romano"* 13ª ed., Ed. Porrúa, México. 1997. Pp. 95 y 96

En este supuesto, la autoridad se concentra en el *pater familias*, quien dispondrá de la composición de la familia como mejor le parezca, ya que puede excluir descendientes por la emancipación y agregar extranjeros por adopción, asimismo dispone del patrimonio de todos, pues todo forma un mismo patrimonio.

El segundo sentido que se le da, el *pater familias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos por el parentesco civil conocido como *agnatio*.⁶

Una vez establecido lo anterior, es necesario analizar cómo es que se integra la familia de acuerdo al poder y a la jerarquía que poseía cada uno de sus integrantes, con el fin de referirnos a la filiación.

Nuestro mismo tratadista, señala en su obra, que las personas que se consideran dentro de una familia se dividen en dos clases: *alieni juris* o *sui juris*.⁷

Los individuos que no estaban sujetos a ninguna autoridad y tampoco dependían de nadie, son los llamados *Sui juris* o *Pater familias*, se caracterizaban por tener todas las facultades para disponer plenamente de los demás integrantes de la familia, también fungían el papel de

⁶ Recordemos que la *agnación* es el vínculo civil de parentesco entre dos personas, es decir, el parentesco por adopción.

⁷ PETIT, Eugene. Op. Cit.

sacerdotes dentro de las ceremonias de culto privado.⁸ La mujer podía ser *Sui iuris* o *mater familias* esté casada o no, siempre y cuando sea de costumbres honestas. Puede tener un patrimonio y ejercer autoridad de ama sobre los esclavos. La *manus* y la *mancipium*, sólo la podían ejercer los hombres.

Los *alieni iuris*, son aquellos que dependen incondicionalmente del jefe de la familia a la cual pertenecen, no importa el grado de parentesco, el sexo o la legitimidad que existía entre ellos, solamente se encargaban de cumplir con los mandatos del *pater familias*, ya que no contaban con una capacidad jurídica plena.

Las personas que estaban sujetas a cumplir con la autoridad del jefe de familia eran:

- La mujer que contraía nupcias con el *pater familias* o con alguno de los varones dependientes del jefe de familia y que a su vez, cumpliera con una serie de condiciones, así como también podía estar subordinada a tercera persona en caso de que el marido sea *alieni iuris*, a este tipo de autoridad se le conoce como *manus*.
- Todos los hijos legítimos del *pater familias*, sin importar el sexo; así como los descendientes legítimos de sus hijos y nietos, a este tipo de autoridad se le conoce como *patria potestas*.
- La autoridad que el *pater familias* ejercía sobre el *sui iuris* cuando éste ingresaba a la familia, se le conoce como *mancipium*.

⁸ Principalmente se hacían estas ceremonias para pedirle a sus antecesores ya muertos, que protegieran a la familia.

- Por último, la autoridad que el *pater familias* ejercía sobre el esclavo.

Los anteriores se resumen a los cuatro poderes o autoridades que ejercía el *pater familias*. Para terminar, profundizaré un poco sobre la *manus* o poder doméstico que se ejercía sobre la mujer.

Hay tres tipos de *manus*, los cuales varían uno de otro debido a su forma.

El *usus* consiste en obtener la *manus* de la mujer, siempre y cuando el marido tuviera posesión de ella durante un año continuo, pero si la mujer se separaba del lecho conyugal tres noches antes de que se cumpliera el año la unión se rompía, la mujer quedaba libre y tomaba el nombre de *sine manu*. Sin embargo, el *usus* a pesar de ser la institución más antigua desapareció durante los últimos siglos del tiempo en que Gayo gobernaba.

La *confarreatio*, era un acto religioso solemne, el cual recibía el nombre de una ofrenda de pan y trigo que se comía por los esposos. Se llevaba a cabo frente a un Pontífice Máximo, el cual predicaba un discurso solemne, también ante un sacerdote del dios Júpiter y ante diez testigos.

Y la *coemptio*, ésta se hacía frente a cinco romanos púberes, ante una persona llamada *libripens* porta balanza y los esposos. Se realizaba

como una venta de la mujer al marido en la que participaba el pater familias en caso de que el esposo sea *alieni iuris* o el tutor en caso de ser *sui iuris*.

Estas tres formas de manus, fueron reguladas también por el Derecho Canónico, las cuales se equipararon al matrimonio.⁹

Al adquirir la mujer el "*conventio in manum*" o la manus, pasaba a formar parte de la familia civil del esposo, así como también todos sus bienes en caso de que los tuviera y perdía el vínculo familiar con su antigua familia.

La *manus* perdía sus efectos cuando el marido determinaba que desapareciera, ya sea en el caso de divorcio o por presión de la mujer, pero en caso de que hayan contraído matrimonio por medio del *usus*, *confarraetio* o la *coemptio*, se tenía que hacer un acto contrario al de la ceremonia por la cual se habían unido, de esta manera se desligaba de la *manus*.

A continuación hago referencia al parentesco en el Derecho Romano para abordar posteriormente la filiación, los hijos legítimos y los ilegítimos.

⁹ Curso de Derecho Canónico, impartido en la Facultad de Derecho por el Dr. Francisco Huber, catedrático de la UNAM.

Para los romanos, el parentesco es el vínculo que unía a las personas descendientes de una misma familia entre sí. Distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio*.

Según el libro de Derecho Romano de Eugene Petit¹⁰, el concepto de ambos tipos de parentesco es el siguiente:

La *cognatio* es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea recta) o descendiente de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.

A pesar del parentesco biológico dentro de la familia, existían personas que no formaban parte de la misma y tampoco estaban unidas al *pater familias*, tales como las siguientes:

- Las esposas, tanto del *pater familias*, como las de sus descendientes legítimos, siempre y cuando el matrimonio no cumpliera con los requisitos y ceremonias de la *manus*.
- Los descendientes legítimos.
- Todos aquellos descendientes legítimos que a causa de diversos actos jurídicos tuvieron que separarse de la familia *agnática* ya sea por *emancipatio*.¹¹

¹⁰ PETIT, Eugene. Op. Cit. P. 96.

¹¹ La *emancipatio* era la manera en que los hijos varones formaban su propia familia y pasaban a ser *pater familias*; o bien, para entrar a otra familia como *alieni iuris* cambiaban también de *pater familia*, por ejemplo: en la *adoptio*, o cuando las hijas contraían nupcias de forma *manus*.

- Los descendientes de las hijas y nietas, ya sean legítimos o ilegítimos, por el simple hecho de que el parentesco venía de parte de la mujer.
- Los hijos que eran vendidos a un extraño por parte del *pater familia*.

La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Son los descendientes por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que estuvieran sometidos si aún viviera.

Para que quede más claro lo que es la *agnatio* pongamos atención al párrafo donde Eugene Petit explica lo siguiente:

“La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque sólo se transmite por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus agnados, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es su padre; es decir, en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por la vía de las mujeres.”¹²

En el Derecho Romano las *gens* eran familias, era el conjunto de agnados, que como el párrafo anterior señala es el parentesco determinado por la línea paterna.

¹² Ibidem. P. 97

La familia *agnada* dentro del Derecho Romano, poco a poco perdió la importancia que tenía en ese entonces con respecto a la familia *cognada*, la cual ganó terreno hasta llegar a la época del Imperio Justiniano en donde suplantó en forma definitiva a la familia civil, especialmente dentro del orden sucesorio.

La patria potestad es una institución que se relaciona con la filiación, pues la legitimación es la fuente de aquella. Veamos ahora esta institución para entrar de lleno a la filiación.

Según la doctora Sara Bialostosky la patria potestad, es el poder general que el pater familia ejerce sobre personas y cosas de la domus, se conoce en una época histórica como *manus*. Posteriormente esa potestad recibió diferentes denominaciones según a quien se dirigía.

- a) Sobre hijos y nietos, *patria potestad*.
- b) Sobre su esposa y nueras, *manus*.
- c) Sobre algunas personas libres, *mancipium*.
- d) Sobre sus esclavos, *dominica potestas*.
- e) Sobre sus libertos, *iura patronatus*.¹³

La persona que tenía la patria potestad podía ejercer el derecho con respecto a la vida o muerte de su hijo, el de emanciparlo a una persona extraña, para abandonarlo y derechos sobre los bienes.

¹³ BIALOSTOSKY, Sara "Panorama del Derecho Romano" 3ª ed., Ed. UNAM, México, 1990. P. 64.

El Derecho Romano limitó la patria potestad hasta llegar en el derecho Justiniano a transformarlo en un simple derecho a corregir a los hijos. Las mujeres no podían ejercer la patria potestad, ni atraer su descendencia a la potestad de sus propios padres.¹⁴

Encontramos que son cuatro las fuentes de la patria potestad:

- *Iustae nuptiae*. Los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio legítimo, caen bajo la potestad del *pater familias*. El concebido fuera del matrimonio sigue a la madre y por tanto nace *sui iuris*.
- *La legitimación*. Los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden caer bajo la potestad del padre si son legitimados.
- *La adopción*. Un *filius familias* sale de la patria potestad de su padre para entrar a la de otro.
- *La adrogatio*. Un *pater familias* se sujeta a la potestad de otro *pater familias*.

Al respecto de la filiación, el profesor Magallón Ibarra¹⁵ señala que ésta la encontramos principalmente en los efectos del matrimonio, a los hijos se les clasificaba como *liberi iusti* y *liberi naturi*.¹⁶

En el Derecho Romano, como en cualquier otro (salvo algunas excepciones), los esposos se deben fidelidad, el caso del adulterio se

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario "Instituciones de Derecho Civil" Tomo III. Ed. Porrúa, México, 1988. P. 430.

¹⁶ *Liberi*. viene del latín que en español significa hijo.

castiga severamente pues es un medio por el cual la mujer introduce hijos de sangre extraña, el castigo con Constantino era la muerte, este cambia con Justiniano.

Los hijos nacidos *ex justis nuptiis* son hijos legítimos, es decir, *liberi justii*. Estos hijos se encuentran bajo la potestad del padre o del abuelo. Forma parte de la familia civil del padre, es agnado, y respecto de la madre, guarda un lazo de parentesco natural, de cognación.

Los hijos extramaritales, es decir, los hijos fuera del matrimonio tal como el concubinato, tenían una filiación natural, se les llamaba *liberi naturalis*. Según el tipo de relación de los padres la denominación de los *liberi naturalis* variaba.

Guillermo A. Borda¹⁷ hace referencia a la clasificación de los *liber naturalis* o hijos nacidos fuera del matrimonio. Dentro de esta clasificación encontramos a los *spurii*, hijos de mujer de baja condición o vida deshonesto y los *adulterini* o *incestuosi*, los hijos habidos de una unión prohibida.

A los hijos naturales se les reconoce el carácter de parientes del padre o de la madre, se les podía legitimar y hasta se les reconocieron derechos hereditarios. Con los hijos *spurii*, *adulteri* e *incestuosi*, se mantenía el mismo criterio, los *adulteri*, estaban privados de todo derecho.

¹⁷ BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil" Tomo II. 9ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, s.a. P.11.

Existían cuatro formas para legitimar a los hijos fuera de matrimonio, las cuales son:

- a) *Por oblación de la curia*. Se podía legitimar a los hijos naturales, hombres o mujeres, bien por acto o testamento del padre o matrimonio de la madre con curiales, el hijo legitimado era sucesor del padre como si fuera legítimo.
- b) *Por rescripto*. Cuando no era posible el matrimonio de los padres y para favorecer al hijo, en los mismos efectos que el anterior.
- c) *Por subsiguiente matrimonio*.
- d) *Legitimación por documento*. Se produce sólo por declaración del padre, es preciso que conste en documento o testamento, que se reconozca al hijo sin decir que es natural, y que pueda casar con la madre.

En resumen, el Derecho Romano conocía tres formas de filiación: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.

En la filiación legítima la maternidad se determinaba por el solo hecho del embarazo y del parto, pero la paternidad carecía de estos elementos y únicamente se podía determinar por la presunción. El padre del hijo nacido de la esposa, es de su marido, esta probabilidad descansa en el principio romano: *"mater semper certa est pater est quod demonstrat"*.¹⁸

¹⁸ La madre siempre es cierta, el padre es el que demuestra las nupcias o las nupcias muestran al padre.

Este principio no es absoluto, pues se pudo dar el caso de que el hijo no haya sido concebido durante el matrimonio, o por alguna enfermedad el esposo no tuvo acceso carnal con su mujer durante el periodo de la concepción. Para estos casos el Derecho Romano fija ciertas soluciones:

- El hijo será *justus* si nace ciento ochenta y un días después de la celebración del matrimonio.
- También lo será si el hijo nace trescientos y un días después de disuelto el matrimonio.

ESPAÑA

La historia del Derecho Civil Español se divide en cinco etapas, de acuerdo con el maestro Jorge Magallón estas son: época primitiva, época de dominación romana, época de dominación visigoda, época de reconquista y época moderna.¹⁹ Cada una de ellas cuenta con legislaciones diversas, mismas que tienen en común unificar el derecho. Para el estudio de nuestro tema es importante referirnos a la legislación que surge en la época de la reconquista y la moderna, ya que éstas influyen directamente en nuestro sistema jurídico. Las *Siete Partidas* y las *Leyes de Toro* son las legislaciones que más se refieren a la filiación.

Las Siete Partidas o Libro de las Leyes es una de las obras más importantes del Derecho Español, se dividió en siete libros por ser éste

¹⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1987. P. 65.

un número cabalístico.²⁰ Esta obra surge con Alfonso X, pero es hasta 1345 cuando Alfonso XI por medio del Ordenamiento de Alcalá les otorga valor de derecho supletorio y, por tanto, vigencia.

La cuarta partida se refiere a la filiación en su título XIII, XIV y XV. Trata de los hijos legítimos, concubinato y de los hijos que no son legítimos, respectivamente, a su vez cada título explica diversos aspectos relacionados con el tema.

En cuanto a los hijos legítimos, de acuerdo al texto de la partida, éstos son aquellos que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente, según manda la Santa Iglesia.

Maneja otras hipótesis para determinar quiénes pueden ser llamados hijos legítimos.

- Cuando el matrimonio debe ser disuelto, debido a un impedimento, sin que los cónyuges tuvieran conocimiento de éste, los hijos que hubiesen procreado se considerarán legítimos.
- Esta misma regla se sigue, cuando los esposos no sepan tal impedimento o uno de ellos tenga conocimiento del mismo.
- Cuando la pareja tiene pleno conocimiento del impedimento, y tuviesen hijos, éstos no serán legítimos.
- Si existe duda en cuanto al impedimento, mientras ésta perdure, los hijos que se tuvieren serán legítimos.

²⁰ CRUZ BARNEY, Oscar *“Historia del Derecho en México”* Ed. Oxford. México, 1999. P. 90.

- Los hijos de la mujer barragana²¹ serán legítimos, sí el padre se casa con ella.
- Los hijos no legítimos: son aquellos que nacen fuera del matrimonio, luego que el padre y la madre casen, los hijos serán legítimos. Lo mismo sucede cuando el hijo es de una sierva.

El texto de la partida señala, en el mismo título, las honras a que tienen derecho los hijos legítimos:

- a) Las de sus padres.
- b) Pueden recibir dignidad.
- c) Orden sagrada de la Iglesia y otras honras seglares.
- d) Heredan a sus padres, abuelos y demás parientes.

El título XIV se refiere al concubinato, considero importante comentar el contenido de éste ya que en él se contiene la clasificación de los hijos nacidos de estas mujeres o sus similares.

En aquella época la barragana que vivía con un hombre sin las bendiciones de la Iglesia, reza el texto de la partida, viven en pecado mortal. *“Sin embargo, las leyes permitieron la barraganería, pues los Sabios que crean las leyes consideraron que era mejor la existencia de una y no que existieran muchas, ya que los hijos que nacieran de éstas, serían más ciertos.”*²²

²¹ La mujer barragana equivale a una concubina.

²² *Los Códigos Españoles. Concordados y anotados.* T. III Madrid, 1848. P. 485.

Barragana puede ser la mujer nacida de “vil linaje”. Este nombre tiene su origen en la unión de dos palabras: de *barra* (árabigo), que significa fuera; de *gana* (ladino), significa ganancia. Esto quiere decir, ganancia que es hecha fuera del mandamiento de la Iglesia, por tanto, los hijos que nacen de tales mujeres, son llamados hijos de ganancia.

Los hombres libres de Orden o de casamiento, pueden tomar a una mujer por barragana sin que por este motivo sean sancionados. La ley señala que los hombres de linaje no deben tomar por barraganas a las mujeres siguientes: *aforrada*, *juglaressa*, *tabenera*, *regatera* y la *alcahueta*, pues éstas son llamadas viles, por razón de sí mismas o de su descendencia. Si tales hombres tienen hijos con estas mujeres, el hijo no sería llamado natural; lo llamarán *spurio*. Éste no tendrá derecho a los bienes del padre y tampoco existe la obligación del padre a criar al hijo si éste no quiere.

Los hijos no legítimos o naturales: son aquellos que no nacen de casamiento según ley, así como los que nacen de barraganas. Este título hace una clasificación de los tipos de hijos no legítimos o naturales:

- *Fornecios*: son los hijos que nacen del adulterio, entre parientes o en mujeres de Orden. No los llaman naturales: porque son hechos contra ley o contra la razón natural.
- *Manceres*.²³ son los hijos de las mujeres que están en la prostitución, y se dan a todos cuantos a ellas vienen, en consecuencia, no pueden saber de quiénes son los hijos que nacen

²³ Este vocablo viene de dos palabras de origen latín: *manus*, *scelus*, que quiere decir, pecado infernal

- de ellas. Mancer quiere decir lo mismo que mancillado, porque fue malamente engendrado y nace de vil hogar.
- *Spurii*: son los hijos que nacen de las mujeres que el hombre tiene fuera de su casa, y ellas se dan a otros hombres, sin que aquéllos las tengan por amigas, por tal motivo, se desconoce quién es el padre del hijo que nace de estas mujeres.
- *Notos*: son los hijos que nacen del adulterio, reciben este nombre porque asemeja que son hijos del marido que la tiene en su casa, y no lo son.

Cuando los padres casan en secreto y el matrimonio se encuentra impedido, razón por la cual se debe disolver, los hijos que éstos tengan no podrán ser legítimos, pues los padres no podrán excusar el desconocimiento del impedimento, ya que el hecho de contraer nupcias en secreto presume que los contrayentes no querían saber de dicho impedimento y casan encubiertamente.

El hombre que tiene mujer a bendiciones, y engendre hijos con una mujer barragana cuando la mujer legítima aún se encuentra con vida, los hijos no serán legítimos. Si la mujer legítima muere y el hombre casa con la barragana, los hijos no serán legítimos pues fueron hechos en adulterio.

Los dos párrafos anteriores, explican las razones por las cuales los hijos naturales que son habidos en esas circunstancias no pueden ser legitimados.

Así como los hijos legítimos tienen ciertas honras por este solo hecho, los hijos naturales tienen daños por no ser hijos legítimos:

- a) No hay honras por parte de los padres, ni de los abuelos.
- b) Si son escogidos para dignidades u honras, las perderán por ser naturales.
- c) No heredan bienes de los padres, ni de los abuelos, ni de otros parientes.

Son cuatro las formas por medio de las cuales se puede legitimar a un hijo, de acuerdo con este ordenamiento son las siguientes:

- *Por Emperadores, Reyes o Apostólicos.* Los hombres piden merced, a los Emperadores o Reyes en cuyo señorío viven, para que legitimen a los hijos que éstos tienen con una barragana. Si el ruego tiene lugar, los hijos se legitiman y tienen los mismos derechos que tienen los hijos que nacen dentro del matrimonio.
- *Por servicio a la Corte.* El hombre que tiene una mujer que no es sierva, y con ésta tenga un hijo natural, el padre lo lleva a la Corte del Rey, Emperador o Consejo de Ciudad según donde viviese y públicamente dirá: “Éste es hijo mío que es de tal mujer y lo doy en servicio de este Consejo”, por estas palabras lo hace legítimo, siempre y cuando el hijo así lo otorgue y no lo contradiga.
- *Por testamento.* Si el padre no tiene hijos legítimos, podrá legitimar a sus hijos naturales por medio de testamento, en el cual dirá: “Quiero que fulano, o fulana, mis hijos que tuve de tal mujer, sean mis herederos legítimos”. Después de la muerte del padre, los hijos

tomarán el testamento y lo presentarán ante el Rey, al cual le pedirán merced, para confirmar la voluntad del padre. El Rey al tener conocimiento del testamento y de que no existen hijos legítimos, otorgarán la legitimación. Así heredan al padre y demás honras de hijos legítimos.

- *Por carta.* La carta debe ser hecha de la mano del padre o puede mandarla hacer con algún escribano público, mismo que debe ser confirmado por el testimonio de tres hombres buenos, que digan que el hijo que ha señalado, lo conocen como tal. En este caso, si existen más hijos naturales, por el sólo hecho de que uno de ellos haya sido legitimado por carta, los demás seguirán la misma suerte.

Los hijos naturales pueden ser legitimados por las razones siguientes:

- a) El Oficial de alguna ciudad o villa, que case con hija natural, la hace legítima.
- b) El hijo natural que se ofrece al servicio de la Corte, y que diga ante todos que es el hijo de tal hombre y de tal mujer, si resulta ser hijo de quien dice, se legitima por esta razón, siempre y cuando el padre no tenga hijos legítimos.

“Los cuerpos legislativos que eran emitidos durante la conquista, se tornaron confusos y arbitrarios, ya que contaban con muchas máximas romanas desfiguradas por las opiniones de los jurisconsultos españoles, ante este desorden, los Reyes Católicos, ordenaron una recopilación de leyes y que las mismas se pusieran en orden. Sin embargo, las leyes

existentes se consideraron incompletas, por lo que la Reina Católica expidió nuevas ordenanzas que confundieron aún más las ya existentes. Ante esta situación, las Cortes de Toledo solicitaron se hicieran algunas aclaraciones en las leyes más usuales. Los Reyes acceden ante la solicitud de las Cortes y en 1505 se publican las Leyes de Toro.²⁴ Estas leyes fueron dadas como aclaratorias y supletorias de las que antes existían, y se refieren principalmente a los matrimonios, herencias, bienes dotales, mayorazgos y todo género de vinculaciones.

Las Leyes de Toro son 83, pero para el estudio de nuestro tema la que más se refiere a la filiación es la Ley XI, misma que a la letra dice:

“Y porque no se pueda dudar quales son los hijos naturales: ordenamos y mandamos que entonces se digan ser hijos naturales; quando al tiempo que nacieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades suso dichas, mandamos que sea hijo natural”. (sic)²⁵

Las Leyes VI, IX y XII, hacen referencia de los hijos legítimos, legitimados y de los ilegítimos, en cuanto a sus derechos sucesorios. Por ejemplo: la Ley VI señala que los hijos legítimos tienen derecho a

²⁴ *Los Códigos Españoles. Concordados y anotados*. T. VI Madrid, 1849. P. 553.

²⁵ *Op. Cit.* P. 559.

sucedan a sus ascendientes, este derecho también lo otorga la cuarta partida, la cual acabamos de estudiar.

La Ley IX se refiere a los derechos sucesorios de los hijos bastardos o ilegítimos, los cuales no pueden heredar a sus padres si existen hijos legítimos, sin embargo, la madre en vida o muerta puede otorgarles una quinta parte de sus bienes. Y si la madre no tuviese hijos legítimos, pueden sucederla sus hijos naturales o espurinos.

La Ley XII indica que los hijos legitimados por rescripto, o privilegio de los Reyes, para que hereden a los padres es necesario que no existan hijos legítimos de lo contrario éstos excluyen a aquéllos. El mismo texto, indica que la legitimación por subsiguiente matrimonio sigue vigente en este ordenamiento.

Como podemos observar las Leyes de Toro no regulan ampliamente la filiación, sin embargo, podemos tener cierta noción de esta institución por las disposiciones de derecho sucesorio que en su mayoría contienen estas leyes.

Posterior a los ordenamientos legales que ya estudiamos, encontramos los Códigos Civiles de 1821 y 1851. El primero de ellos define a los hijos legítimos como aquellos que nacen en legítimo matrimonio y a su debido tiempo, es decir, doscientos diez días después de celebrado el matrimonio y trescientos días después de la disolución del mismo. El segundo, sigue el criterio del anterior y señala que los hijos

legítimos son los que nacen dentro del matrimonio. En cuanto a los hijos ilegítimos, este código los divide en dos tipos: los hijos naturales y los no naturales.

Los hijos naturales son producto de una relación en concubinato, los padres podían contraer nupcias durante la concepción. Los hijos no naturales o espúreos son el producto de las relaciones incestuosas, adúlteras o sacrílegas, en este supuesto los padres no podían contraer nupcias.

El Código de 1851 se aplicó hasta 1931, que fue cuando se estableció la Constitución Republicana. Al entrar en vigor esta Constitución, según Castán Tobeñas este ordenamiento y el Código Civil se contraponen, pues la Constitución establece en su artículo 43, que los padres tienen los mismos deberes con sus hijos legítimos y con los hijos que tengan fuera del matrimonio, y no habrá declaración alguna sobre la legitimación o ilegitimidad de los nacimientos, ni del estado civil de los padres en las actas de inscripción, ni en la filiación. Opina el mismo autor, que este precepto descoyuntó la clásica división legal de los hijos y de todo el régimen de las relaciones filiales. Cuando este régimen desaparece el Código de 1851 vuelve a implantarse, pero reformado.²⁶

Los autores del libro *El nuevo derecho de familia español*²⁷ afirman que el Derecho Familiar fue atacado con las reformas de manera integral.

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS. José. *“El Derecho Civil Español”* T I Vol I Ed. Reus. Madrid. 1962. P. 232.

²⁷ ESPÍN CÁNOVAS. Diego et al. *“El Nuevo Derecho de Familia Español”* Ed. Reus. Madrid. 1982. P.33.

La primera ley de reforma es la del 13 de mayo de 1981 y se refiere a la filiación. Los mismos autores comentan que la filiación exigía una reforma, pues ésta se hallaba inspirada en principios arcaicos e injustos que ya no corresponden al contexto sociológico de la actualidad.

Las normas que regulaban la filiación, eran incompatibles con la Constitución Española de 1978, pues su artículo 14 señala que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así, en su artículo 39, segundo párrafo dice: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.”* Estos dos preceptos hacen evidente la inconstitucionalidad del Código Civil ante la Constitución. Por esta razón es necesaria la reforma.²⁸

Los principios sobre los que descansa la reforma en materia de filiación, es la igualdad entre ellas y la veracidad biológica, ya que la filiación es determinable sea cual sea su naturaleza. Por tanto estos principios simplifican los tipos de filiación.

Actualmente, la filiación en España puede ser por adopción o por naturaleza, ésta a su vez se divide en filiación matrimonial y no matrimonial. Se acredita por la inscripción al Registro Civil, por el

²⁸ *Ibidem*. P. 35.

documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y por la posesión de estado.

Se presumen hijos del marido los nacidos después de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio, el marido podrá destruir la presunción mediante declaración formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos siguientes:

- a) Cuando reconoció la paternidad expresa o tácitamente.
- b) Cuando hubiese tenido conocimiento del embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio.

En esta última hipótesis se puede destruir la presunción con la declaración formalizada, con el consentimiento de ambos, antes o después del matrimonio dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del niño.

La filiación matrimonial tendrá ese carácter hasta la fecha en que se celebre el matrimonio y dicha filiación quede determinada conforme a la ley. La filiación no matrimonial queda determinada: por el reconocimiento realizado ante el encargado del Registro Civil, en testamento o documento público, por sentencia firme o por resolución recaída en el expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

En el artículo 127, permite la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluso las biológicas.

Las reformas que se hacen a la figura de la filiación, tienden a desaparecer la severa división de los hijos determinada por su filiación. Es decir, la clasificación de los hijos que desde el Derecho Español antiguo se había conservado desapareció, pues hoy en día se han logrado superar los prejuicios sociales que condenaban la condición del hijo en la familia y en la sociedad. Ahora, tiene lugar la filiación por adopción y por naturaleza, y aunque esta última se divide en filiación matrimonial y no matrimonial, el derecho otorga igualdad a los hijos sin importar su filiación.

MÉXICO

La historia de México la podemos dividir en cuatro periodos: el precortesiano, el colonial, de independencia y la revolución. A lo largo de estos periodos surgieron diversas legislaciones, las más importantes en la figura que se estudia son: Código Civil de 1828, Código Civil de 1870, Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928.

De acuerdo con Lucio Mendieta y Núñez, *“las fuentes del derecho prehispánico eran: la costumbre y las sentencias del Rey y de los jueces. Las principales disposiciones en materia civil estaban escritas en jeroglíficos, éstos eran exclusivos del conocimiento de los jueces y no de*

dominio público, por tanto el derecho era consuetudinario."²⁹ Así no existe un precedente escrito directo, que se refiera a la filiación o cómo se determina ésta en la antigüedad.

En la organización de la familia el matrimonio tiene un alto concepto, pues en éste se funda aquélla. El hombre, que era el jefe de familia, educaba y castigaba a los hijos, la mujer tenía a su cargo a las hijas.

La patria potestad que el padre ejercía sobre los hijos, era muy amplia, pues tenía la facultad de vender a sus hijos, claro no en forma arbitraria, pues para venderlos tenía que ubicarse en las hipótesis siguientes:

- a) Se vendía al hijo como esclavo debido a que, por la extrema pobreza era imposible al padre mantenerlo.
- b) Cuando el hijo era incorregible, previo el permiso de las autoridades, el padre podía vender al hijo.

Los hijos que pertenecían a la nobleza vivían con los padres hasta la edad de quince años, después ingresaban al *Calmecac* o al *Telpuchcalli*. Las mujeres también recibían una educación similar.

Cuando el matrimonio de los padres se disolvía, los hijos varones pertenecían al padre y las hijas a la madre.

²⁹ MENDIETA Y NÚÑEZ. Lucio "El Derecho Precolonial" 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976. P. 83.

Chávez Asencio afirma que sólo los hijos de la mujer legítima podían suceder al padre, pero esto no era una regla general y cita el ejemplo de *Izcoatl*, hijo de concubina, que llegó a ser emperador.³⁰

La legislación española autorizó las leyes y costumbres de los indios, siempre y cuando éstas no fueren contra la religión o las Leyes de Indias. Consumada la conquista los indios quedan sometidos a la Corona Española y se constituye la Nueva España. Así la Metrópoli impone su legislación. En cuanto a la legitimidad e ilegitimidad de los hijos, se implantan concepciones religiosas las cuales marcan grandes diferencias entre los hijos habidos del matrimonio y fuera de éste.

Según Trinidad García las Siete Partidas tiene gran importancia en México, pues antes de los Códigos nacionales, en materia civil y penal, las Partidas fueron parte fundamental del derecho. El mismo autor afirma que la Novísima Recopilación, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los fueros militares y las Partidas tuvieron vigencia en la Nueva España.³¹ Sin embargo, la mayoría de estas legislaciones, dice Oscar Cruz³², se refieren a la aplicación de una política real dirigida a unificar los derechos locales.

El derecho de aquella época se encuentra contenido en las Leyes de Indias, la cual en su mayoría contiene disposiciones de derecho

³⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel “*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*” 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001. P. 137.

³¹ TRINIDAD GARCÍA, “*Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*” 16ª ed., Ed. Porrúa, México, 1980. P. 69.

³² CRUZ BARNEY, Oscar. Op. Cit. P. 66.

público, estas leyes son la máxima expresión de la vigencia del Derecho Español en las colonias hispanoamericanas. En ellas se dispone que las posesiones en América se rijan por la Recopilación de Indias y demás disposiciones dictadas por las Indias, y supletoriamente, por las leyes dada por los Reyes de Castilla, en el orden que establecen las Leyes de Toro.

“Las Leyes de Indias disponían que los indios podían casarse sin que ninguna orden Real lo impida, si los indios ya cristianos casaron con otra u otro, y éstos últimos viven, serán apartados y amonestados, si continúan en cohabitación, serán sancionados para su enmienda y ejemplo de otros”. Lo anterior, dice Chávez Asencio, “revela la distinta concepción que sobre el matrimonio, la monogamia y las cuestiones de filiación se tenían en la Nueva España y cómo chocaron dos culturas. Esto explica la menor importancia que en México se tenía sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio en relación con las severas costumbres europeas.”³³

Durante el México independiente surgen dos Códigos Civiles, el de 1870 y el de 1884. El primero de ellos, fue aprobado por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870, su vigencia inició el 1º de marzo de 1871 en el Distrito Federal y el Territorio de Baja California y su texto fue adoptado por casi todos los Estados de la República Mexicana.

³³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel Op. Cit. P. 139.

El Código Civil de 1870, regula a la filiación en su Título Sexto, el cual trata de la Paternidad y la Filiación, a su vez este título se divide en cuatro capítulos que se refieren: a los hijos legítimos, las pruebas de filiación de los hijos legítimos, la legitimación y al reconocimiento de los hijos naturales.

Los hijos legítimos serán aquellos que nazcan después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, sea por nulidad del mismo o por muerte del marido.

La única prueba que se admite en contra de esta presunción, es la imposibilidad del marido para estar con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento. El marido podrá desconocer al hijo si éste nació después de los trescientos días contados a partir de la disolución del matrimonio.

El marido no podrá desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio en los casos siguientes:

- a) Cuando tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, antes de casarse.
- b) Cuando asistió al acta de nacimiento y fue firmada por él.
- c) Cuando reconoció expresamente suyo al hijo de su mujer.
- d) Cuando el hijo no nació capaz de vivir.

Las acciones que esta ley prevé en cuestiones de filiación y legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, se podrán promover en cualquier tiempo y por cualquier persona que se vea afectada por dicha filiación o legitimidad. El marido tiene sesenta días para contradecir la legitimidad del hijo, este plazo cuenta a partir del nacimiento del hijo o desde el día en que se tiene conocimiento del fraude en caso de que se haya ocultado el nacimiento. Los herederos del marido, pueden contradecir la legitimación del hijo en los mismos términos que podría hacerlo el padre. Sólo en el caso del hijo nacido a los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, los herederos no podrán contradecir la legitimación, si la acción no fue iniciada por el padre.

Para determinar la filiación del hijo de la mujer viuda que contrae segundas nupcias, se siguen las reglas siguientes:

- a) Será del primer marido, cuando el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte de éste.
- b) Será hijo del segundo marido, cuando el hijo nazca doscientos diez días después de celebrado el matrimonio.

La filiación de los hijos se demuestra por el acta de nacimiento o por la posesión de estado de hijo legítimo. Si un hijo ha sido reconocido constantemente legítimo, la posesión de estado de hijo será probada, además si concurre en las circunstancias siguientes:

- a) Que el hijo haya usado el apellido del que pretende ser su padre, con la autorización de éste.

- b) Que el padre le haya tratado como a un hijo legítimo, y lo haya proveído de subsistencia, educación y establecimiento.

Si el hijo pretende la filiación legítima, debe de acreditar: el matrimonio de la madre con la persona de quien pretende ser hijo legítimo, el nacimiento durante el tiempo del matrimonio o los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, y la identidad personal con el hijo nacido del matrimonio de que se trata.

La acción del hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus herederos, los cuales podrán ejercer esta acción si el hijo murió antes de cumplir veinticinco años o cayó en demencia antes de cumplir esta edad y murió en el mismo estado.

Sólo los hijos naturales pueden ser legitimados y el único medio de legitimación es el matrimonio subsiguiente de los padres. Los hijos naturales son los concebidos fuera del matrimonio, en tiempo en que el padre y la madre podían casarse. Para legitimar al hijo, los padres deben reconocerlo antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto o durante éste. Los hijos legitimados tienen el mismo derecho que los legítimos.

El reconocimiento de un hijo natural producirá efectos, si se hiciere de los modos siguientes:

- a) En la partida de nacimiento, ante el Juez del registro.
- b) Por acta especial ante el mismo Juez.

- c) Por escritura pública.
- d) Por testamento.
- e) Por confesión judicial directa y expresa.

La investigación de la paternidad de los hijos fuera de matrimonio, está absolutamente prohibida ya sea a favor o en contra del hijo. La maternidad por el contrario, el hijo puede investigarla cuando tiene a su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla y que la mujer cuya maternidad se reclame, no esté ligada con un vínculo conyugal al tiempo del reconocimiento.

Cuando la madre contradice el reconocimiento que un hombre hace o pretenda hacer, bastará su contradicción para invalidar el reconocimiento.

El hijo reconocido tendrá derecho a llevar el apellido de quien lo reconoce, a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria señalada por la ley.

En 1882 el presidente Manuel González nombró una comisión revisora del Códigos Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ésta revisión trajo como consecuencia reformas que fueron autorizadas el 14 de diciembre de 1883 por el Congreso para que el Ejecutivo las llevara a cabo, así el 12 de mayo de 1884 es promulgado el nuevo Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja

California, tuvo vigencia hasta 1932, año en el cual entra en vigor el Código Civil que actualmente nos rige.

El Código de 1884 fue una reproducción del anterior, las modificaciones que se dan en este nuevo ordenamiento son: la libertad de testar, la interdicción desaparece, el divorcio se da por mutuo consentimiento sin disolución del vínculo y se suprime la revocación de donaciones por herederos forzosos.

El título que se refiere a la paternidad y a la filiación prácticamente no sufre ningún cambio, salvo el caso del artículo 324 del Código Civil de 1870, que equivale al artículo 300 del Código Civil de 1884, el cual se refiere a la filiación del hijo de la viuda que contrae segundas nupcias, se le agrega una tercera regla y queda como sigue:

“Artículo 300. Si la viuda contrajere segundas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 287, la filiación del hijo que naciere, celebrado el segundo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

- I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio, si nace dentro de los doscientos diez días inmediatos a la muerte de éste. El que niegue la legitimidad en este caso, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido:*
- II. Se presume que es hijo del segundo marido, si nació después de los doscientos diez días, contados desde la celebración del matrimonio:*

III. *Se presume que es hijo natural si nació después de los doscientos diez días siguientes a la muerte del primer marido y antes de los doscientos diez días contados desde la celebración del segundo matrimonio.*³⁴

Durante la revolución, el Derecho Civil tuvo muchas modificaciones, el 29 de diciembre de 1914 se promulgó la Ley del Divorcio y el 9 de abril de 1917, Carranza expide la Ley Sobre Relaciones Familiares que sustituyó todo el libro de Derecho de Familia del Código Civil. Esta ley según Jorge Magallón, dio un nuevo perfil a la constitución jurídica de la familia.³⁵

La Ley Sobre Relaciones Familiares, en materia de filiación tuvo algunos cambios la mayoría los observamos en su redacción, pues tuvo que ajustarse a la figura del divorcio al igual que el contenido de algunos preceptos.

El precepto que se refiere a la filiación de los hijos de las mujeres que contraen segundas nupcias es nuevamente modificado, pues ahora se refiere a las mujeres viudas o divorciadas y las reglas para determinar la filiación de los hijos que se encuentran en esta hipótesis también cambian.

³⁴ *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.*

³⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. Op. Cit. P.86.

Se considera hijo del segundo matrimonio al que nace después de doscientos setenta días de contraído el segundo matrimonio, y no después de doscientos diez días como señala el Código de 1884.

Se presume hijo del primer marido, al que nace antes del término arriba señalado, pero dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Se agrega una regla más y queda como sigue:

“III. Se presume que el hijo es del primer marido, si naciere después de 270 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los trescientos días que siguieron a su disolución y antes de los 180 días de contraído el segundo. El que negare su legitimidad en este caso y en el anterior, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del primer marido;”³⁶

La presunción del hijo natural queda como cuarta regla y se modifican los términos que señala el Código Civil de 1884, el hijo natural será el que nazca después de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio y dentro de los ciento ochenta siguientes a la celebración del segundo matrimonio. Esta ley señala que pueden existir casos que no estén comprendidos en las reglas establecidas por este precepto, así que éstos se resolverán conforme a las reglas anteriores y las que se refieren a los hijos legítimos (artículo 143 LSRF).

³⁶ Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

El Código Civil de 1884 tiene un capítulo que se refiere a la legitimación y otro que señala el reconocimiento de los hijos naturales y de la designación de los hijos espurios. La Ley Sobre Relaciones Familiares agrega un capítulo y queda de manera siguiente: De la legitimación, De los hijos naturales, y Del reconocimiento de los hijos naturales.

El capítulo “De la legitimación” de ambos ordenamientos queda prácticamente igual, salvo el precepto que señala cuáles son los hijos naturales, el cual encabeza el capítulo “De los hijos naturales” de la Ley Sobre Relaciones Familiares, seguido del precepto que prohíbe terminantemente la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos naturales.

El capítulo “Del reconocimiento de los hijos naturales”, de la Ley Sobre Relaciones Familiares, es la parte que tiene más cambios. En su artículo 188 señala que: *“el reconocimiento es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera del matrimonio.”* De los códigos que se han estudiado, esta ley es la primera que da un concepto de reconocimiento, al menos en materia de filiación.

A diferencia de los códigos anteriores, esta ley sólo otorga al hijo reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo reconoce.

Además de los cambios antes señalados, la Ley Sobre Relaciones Familiares establece que la mujer casada no podrá reconocer al hijo natural que haya tenido antes de contraer matrimonio sin el consentimiento de su marido. Contrario a esto, el marido puede reconocer al hijo, pero no podrá llevarlo a vivir al domicilio conyugal sin la autorización de su esposa. Cuando el padre ha desconocido a su hijo natural, el marido de la madre podrá reconocerlo.

Cuando los padres reconozcan al hijo en el mismo acto y éstos no se pongan de acuerdo en quién ejercerá la patria potestad, el Juez después de escuchar a los padres y al Ministerio Público, resolverá de acuerdo a los intereses del menor.

El Código Civil de 1928 fue promulgado el 30 de agosto del mismo año con el título de Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, se publicó en el Diario Oficial del 26 de mayo, el 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Entró en vigor el 1º de septiembre de 1932, por decreto del 29 de agosto del mismo año.

Dentro de las innovaciones de este código encontramos la igualdad de capacidad jurídica del hombre y la mujer, entre muchas otras. Respecto de la filiación, observamos los cambios siguientes.

Las reglas que establecen la filiación de los hijos que nacen después de contraído el segundo matrimonio, vuelve a modificarse y

quedan tres: I. Es hijo del primer matrimonio el que nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, II. Es hijo del segundo matrimonio si nace después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, III. Son hijos nacidos fuera del matrimonio los que nacen antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de los trescientos días de la disolución del primero.

Establece en un artículo nuevo (en relación con la Ley Sobre Relaciones Familiares), que la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

El hijo que es reconocido cuando éste es menor de edad, tiene el derecho de reclamar contra dicho reconocimiento al llegar a la mayoría de edad, en las legislaciones anteriores a este código tal acción tenía un término de cuatro años, ahora es de dos.

La investigación de los hijos fuera del matrimonio es permitida en los casos siguientes:

- I. En los casos de raptó, violación o estupro, cuando la época de la concepción coincida con la del delito.
- II. El hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre.

- III. Cuando el hijo fue concebido durante el tiempo que la madre habitaba con el pretendido padre.
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Por primera vez, este código menciona a los hijos de los concubinos y se presumen como tal:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Nuevamente, el hijo reconocido por ambos padres, o por uno de ellos, adquiere el derecho de llevar el apellido de quien lo reconoció, a ser alimentado por el mismo y ha percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley, los dos últimos negados por el ordenamiento anterior a éste.

El Código Civil para el Distrito Federal que rige actualmente, además de permitir las pruebas ya establecidas por los códigos anteriores para contradecir la presunción establecida en el artículo 324 (hijos de los cónyuges), permite las pruebas que la ciencia pueda ofrecer.

No permite que se impugne la paternidad de los hijos que la cónyuge haya concebido durante el matrimonio mediante las técnicas de

fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso de tales métodos por parte del marido.

El artículo 328 desaparece, este precepto en el texto del código de 1928 impedía al padre a desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y establecía las condiciones bajo las cuales no se podía desconocer al hijo.

La acción en cuestión de la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, no podrá ser ejercida, si el cónyuge consintió en el uso de métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

El artículo que establece las reglas para determinar la filiación del hijo nacido de la mujer que contrae segundas nupcias, después de sufrir diversos cambios de un código a otro, es derogado en la legislación actual.

El artículo 338 establece que no puede haber transacción ni árbitros en la filiación, ahora el mismo precepto define a la filiación como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, mismos que forman el núcleo social primario de la familia.

Algo que muestra un gran avance en la regulación de la filiación es el contenido del artículo 338 bis, el cual establece que no hay distinción entre los derechos de la filiación cualquiera que sea su origen.

El precepto que se refiere al hijo nacido de padres que han vivido públicamente como marido y mujer y que por determinadas causas éstos no pueden demostrar sus nupcias, queda derogado.

Para que los herederos del hijo puedan ejercer la acción que compete al hijo para reclamar su estado, es necesario que éste muera antes de cumplir veintidós años y no veinticinco como se establecía anteriormente.

Aparecen tres artículos 353 bis, ter, quárter los cuales establecen que los hijos reconocidos posteriormente adquieren todos los derechos desde la fecha de nacimiento que conste en la primera acta. De este mismo derecho gozarán los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes; y lo hijos no nacidos, si el padre reconoce al hijo de la mujer embarazada.

El capítulo “De la legitimación” es derogado en su totalidad.

En cuanto al reconocimiento de los hijos. Desaparece el artículo que establece la filiación del hijo respecto de la madre, por el hecho del nacimiento, y respecto del padre por el reconocimiento voluntario o judicial. En su lugar queda un precepto que señala: La filiación también se establece por el reconocimiento de los padres o por sentencia ejecutoriada que así lo declare. Este artículo en comparación con el texto anterior deja entrever que la filiación del hijo respecto a la madre ya no

se determina por el hecho del parto como lo asegura el principio “mater semper certa est”.

El artículo 368 establece que el reconocimiento puede ser contradicho por: el Ministerio Público, cuando ocasione perjuicio al menor; el progenitor, para efectos de la exclusión de quien lo haya hecho indebidamente; además del tercero afectado por el reconocimiento ilegal.

Los cónyuges podrán reconocer a los hijos nacidos fuera del matrimonio sin el permiso del otro cónyuge, anteriormente este derecho lo tenía sólo el hombre, la mujer debía contar con la autorización de su marido. La norma que establece la necesidad del permiso del cónyuge para llevar al vivir al hijo al domicilio conyugal, sigue vigente en el mismo precepto.

Los artículos 380 y 381 se refieren a quién tendrá la guarda y custodia del hijo reconocido por ambos padres. El texto de ambos permanece igual, sólo se cambió el término de patria potestad por el de guarda y custodia, que es el más correcto.

El artículo 382 sufre un gran cambio, pues ahora establece que la paternidad y la maternidad se probarán por cualquier medio ordinario, o cualquier prueba biológica o que provenga de los avances científicos y si el progenitor se niega a realizarse la prueba, se presumirá que es el padre o la madre, salvo que se demuestre lo contrario.

Del texto del Código Civil de 1928 al texto del actual Código Civil para el Distrito Federal podemos notar que la designación de los hijos de matrimonio y los hijos naturales o fuera del matrimonio ha desaparecido, pues actualmente nuestra legislación les ha concedido igualdad tanto en derechos como en obligaciones. También se toman en cuenta los avances de la ciencia como medios para probar la paternidad y la maternidad y las técnicas de fecundación asistida se empiezan a hacer notar en las normas que regulan la filiación.

A través del estudio de los Códigos Civiles que han regido en México, observamos que han sido modificados en atención al contexto social que se vive y actualmente, podemos decir que las disposiciones legales que norman a la filiación no son tan rígidas ni cerradas en comparación con la legislación anterior, incluso con la de otros países que también han modificado sus leyes para estar más acordes con su época actual y dejar en el pasado la severidad con la que se trataba a los hijos según el origen de su filiación, la cual los condenaba en la sociedad.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS MÉDICOS Y JURÍDICOS FUNDAMENTALES Y SU NOCIÓN A TRAVÉS DE LA HISTORIA

La medicina ha dado un salto gigantesco en el tratamiento de los trastornos de reproducción por las posibilidades de congelación, almacenamiento y manipulación del material genético y el desarrollo acelerado de las técnicas de concepción o reproducción asistida, éstas han protagonizado enconados debates legislativos debido a las implicaciones éticas y legales de las mismas.

Las técnicas de reproducción humana, de concepción o reproducción asistida son el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. *“Es el conjunto de procedimientos diversos que implican intervención médica en algunas de las fases reproductivas.”*³⁷

SEMBLANZA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MEDIANTE PROCESOS NO NATURALES

Médicos y científicos buscan a través de las técnicas de reproducción asistida satisfacer a las parejas que por alguna razón no han

³⁷ www.congreso.gob.pe

podido lograr el deseo de reproducirse. La Medicina en sus inicios fue totalmente naturista, así también las enfermedades eran un designio de la Naturaleza y sólo los dioses podían combatirlas a través de los hombres. Todos los intentos que el hombre hacía por arreglar los “errores” de la Naturaleza eran concebidos como una intromisión, pues sólo los dioses podían subsanar lo malo, cuando no lo hacían era porque no querían y por tanto el hombre debía de respetar y aceptar las voluntades superiores.

El tiempo pasa y la Medicina cambia, el curador es el intermediario entre la divinidad y el enfermo, éste contaba con dispensas para contrariar los desvíos de la Naturaleza. Posteriormente, el cultor de la Medicina una vez conocedor de la Naturaleza se desprende de la dependencia divina y asume el papel de colaborador de aquella con la pretensión de ser su sustituto. El hombre de hoy ha tocado los terrenos de la reproducción humana y ante la posibilidad de que llegue a ser amo y señor de ellos, los guardianes de la moralidad se levantan para despertar las conciencias en defensa de los valores y principios fundamentales para la preservación de la dignidad del hombre y de la especie.

El origen de la procreación asistida lo encontramos con Ludwing Jacobi, quién en 1765 practicó la inseminación artificial en el mundo animal, en los peces para ser más específicos. Años después Spallanzani inseminó una rana y para finales del siglo XIX una perra de la que nacieron tres crías.

María Cárcaba Fernández asegura que Arnaud de Villeneuve, médico de la Edad Media, realizó la primera inseminación artificial con el espermatozoides de Enrique IV de Castilla y la esposa de éste.³⁸

En 1799, se realiza la primera inseminación artificial humana en Gran Bretaña, Hunter insemina a una pareja estéril por anomalía congénita del pene del marido, años más tarde se practica la inseminación por donante.

La inseminación artificial inicia en el mundo animal, durante la primera mitad del siglo XIX, yeguas, vacas y ovejas fueron inseminadas, para finales del siglo la técnica fue desarrollada completamente. En 1949 y 1950 la ciencia congela semen bovino con el cual se practica una inseminación artificial exitosa. Este hecho marcó un gran avance en dicha técnica, pues antes de que se pudiera congelar el semen, al realizar la inseminación artificial en humanos se convocaba a la mujer y al donante con una diferencia mínima de tiempo en el consultorio, esto implicaba que el secreto del donante quedara al descubierto.

Así, en Estados Unidos Sherman obtiene los primeros embarazos humanos con semen congelado, esto es en 1953.

³⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María “*Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*” Ed. Bosch, Barcelona, 1995. P. 13.

La inseminación artificial es la técnica de reproducción más antigua que se ha registrado, estudiaremos su concepto, tipología, los casos en que procede y el proceso de la técnica.

Inseminación artificial

Es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino sin que medie el acto sexual, a fin de producir la fecundación.

Otros conceptos los encontramos en la obra de Miguel Ángel Soto Lamadrid y son los siguientes:

“Método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.

*Introducción del semen en el interior del canal genital femenino por procedimientos mecánicos y sin que haya habido una aproximación sexual”.*³⁹

Sea cual sea el contenido de los diferentes conceptos que se han dado para definir a la inseminación artificial, todas sin excepción alguna se caracterizan por la ausencia del acto copulatorio. La técnica de la

³⁹ SOTO LAMADRID, Miguel A. “*Biogenética. Filiación y Delito*” Ed Astrea. Buenos Aires, 1990. P. 19.

inseminación artificial se divide en dos tipos: la homóloga y la heteróloga.

Inseminación artificial homóloga (IAH). Se refiere a la inseminación artificial realizada con el semen del marido. Es el método más antiguo y para ella se han utilizado diferentes procedimientos (intrusión del semen en la vagina, en el cuello uterino, etc.). Se basa en la recolección del semen, el cual se conserva en condiciones ideales hasta el momento de su empleo.

De acuerdo con Miguel Ángel Soto Lamadrid el nombre correcto de la inseminación artificial homóloga debe ser inseminación artificial cónyuge (IAC), cuando este procede del cónyuge o compañero de la mujer inseminada.⁴⁰

Inseminación artificial heteróloga (IAD). Es aquella que se realiza con el semen de un donante, generalmente anónimo. En este proceder se da la introducción de gametos de terceras personas en la unidad familiar.

Cuando nos referimos a la inseminación artificial heteróloga, según María Cárcaba Fernández podemos distinguir dos situaciones:

- a) La inseminación remedio, cuando esta es la solución a la esterilidad de una pareja.

⁴⁰ *Ibidem* P. 22.

b) La inseminación de conveniencia, es aquella que solicita la mujer que no quiere o no encuentra un padre para su hijo.⁴¹

Una tercera categoría que podemos agregar a los tipos de inseminación artificial es la *inseminación artificial mixta, confusa o combinada*, ésta según Di Cío “es la inseminación en la que se utiliza la mezcla de espermatozoides de dos o más personas.”⁴²

Esta técnica de reproducción asistida procede en los casos siguientes:

- En varones con oligoastenospermicos. Cuando el líquido seminal contiene un número reducido de espermatozoides y cuya movilidad es reducida.
- Cuando el varón se somete a un tratamiento (químico o radioterapia) que lo deje estéril, éste puede dejar previamente su semen en un depósito.
- Cuando las relaciones sexuales son imposibles por: malformación en la vagina, vaginismo, impotencia masculina, eyaculación precoz, etc.
- Cuando se trata de personas afectadas de esterilidad de tipo inmunológico.
- Cuando el varón presenta azoospermia, podemos distinguir dos tipos: *azoospermia secretora* cuando el hombre no produce

⁴¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. Op. Cit. P. 97

⁴² Citado por Miguel Ángel Soto Lamadrid Op. Cit. P. 22

espermatozoides y *azoospermia excretora* cuando los conductos secretores están ausentes u obstruidos.

La inseminación artificial puede realizarse con semen fresco o congelado, este último presenta mayor garantía de calidad de acuerdo con los estudios que se le realizan antes de su congelación, cuando se trata de semen fresco la inseminación debe ser inmediata, pues una vez obtenido debe ser utilizado entre los treinta o sesenta minutos siguientes a la eyaculación de lo contrario su poder para fecundar disminuye y a las tres horas desaparece.

El espermatozoide se obtiene por masturbación o masajes en las vesículas seminales, posteriormente se recoge en un recipiente estéril, se deja por unos minutos para obtener su licuefacción. Después se procede a eliminar el plasma seminal esto es por dilución y centrifugación y luego se realiza una selección mínima de los espermatozoides de acuerdo con el procedimiento siguiente: al sedimento obtenido después de la centrifugación se le añade un medio de cultivo artificial, que contiene proteínas de gran tamaño (albúmina o suero sanguíneo), éstas son necesarias para la capacitación de los espermatozoides, después de algunos minutos, los espermatozoides que se encuentran en la superficie son los que se seleccionan, pues quiere decir que son los más activos. Este procedimiento se hace con una muestra de la espermatozoide recogida, cuando se está ante un caso de oligospermia, el procedimiento se aplica a la totalidad del espermatozoide recogido.

Ya que ha concluido este proceso, el siguiente paso es introducir los espermatozoides en la vagina. Cuando el espermatozoide se va a congelar, debe ser preparado, una vez que ha pasado por el proceso antes descrito, se le añade un antibiótico, un diluyente y un gel por medio de un método bien codificado, así se evita que se formen cristales que lesionen los espermatozoides. La duración del semen congelado es indefinida sin que su calidad se altere, la descongelación se realiza al momento de su empleo y es por recalentamiento progresivo: diez minutos a temperatura ambiente y diez en baño maría a 35 – 37° C.

Si estamos ante espermatozoides vigorosos, bastará colocarlos al fondo del canal vaginal, si se realiza en la época de la ovulación, en mujeres sin deficiencia funcional u orgánica, el resultado será exitoso.

Ricardo Ash, médico argentino, ideó la técnica de *transferencia intratubárica de gametos (TIG)*, consiste en captar los óvulos a través de laparoscopia y, al mismo tiempo el espermatozoide del marido. Ambos gametos se colocan en una cánula (debidamente preparados) y se introducen en las trompas de Falopio. Los espermatozoides penetran los óvulos para formar el embrión, éste descenderá dentro de las trompas hasta llegar al útero, así la concepción se produce íntegramente en el cuerpo de la mujer.

En la inseminación intraperitoneal, el semen se coloca en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa, este tipo de inseminación es común cuando los espermatozoides no alcanzan a

atravesar el moco cervical o cuando el semen no es bueno en cantidad o calidad.

Hasta aquí me he referido a la inseminación artificial, continuaré con la exposición de la Fecundación *in vitro*, otra técnica de reproducción asistida igual de importante que la anterior.

La fecundación de un óvulo humano por un espermatozoide llevada a cabo en el laboratorio, ocurre en la década de los 70. Robert G. Edwards, fisiólogo, y Patrick Steptoe, ginecólogo, familiarizados con el comportamiento del embrión humano, decidieron implantarlo en el útero de mujeres infértiles por causa de obstrucción o la ausencia de las trompas de Falopio. El éxito buscado se logra en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, embrión producto de la unión del óvulo aportado por Lesley Brown con el esperma de su esposo Gilbert John Brown, este fue uno de los hechos biológicos que sirvieron para consolidar la Bioética como una disciplina defensora de los valores morales de la especie humana frente a los eventuales desvíos de la ciencia, ya que este hecho es considerado como el más audaz en toda la historia de la reproducción humana.

Antes de Edwards y Steptoe, el método se practicó en 1961 con conejos y vacas, en los seres humanos las primeras tentativas se registran en 1944 en Estados Unidos, y en la URSS en 1958.⁴³

⁴³ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. Op. Cit. P. 21.

El 3 de octubre de 1978, en Calcuta un matrimonio recibe a su primogénito concebido por método parecido al de Louis Brown. Después se notició la congelación de óvulos, posterior a esto surge la cuestión de la inseminación artificial post mortem y la transferencia de embriones huérfanos o donados.

Fecundación in vitro

“Consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, se crea un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario y es transferido al útero de la que va a ser su madre antes del decimocuarto día desde la fecundación, sin contar el tiempo en el cual pudo estar crioconservado.”⁴⁴

Esta técnica consiste en realizar la fecundación en un laboratorio, cuando este proceso (que se efectúa en las trompas de Falopio) se ve impedido debido a obstáculos que se localizan en el organismo de la mujer y que al ser insuperables no permite que este fenómeno se realice dentro de su cuerpo.

La fecundación in vitro surge con la intención de hacer posible una maternidad imposibilitada por obstrucción o ausencia de las trompas de Falopio, aunque pueden darse otras hipótesis. El equipo que se necesita para emplear esta técnica es altamente sofisticado además de que se debe contar con un buen equipo biomédico especializado.

⁴⁴ Ibidem P. 137

Al igual que la inseminación artificial, la fecundación in vitro se clasifica en homóloga y heteróloga, la clasificación varía según la procedencia de los gametos que se utilizan los cuales pueden ser propios de la pareja que solicita la técnica o donados, sin embargo, ante esta técnica de reproducción asistida las hipótesis que se pueden dar respecto a esta clasificación son numerosas como también numerosas son las cuestiones legales que de ellas derivan.

La fecundación in vitro procede en los casos siguientes:

- Por causas de esterilidad femenina, en este caso puede tratarse de: obstrucción de las trompas, trastornos en la ovulación, lesiones en el cuello uterino y alteraciones en el moco cervical.
- Por infertilidad de la mujer, es decir, la incapacidad de la mujer para detener el cigoto y llevar a cabo la gestación.
- Cuando la mujer es estéril e infértil.
- Cuando el hombre presenta oligozoospermia y astenozoospermia. En este caso se recomienda la inseminación artificial.

La técnica de la fecundación in vitro básicamente se realiza en tres pasos:

- a) La obtención del óvulo u óvulos, extraídos de la cavidad abdominal.
- b) La fecundación, es decir, el contacto del óvulo con los espermatozoides así como sus primeras divisiones.
- c) La transferencia del embrión al útero.

El óvulo se extrae del folículo, justo antes de la ovulación. Las descargas ovulatorias actualmente se pueden detectar con mucha precisión lo cual hace posible la extracción del óvulo en su debido momento. La extracción se realiza en el transcurso de una cilioscopia bajo anestesia general: una larga aguja es guiada por un aparato óptico introducido en la cavidad abdominal, que permite el examen del ovario; el contenido folicular es aspirado por la aguja. El producto de la aspiración es examinado por medio de una lupa binocular, ésta permite recoger el óvulo con mayor facilidad.⁴⁵

Este procedimiento puede ser sustituido por laparoscopia con anestesia epidural o por una punción folicular transvaginal dirigida por una ecografía.

El óvulo maduro se pone en contacto con el esperma, para que éste lo penetre y se realice la fecundación, esto puede ocurrir en 7 u 8 horas después de poner los gametos en contacto. Ya que se ha formado el huevo, se conservará con las sustancias necesarias las cuales deben de imitar lo más posible a los líquidos biológicos de la trompa o del útero para que la fecundación tenga éxito. La primera segmentación ocurre entre las 25 y 35 horas después de la inseminación *in vitro*, transcurridas 48 horas el huevo contara con cuatro blastómeros y ocho antes de las 72 horas, momento en el cual se debe de realizar la reimplantación. Si se pretende la congelación del embrión, se deja desarrollar más sin que llegue a los 14 días de desarrollo.

⁴⁵ SOTO LAMADRID. Miguel A. Op. Cit Pp. 37 y 38.

La transferencia del huevo o cigoto se realiza por un fino catéter el cual se introduce en el útero, así el huevo se deposita en la mucosa uterina con una pequeña cantidad del líquido de cultivo.

Pueden transferirse de 3 a 4 embriones, para que la implantación de algunos de ellos sea más factible.

Una vez hecha la transferencia, las divisiones subsecuentes se realizarán en el útero, al implantarse se iniciará el embarazo.

La congelación de los óvulos no es tan viable como la de los gametos masculinos, por tanto se tiende a crionizar los cigotos sobrantes con el fin de crear una reserva y evitar el procedimiento antes descrito. El empleo de estos cigotos ofrece las hipótesis siguientes:

- Reserva en caso de que la implantación haya fracasado.
- Donación o venta de embriones a mujeres estériles.
- Maternidad subrogada en caso de infertilidad.
- Estudios científicos para después abandonarlo.
- Muerte del compuesto celular en caso de malformaciones graves.

Observamos que la inseminación artificial y la fecundación in vitro son las principales técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo existen otras técnicas que se derivan de aquellas y a las cuales me refiero a continuación.

Lavado uterino

Esta técnica consiste en depositar el espermatozoides del futuro padre en el útero de la mujer que se ofrece a donar su óvulo, una vez que ha sido fecundado se retira con una solución salina y se traslada al útero de la mujer receptora. Este método también ha sido llamado *adopción prenatal*, pues la mujer receptora será la que reconocerá al hijo como propio.

Transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT)

Es una combinación de la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos. Se realiza la fecundación in vitro y los embriones obtenidos se transfieren directamente a las trompas de Falopio por el mismo mecanismo que se emplea en la TIG (o GIFT sus siglas en inglés).

En relación con los métodos utilizados para introducir gametos o un embrión en el aparato genital de la mujer, podemos concluir que las técnicas de reproducción humana se dividen en tres grupos:

1. Procedimientos que conllevan a la obtención de uno de los gametos (masculino o femenino) y su transferencia posterior al cuerpo humano.
2. Procedimientos que implican la obtención de ambos gametos y su transferencia al cuerpo humano, donde tiene lugar la fecundación.
3. Procedimientos que llevan consigo la fecundación in vitro y posterior transferencia de los embriones al cuerpo humano.

CONCEPTOS MÉDICOS FUNDAMENTALES

Maternidad

Como todo concepto elemental, la maternidad no mereció mayor atención en cuanto a su definición hasta que los avances tecnológicos y científicos, como la reproducción asistida, conmovieron no sólo su concepto sino su naturaleza misma.

Madre viene del latín *matrem* y “*se refiere a la mujer o hembra que ha tenido uno o más hijos.*”⁴⁶ El Diccionario de la Lengua Española define como madre “*a la hembra que ha parido o la hembra respecto de sus hijos.* Entre otras acepciones agrega: *matriz donde se desarrolla el feto.*”⁴⁷

De ahí que la concepción clásica de la filiación materna siga el principio “*mater semper certa est*”, pero con las técnicas de fecundación asistida surgen diversas interrogantes, la más importante: ¿Qué es la maternidad, cuando las técnicas de reproducción asistida participan a dos o tres mujeres en el nacimiento de un hijo?

La ciencia médica define a la maternidad como “*la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre.*” Y a su vez distingue como “*la maternidad gestacional a quien ha llevado a cabo la gestación.*”⁴⁸

⁴⁶ “*Pequeño Larousse Ilustrado*” 5ª ed., Ed. Larousse, Colombia, 1999. P. 625.

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA “*Diccionario de la Lengua Española*” 21ª ed., Ed. Espasa- Calpe, España, 1992. P. 1288

⁴⁸ “*Diccionario de Medicina*” Ed. Espasa Siglo XXI, España, 2000.

Por otro lado, el diccionario Larousse establece que la maternidad *“es el estado o calidad de madre”* y adelante agrega: *“Periodo de la vida de la mujer comprendido entre el comienzo de la gestación y el momento del parto.”*

Hasta aquí, la ciencia médica determina la maternidad por la procedencia del óvulo y hace una distinción de la maternidad gestante, pero esto no responde a la pregunta formulada párrafos arriba, pues la maternidad sigue radicada en dos mujeres de las cuales no podemos señalar quién es la madre.

La dotación genética y el medio materno son factores igualmente necesarios y si los separamos resultan ser insuficientes para la existencia del ser humano. Para que ese nuevo ser exista es necesario la fecundación del óvulo, pero también necesita la cavidad materna para su desarrollo. El ser en el útero es la condición *sine qua non* para que exista un cuerpo animado.

Ahora bien, si madre es aquella mujer que ha parido, pues en ello coinciden las definiciones, y además la mayoría de las legislaciones dicen que maternidad equivale al parto, pues por éste se determina, la maternidad corresponde a la mujer gestante.

Cuando estamos ante un hijo gestado subrogadamente, el examen genético que se le haga mostrará que sus padres biológicos son aquéllos

que aportaron los gametos, pero ¿existe la posibilidad de que la sangre de la madre de útero marque al hijo acogido en sus entrañas por nueve meses? o ¿recibe influencia (de cualquier tipo) por parte de la madre gestante durante este tiempo?

Según Francese Abel, sacerdote jesuita y bioeticista, *“es posible pensar que el cigoto no posee todas las informaciones necesarias para dirigir el desarrollo pre-embriionario y embriionario, ni aún en la forma potencial. En el proceso de diferenciación se hace necesaria una interacción entre el sistema macromolecular de la madre y del embrión, y se establece así una información recíproca. Si la información que recibe la madre del sistema macromolecular del embrión no es diferenciante pues el sistema materno ya está diferenciado, la que recibe el embrión, en cambio, puede tener carácter transformante pues su sistema se encuentra en diferenciación. Con esta teoría Abel pretende afianzar el concepto de que para la constitución del ser humano es imprescindible la información extracigótica, que proviene de la madre.”*⁴⁹

Silvia Turbet señala que *“la maternidad es un conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina: la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza en el cuerpo de la mujer, en tanto trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones.”*⁵⁰

⁴⁹ www.encolombia.com

⁵⁰ TURBET, Silvia *“Figuras de la Madre”* Ed. Cátedra, Madrid, 1996. P. 8.

La construcción histórica de la maternidad como equivalente a la reproducción de la especie y como único sentido de la existencia femenina entraña una doble falacia, pues la categoría de la madre no agota a la de mujer y, la maternidad no excluye la totalidad de la reproducción, pues la fecundidad además de requerir de los gametos femeninos, requiere también de los masculinos.

Así no sólo las condiciones biológicas determinan la maternidad, también influyen las condiciones sociales, económicas y políticas, pues en la vida social la función materna además de la concepción, gestación, parto y lactancia, se ocupa casi de manera exclusiva de la crianza de los hijos.

Visto desde la ciencia médica, la madre será quien aporte el óvulo, algo con lo que no estoy de acuerdo, pues la maternidad no se puede determinar por ese sólo hecho.

Infertilidad y esterilidad

La incapacidad para procrear, puede residir en el hombre o en la mujer. Durante muchos siglos se creyó que la mujer era la única culpable de la esterilidad conyugal. De ahí que fuera despreciada y repudiada por su esposo, y por toda la sociedad.

En la antigua Mesopotamia al hombre le era permitido adquirir una segunda mujer cuando la primera era estéril. En la Grecia clásica, la

esterilidad era producto de los dioses⁵¹. Fue necesario que se hiciera luz en torno de la reproducción para que se aceptara que el hombre también podía estar comprometido. En 1750 Von Gleichen Rusworm demostró que la ausencia de espermatozoides era un factor de esterilidad matrimonial. Aún más, estableció una relación directa entre anomalías del semen y los defectos congénitos.⁵²

Comúnmente, los términos esterilidad e infertilidad se emplean como sinónimos, pero no lo son. La esterilidad masculina o femenina, imposibilita definitivamente la concepción, la infertilidad no implica imposibilidad definitiva.

Esterilidad es la incapacidad para concebir, e infertilidad es la incapacidad de la mujer para conseguir, después de quedar embarazada, que las gestaciones concluyan en nacimientos de hijos viables. En la bibliografía inglesa esterilidad e infertilidad se consideran sinónimos.⁵³

Se conoce por esterilidad la ausencia de la fecundación y por infertilidad la incapacidad de una mujer de llevar un producto a la viabilidad ya sea por aborto, parto inmaduro o prematuro o por óbito fetal.⁵⁴

⁵¹ *"Descripción de Grecia"* Vol. 1 Ed. Orbis, Barcelona. 1986. P. 27.

⁵² www.encolombia.com

⁵³ MUCIO AGUADA, Ángel M. (editor) et al. *"Ingeniería Genética y Reproducción Asistida"* Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989. P. 64.

⁵⁴ *"El Manejo de la Pareja Estéril"* IMSS, México, 1975. P. 11.

Vemos en los párrafos anteriores que la esterilidad es la imposibilidad definitiva para concebir y que en la infertilidad se tiene la capacidad de concepción pero no de llevar hasta el final la gestación. Entonces la diferencia entre una y otra radica en que, en la esterilidad no hay producción de gametos, en la infertilidad hay gametos, pero no la capacidad para concebir, gestar o dar fin al embarazo.

Se habla de la esterilidad involuntaria *“después de un año de intentar y poner los medios para procrear.”*⁶⁵ La esterilidad la puede presentar el hombre y la mujer por tanto cuando ésta se detecta ambos deben someterse a estudios, pues 5 son las causas de la esterilidad.

- Factores generales:

Mujer: alteraciones del desarrollo, ausencia de útero o vagina, gónada.

Varón: Criptorquidia, hipospadias.

- Padecimientos genitales:

Mujer: vaginitis-cervicitis, fibromiomatosis, endometriosis, obstrucción tubaria, inflamación pélvica, tuberculosis genital.

Varón: Orquitis y/o prostatitis.

- Padecimientos sistémicos:

Mujer: hipotálamo, hipófisis, tiroides, suprarrenales, ovario.

Varón: hipotálamo, hipófisis, tiroides, suprarrenales, testículos.

- Padecimientos sistémicos:

Mujer: desnutrición, anemia, tóxicos.

Varón: alcohol, tabaco, impotencia.

⁶⁵ Ídem.

- Factores comunes que afectan a la pareja por igual:

Factor inmunológico, desajustes sexuales, degeneraciones sexuales o un índice bajo de fertilidad.

Se estima que el porcentaje de las parejas estériles de forma involuntaria oscila entre el 10 y el 15%. Las razones por las que el porcentaje de las parejas ha incrementados son las siguientes:

- a) El stress a que se encuentran sometidos los individuos por las condiciones de vida en los países industrializados.
- b) El aumento de enfermedades sexuales.
- c) Los efectos secundarios de algunos anticonceptivos.
- d) Las complicaciones que surgen tras la práctica de abortos provocados.
- e) El retraso de un embarazo, merma las posibilidades de reproducción.

También se habla de la esterilidad inexplicable, *“es aquella donde los cónyuges son, desde el punto de vista reproductor, normales.”*⁵⁶

En cuanto a la infertilidad, esta se define como *“un año de coito sin protección y sin que ocurra un embarazo.”*⁵⁷

⁵⁶ MUCIO AGUADA, Ángel M. et al. Op. Cit. P. 65.

⁵⁷ BEREK, Jonathan et. al. *“Ginecología de Novak”* 12ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2000. P. 915.

Hay dos tipos de infertilidad:

- Infertilidad primaria, en la cual no ha ocurrido un embarazo previo.
- Infertilidad secundaria, en la cual ha ocurrido un embarazo previo.

La fertilidad, como probabilidad de lograr un hijo nacido vivo dentro de un solo ciclo, se ve afectada por la edad de la mujer, pues ésta se ve reducida. La disminución de la fecundabilidad se inicia al principio del cuarto décimo de vida. El 30% de las parejas con mujeres de 35 a 45 años de edad son infértiles. La disminución de la fertilidad por causa de la edad, se atribuye a la importante disminución del número de oocitos.

También el aumento del riesgo de aborto espontáneo, es un factor que contribuye a la disminución de la fertilidad en mujeres de edad avanzada.

Pero la fertilidad no sólo se le atribuye a la mujer, el hombre llega a su fertilidad máxima cerca de los 35 años y disminuye después de los 45 años.

Las causas principales de la infertilidad son:

- Anomalías del semen.
- Trastornos ovulatorios.
- Lesión o bloqueo tubarios, adherencias paratubarias o endometriosis.

- Anomalías de la interacción entre el moco cervical y espermatozoides.
- Trastornos más raros, como anomalías uterinas, alteraciones inmunológicas e infecciones.
- En algunos casos no se identifica una causa.

Fecundación asistida

Entendemos por fecundación a la unión de las células sexuales masculina y femenina, por tanto al darle el carácter de fecundación asistida pensamos inmediatamente en las técnicas científicas para lograr dicha unión. Antes de referirme a la fecundación asistida, precisemos el proceso de la fecundación.

La reproducción es el medio por el cual el hombre busca la perpetuación de su especie, el desarrollo del hombre y la mujer son de gran importancia para dicha tarea. Para hablar de la fecundación, será necesario referirme a la anatomía genital de la mujer.

Al igual que el hombre, el aparato genital de la mujer está formado por una glándula que en este caso serán los ovarios, y los conductores excretores como la vagina, el útero y las trompas. La vagina es la cavidad que comunica al útero con el exterior, este último está capacitado para recibir el óvulo fecundado y permitir el desarrollo embrionario, el útero o matriz alojará y protegerá al nuevo ser durante el embarazo.

Cuando la mujer no se encuentra embarazada, cada mes tiene lugar el ciclo menstrual. El endometrio (o cavidad uterina) se prepara mensualmente para recibir el huevo, al no llegar éste surge la menstruación.

Los ovarios contienen miles de folículos con un óvulo o célula reproductora. Cada mes madura el folículo y el ovario expulsa al óvulo, lo que se conoce como ovulación, la cual sucede generalmente 14 días antes de la menstruación.

El óvulo es la célula que se encuentra dotada de los elementos necesarios para subsistir hasta que sea fecundada, el núcleo de esta célula contiene la herencia que la madre transmitirá a su hijo, dicha información se encuentra en forma de cromosomas.

Al momento de la ovulación, el ovario libera el óvulo el cual es succionado por las trompas de Falopio. El óvulo es apto para su fecundación a las 12 horas de haber sido expulsado, si no ocurre así, el óvulo se desintegra ya que su vida es de 48 horas.

La eyaculación o emisión del semen dentro de la vagina, también llamado esperma, contiene 100 millones de espermatozoides por centímetro cúbico. La anatomía del esperma cuenta con tres partes: cabeza, cuerpo y cola. En la cabeza se encuentra el núcleo donde se encuentra la dotación hereditaria del padre para el hijo, también en forma de cromosomas.

La fusión del núcleo del espermatozoide con el núcleo del óvulo, dará lugar a la creación de un nuevo ser.

Una vez depositados los espermatozoides en la vagina, el camino recorrido por éstos será complicado, pues se toparán con dificultades en su ascenso por los genitales femeninos. Después del coito muchos de los espermatozoides perecerán en la vagina debido a la acidez de la misma, los que logran pasar al cuello uterino se enfrentarán al moco cervical el cual sufre de variaciones, si no se está en el periodo ovulatorio la densidad del moco actuará como barrera e impedirá el paso de los espermatozoides, si por el contrario la puesta ovular tiene lugar, el mismo moco facilitará el ascenso. En el trayecto de la cavidad uterina a las trompas de Falopio, muchos de los espermatozoides se perderán, de tal forma que de los millones de espermatozoides, sólo unos miles penetrarán en las trompas. Una vez ubicados en las trompas, la mitad de los espermatozoides buscará en la trompa vacía sin encontrar nada, mientras que la otra mitad escogerá la trompa ocupada por el óvulo, sin embargo, sólo los más fuertes y dotados llegan a las inmediaciones del óvulo.

Los espermatozoides buscarán un lugar para perforar la membrana del óvulo, en cuanto la cabeza de un espermatozoide logre penetrarlo la membrana del óvulo se modifica y hará imposible la entrada de cualquier otro. Inmediatamente después de la entrada del espermatozoide al óvulo se fusionan ambos núcleos, es decir, los 23 cromosomas contenidos en el núcleo de ambas células buscarán su pareja, así obtendremos 46

cromosomas o 23 pares de cromosomas⁵⁸ que serán la dotación cromosomal normal que corresponde a una persona.

El óvulo fecundado por el espermatozoide, fusionados ya dos núcleos, recibe el nombre de huevo, a partir de ese momento será un nuevo ser humano con características propias.

Ya explicado el proceso natural de la fecundación, veamos en que consiste la fecundación asistida.

“La fecundación asistida es el conjunto de técnicas de necesario uso cuando por los métodos naturales es imposible conseguir un embarazo.”⁵⁹

Como pudimos observar al inicio de este capítulo, la fecundación asistida tiene su origen en el siglo XIX, la inseminación artificial es la primera técnica que se aplica para ayudar a las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad, le sigue la fecundación in vitro y posteriormente, técnicas que se derivan de aquellas dos. La finalidad de todas estas técnicas es una sola... lograr la fecundación cuando el organismo masculino o femenino o ambos se encuentran impedidos. Es decir, todo el proceso de fecundación antes explicado es asistido con tecnología avanzada, equipos médicos y una gran investigación científica que no siempre garantiza el éxito.

⁵⁸ Las células de cualquier punto del organismo humano, masculino o femenino, poseen invariablemente en su núcleo 46 cromosomas. El óvulo y el espermatozoide son la única excepción a esta norma

⁵⁹ www.lucrciamonteagudo.com.ar

Sustitución de matriz

Si en su inicio la fertilización in vitro fue diseñada para que el óvulo de la mujer fuera fertilizado con el espermatozoide de su marido o por el de un donante implantándose posteriormente en su propio útero, la existencia del embrión fuera del cuerpo de la mujer que aporta el óvulo, también ofreció la posibilidad de su transferencia e implantación en otra mujer que lo anida, lleva el embarazo y después del parto entrega el niño al padre genético y a su esposa, la cual puede o no ser la madre biológica.

En general a la mujer que alberga el embrión y lleva a término el embarazo se le denomina madre sustituta. Asimismo al fenómeno se le ha llamado: alquiler de matriz o préstamo de útero, maternidad subrogada, gestación de sustitución, maternidad por encargo, etc.

María Cárcaba Fernández cita en su obra la definición del Informe Warnock para referirse a la maternidad subrogada como *“aquella en la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.”*⁶⁰

Esta técnica posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, la maternidad subrogada puede darse en las hipótesis siguientes:

⁶⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María Op.Cit. P. 165.

- La pareja que solicita esta técnica aporta el material genético (esperma y óvulo), la madre sustituta recibe el embrión en su útero para llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- La madre sustituta, además de gestar y parir al hijo, aporta su óvulo para ser inseminado por el marido de la pareja solicitante o por un donador, aquí estamos ante la presencia de la madre auténtica.
- El material genético proviene de donaciones y la madre sustituta presta su útero.

En el primer caso, el hijo pertenece genéticamente a los padres, pues éstos aportan el material genético. En el segundo, el hijo contiene la herencia genética de la madre que lo gestó. En el tercero, estamos ante la presencia de una “adopción prenatal”. La maternidad subrogada muestra un desdoblamiento de la función maternal: por un lado está la maternidad genética, y por el otro la maternidad gestante. Pero aquí no para la cosa, pues esta técnica supone distintos tipos de maternidad según sea el caso en el que se aplique.

- Madre genética: aquella mujer de cuyo óvulo fecundado nació el nuevo ser.
- Madre gestacional: aquella en la que se desarrolla el embrión una vez implantado en su útero y lo lleva consigo hasta el parto.
- Madre afectiva: aquella que desarrolla una relación de amor, cariño, afecto hacia el nuevo ser propia de una relación filial.
- Madre procreacional: aquella que siente el deseo de procrear o engendrar pero que no puede hacerlo por problemas biológicos.

- Madre jurídica: aquella mujer considerada por la ley como tal (la maternidad sigue al parto).
- Madre social: aquella mujer que se obligará al cuidado y educación del hijo.

Así podemos observar que un niño puede tener hasta tres madres y dos padres.⁶¹

La técnica que se emplea en la maternidad subrogada es la fecundación in vitro, misma que se explica al inicio de este capítulo. La maternidad subrogada es una variante de la FIV. El procedimiento de esta técnica es el mismo, los gametos femeninos y masculinos se unen para lograr la fecundación en el laboratorio y el embrión obtenido en vez de implantarse en el útero de la mujer que aportó el óvulo, se deposita en el útero de la mujer que ha sido contratada para llevar a cabo la gestación y el nacimiento. También se aplica el lavado uterino.

Como dije anteriormente, la infertilidad de la mujer consiste en la incapacidad de lograr llevar hasta el fin la gestación del hijo. Cuando ésta no puede ser resuelta por vía quirúrgica o farmacológica, se recurre a la maternidad subrogada, y cuando a la infertilidad se le une la esterilidad, se recurre a la donación de un óvulo y al préstamo o alquiler del vientre.

⁶¹ www.geocities.com.

Miguel Ángel Soto Lamadrid cita en su libro diversas acepciones de la maternidad subrogada.

- *“Zannoni: se alude a la maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, se conocen casos de mujeres que aceptan ser inseminadas para concebir un hijo que al nacer entregarán al padre.*
- *Jaime Vidal Martínez: llamamos sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su marido y procrear un hijo.”⁶²*

Ambos conceptos son similares, sin embargo, la maternidad subrogada supone que el embrión es ajeno, la información genética del embrión no pertenece a la mujer que lo gesta sino a las personas que aportaron los gametos. Cuando la mujer gestante ha sido inseminada no será madre subrogada ya que el hijo es de ella y lo dará al padre biológico y a la esposa de éste para que lo adopte como su hijo.

La Iglesia Católica incluye bajo el mismo rubro de madre sustitutiva ambas hipótesis.⁶³

⁶² SOTO LAMADRID, Miguel A. Op.Cit. Pp 316 y 317.

⁶³ Ibidem. P. 318.

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

El término maternidad subrogada fue acuñado en 1981 por Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, quien fuera el primero en reclutar “mujeres criadoras” para atender la solicitud de parejas infértiles.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego surgen conflictos que deben ser resueltos en los tribunales.

Uno de los casos más nombrados fue el de “Baby M”, en 1985 el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmó el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si surgían anomalías en el feto. El 27 de marzo 1986 nace Baby M, la madre portadora se niega a dar el niño. Un juez de New Jersey da la custodia al matrimonio Stern y considera el contrato válido, la madre portadora apela ante un Tribunal Supremo y declara la nulidad del contrato, la tenencia fue a favor de los Stern. Diez años

después se reconoce a Mary como madre biológica y se le concede el derecho de visita.

En 1982, en Francia se fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción, una asociación destinada a vincular parejas estériles con madres subrogadas.

En Australia, la madre gestante se negó a entregar el niño por las consecuencias que ella experimentó durante el embarazo: *“Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando note sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir esas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”*.⁶⁴

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud les habían negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y el esperma del marido contratante. Como la legislación de aquel país prohíbe esas prácticas, el esperma viajó desde Tokio a San Francisco donde se fertilizaron 17 óvulos transferidos a una mujer de 30 años.

En Italia, una mujer da a luz a su hermano, ante la imposibilidad física de su madre quien deseaba un hijo de su nueva pareja.

⁶⁴ www.revistapersona.com.ar

En Roma se autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler, debido a que la mujer presentaba una malformación en su aparato genital y se encontraba impedida para llevar a cabo el embarazo. La pareja recurrió a la FIV y congeló sus embriones en espera de una madre sustituta, cuatro años después fueron implantados.

Julie Garber, joven estadounidense, en 1995 se le diagnosticó cáncer así que decide congelar sus óvulos inseminados por espermatozoides de un donante para preservar la futura maternidad que podría resultar dañada. En 1996 Julie fallece, en su testamento deja expresa su voluntad para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer: Sra. Veloff.

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Filiación procedente de subrogación de la matriz mediante la prestación del servicio

Determinar la filiación materna cuando el hijo ha sido gestado por otra mujer que no es su madre genética resulta difícil. La ciencia médica establece la maternidad por la relación del óvulo fecundado, es decir, la madre será aquella que aporta el material genético. La ciencia jurídica determina la maternidad por el hecho del parto, es decir, la madre será quien dé a luz al nuevo ser.

La maternidad subrogada implica a dos mujeres en el nacimiento de un hijo, mientras la madre gestante entregue el hijo a la pareja que para tal efecto la contrato no existe mayor problema, pero cuando la ciencia médica y la jurídica no se han puesto de acuerdo en cuanto a determinar la maternidad conforme a un solo criterio, ¿qué pasa cuando la madre gestante no quiere entregar al hijo?, ¿cuál de las dos madres tiene el derecho de cuidar y educar al hijo, es decir, a quedarse con él?

Párrafos anteriores nos referimos a las hipótesis que se pueden dar con la maternidad subrogada. Cuando la madre gestante es inseminada con el semen del esposo de la pareja solicitante, estamos ante la verdadera madre. En esta hipótesis no encontramos mayor problema para determinar la filiación materna, pues la mujer que aporta el óvulo y la gestante descansa en la misma persona.

Cuando los gametos (el femenino y el masculino) han sido donados a la pareja estéril, es decir, no pertenecen a ninguno de ellos, por razón lógica la maternidad corresponde a la mujer que lo gesta, pues ella es quien asume los riesgos del embarazo, así como los cuidados que una mujer en cinta debe observar. Al ser ajena la información genética del hijo respecto a los padres procreacionales (aquellos que tienen el deseo de ser padres y se ven impedidos por la naturaleza para serlo) y a la madre gestante, ésta última se ve favorecida por el principio jurídico que reza: la maternidad se determina por el parto.

Pero la situación es diferente cuando el óvulo fecundado pertenece a la mujer que solicita los servicios de una madre sustituta, pues desde el punto de vista médico la madre será quien aporta el óvulo, pero desde el punto de vista jurídico la madre es quien dio nacimiento al hijo. Al no ponerse de acuerdo ambas ciencias ¿cuál es el criterio que se debe seguir para establecer la maternidad?

En países como España o Italia, entre otros, la maternidad se determina de acuerdo con el principio romano *"mater semper certa est"* el cual establece la maternidad por el hecho del parto. Así, la madre será aquella que parió al hijo y si la pareja solicitante desea tener un vínculo filial con el hijo, tendrá que hacerlo mediante el trámite de la adopción. Cabe hacer mención que los países antes citados no permiten acuerdos sobre maternidad subrogada.

De acuerdo con esta exposición la filiación procedente de la subrogación de matriz se establece por la adopción, pues independientemente de que los gametos pertenezcan a la pareja solicitante, a uno de ellos o sean donados, la maternidad se establece por el parto y si la pareja contratante quiere al hijo, lo tendrán por el trámite de la adopción, si es que la madre gestante les entrega al hijo, pues legalmente éste es hijo de aquélla y así se ha resuelto en los países donde han surgido este tipo de controversias. Aunque también se toma en cuenta otras circunstancias que determinan el ambiente adecuado para el desarrollo del menor como fue el caso de "Baby M".

Validez del contrato de servicio

Por legalidad se entiende: "*Calidad de legal de un acto, contrato o situación jurídica*".⁶⁵ Legal se refiere: "*Ajustado a la ley*".⁶⁶

En razón de lo anterior, la ley requiere para la eficacia de un contrato elementos necesarios para su existencia: consentimiento, objeto y en algunos casos la solemnidad; y requisitos de validez que son: capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley y objeto, motivo o fin lícito, esto es que no sea contrario a las leyes de orden público o buenas costumbres.

Como ya ha quedado apuntado, la maternidad subrogada hace referencia a dos casos distintos:

- A. Cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producto de material genético ajeno.
- B. Cuando se aporta no sólo el vientre, sino también el óvulo, el cual es inseminado con semen del varón de la pareja contratante.

En el primer caso, considero, se integran los elementos necesarios para su existencia, pues hay consentimiento y objeto, motivo o fin.

⁶⁵ DE PINA, Rafael. "*Diccionario de Derecho*" 18ª ed., Ed. Porrúa, México 1992. P. 353.

⁶⁶ Ídem.

Por su parte, Carmen García Mendieta dice: *“el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada es inexistente para el derecho”*.⁶⁷

Argumenta que el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, requiere como condición de existencia un objeto que pueda ser materia del contrato, lo que es cierto, y el artículo 1825 del mismo ordenamiento, donde se establece que la cosa objeto del contrato debe: 1. Existir en la naturaleza, 2. Ser determinada o determinable, 3. Estar dentro del comercio. Para concluir que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres según expresión jurídica acuñada desde la antigüedad, por lo que en un contrato de esta especie sería inexistente.

Al respecto, es de señalar que cuando decimos un acto es perfecto, afirmamos su idoneidad para producir todos los efectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es susceptible de crear; no ocurre lo mismo si afirmamos que un acto es imperfecto, ya que hay veces que la imperfección no permite siquiera que el acto nazca (inexistencia), en tanto que otras causas no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento, pero no su correcta conformación (invalidéz). Podríamos decir que ha nacido defectuoso (nulidad), porque el objeto, motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no

⁶⁷ GARCÍA MENDIETA, Carmen *Fertilización extracorpórea, aspectos legales*. Revista “Ciencia y Desarrollo” CONACYT. Noviembre-Diciembre, 1985, Año XL, núm. 65. P. 39.

se ha expresado en forma libre y consciente, o porque ésta no se ha expresado con determinadas formalidades.

No todos los requisitos vician o perjudican al acto de igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral, o si el objeto de la obligación es en si mismo inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del consentimiento, que sólo atañen al interés privado de las partes.

Por estas razones, como ha quedado asentado, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo o fin, da lugar por su gravedad a una sanción más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

El objeto es un elemento esencial del contrato, y es verdad que su ausencia produce la inexistencia del mismo. Pero esto no significa que toda anomalía del objeto debe llevarnos, por fuerza, la misma conclusión.

Para Ramón Sánchez Medal si el objeto existe pero es contrario a la moral o las buenas costumbres, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto absolutamente nulo.⁶⁸

⁶⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón “*De los Contratos Civiles*” 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993, Pp. 32 a 41

Como hemos visto, para el Derecho Mexicano, los contratos reales, es decir, los que recaen sobre una cosa, será necesario siempre, que la cosa exista en la naturaleza, que haya sido determinada y que esté en el comercio. (Artículo 1825 del Código Civil)

Por la prestación de un hecho, en cambio, puede constituir en que el deudor haga algo o no lo haga. El hecho, objeto del contrato, puede ser entonces positivo (hacer) o negativo (no hacer) pero siempre debe ser posible y lícito. (Artículo 1827 del Código Civil)

Los hechos positivos o negativos son considerados ilícitos por el Derecho Mexicano, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o las buenas costumbres (artículo 1830 del Código Civil), en el cual la sanción será nulidad absoluta del contrato. (Artículo 1795, fracción III y 2225 del Código Civil)

En razón a lo expuesto, se concluye que el contrato de maternidad subrogada cuando se aporta exclusivamente el vientre, son existentes y no pueden ser calificados de inexistentes por mucho que repugne a nuestra conciencia moral, como propone García Mendieta.

Ya que dicho contrato de maternidad subrogada, lo ubicamos en los contratos que tienen por objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso y dominio de una cosa, evitaremos decir que el servicio o el hecho no está en el comercio, pues esa

clasificación sólo se aplica a las cosas. Nos preguntaremos más bien si la prestación del hecho es posible y lícita.

El alquiler de úteros es posible, como lo atestiguan los niños nacidos a través de este método, pero ¿es lícito?

Ahora bien, por lo que respecta a la licitud de los contratos de maternidad subrogada, es de señalarse como ha quedado anotado, que en el Código Civil se señala como lícito todo lo que va conforme a las leyes de orden público o buenas costumbres, concepto que se desprende del artículo 1830 del ordenamiento legal citado.

De dicho artículo se desprenden dos casos de ilicitud:

- A. Lo que va contra las normas de orden público.
- B. Lo que va contra las buenas costumbres.

Por lo que atañe al primer caso de ilicitud, es preciso señalar que actualmente no están regulados los contratos de maternidad subrogada por las normas jurídicas mexicanas, por ende los contratos de maternidad subrogada en donde se aporte exclusivamente el vientre no son ilícitos, ya que los mismos no son contrarios a las leyes de orden público, pues en ninguna ley se prohíbe su objeto. Lo cual se desprende del principio de la fundamentalidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste en que todo lo que no está expresamente prohibido para los gobernantes les ésta permitido, a este principio se le une el de la autonomía de la voluntad, el cual consiste en permitir crear a

su arbitrio, los actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero, situación que se resume en el siguiente principio lógico jurídico “lo que no está prohibido está permitido”. Surge entonces el problema de decir cual es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

Por lo que se refiere al hecho ilícito que va contra las buenas costumbres, es de recordarse que por buenas costumbres se entiende: “El conjunto de hábitos, prácticas o indicaciones observadas por un grupo humano en lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto”.

A efecto de analizar la ilicitud del contrato de maternidad subrogada bajo el concepto de buenas costumbres, nos remitimos a diversas inclinaciones sostenidas por varios autores, dentro de las cuales Zannoni sostiene la prohibición de maternidades sustitutas en cualquiera de sus formas, pues el proyecto de ley que se presentó a la Asamblea Nacional de Francia, en mayo de 1984; el proyecto italiano de 1985, propuesto a la Cámara de Diputados y el informe de la comisión especial nombrada por el Congreso de los Diputados de España, dado a conocer en marzo de 1986, todos ellos condenan dicha práctica. De éste último transcribe argumentos de gran significación, como es la distorsión deshumanizada que no respeta la unidad de valor en la maternidad y el peligro de autorizar una nueva forma de manipulación del cuerpo

femenino, a la que se añade la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata dice el informe, de una práctica inadmisibles en una sociedad democrática y justa.

Zarraluqui, sostiene que el alquiler de útero o el arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, debe ser prohibido absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas.

Preocupados por este mismo tema un grupo de trabajadores del comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, auspiciado por el Consejo de Europa se reunió en Estrasburgo en febrero de 1987 y sostuvo que, no debería utilizarse este método por la falta de validez de los acuerdos respectivos, sin embargo, en forma excepcional, la fecundación en una madre de sustitución podría autorizarse:

- A. Si la madre no obtiene ninguna ventaja material de la operación.
- B. Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

El proyecto preliminar del Consejo de Europa, que contiene provisiones sobre inseminación artificial en una madre subrogada (artículo 13) y por separado, sobre fecundación in vitro con transferencia del cigoto de una mujer subrogada (artículo 16), sugiere dos alternativas, en el primer caso admite que esto ocurra siempre y cuando: a) se realice sobre una base exclusivamente benévola; b) la madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño; y c) cualquier acuerdo sobre renuncia

del niño sea nulo. Respecto de la fecundación in vitro para implantar el producto en el útero de quien admite subrogarse, sólo por lo que toca a la gestación, dice el proyecto que esta técnica no debe permitirse.

Por las razones expuestas, el determinar que los contratos de maternidad subrogada son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, queda sujeto a un recto criterio judicial, que variará de un pueblo a otro, de época a época y aun de región a región de un mismo país.

A mi juicio, el contrato de maternidad subrogada en donde se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno, debería ser válido, sin embargo, el cumplimiento de este contrato debe ser condicionado y, siempre y cuando el mismo se preste a título gratuito y con fines terapéuticos. Ya que es indudable que las nuevas técnicas de reproducción humana, podrían ser muy importantes y valiosas para la humanidad en circunstancias específicas, aunque pueden provocar agitadas discusiones y declaraciones emotivas por parte de altas autoridades. Inclusive la sugerencia de prohibir estas prácticas, actitud que no debe darse, puesto que la ciencia está para servir al hombre, y al hacer uso de ella debemos ser responsables en la explotación de dichos avances.

Cabe recordar que la exposición de motivos del Código Civil de 1928, dice:

“El cambio de las condiciones de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

Para legislar no debe tomarse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad porque hay necesidades ficticias, cuya satisfacción acarrea gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar; porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir”.

Por lo que respecta a la maternidad subrogada, donde se aporta óvulo y vientre, cualquiera podría sostener y con razón, que no se trata en realidad de un contrato mixto, prestación de servicio y cosa, sino un acuerdo sobre el producto de la actividad contratada, es decir, el hijo de la madre sustituta o más bien la porción que le corresponde para no olvidar, quién aportó el material genético para la inseminación, ya que éste podría alegar su paternidad sobre el producto.

En este último caso, si podríamos hablar de la venta o donación del hijo futuro y desarrollar los conocidos argumentos en contra de las convenciones que hacen del ser humano su objeto. Pero la prohibición moral y la jurídica de que los niños sean transmitidos como si fuesen cosas, hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que, por lo tanto, sea absolutamente nulo, pero no inexistente.

Perfeccionamiento del contrato

El contrato de maternidad subrogada se perfeccionaría con la aceptación, gestación y entrega del hijo en el momento pactado, pues este contrato implica una obligación de hacer. Sin embargo, puede suceder que la madre subrogada no quiera cumplir con su obligación.

Si en un contrato bilateral una de las partes no cumple por su culpa o negligencia, la otra parte puede exigir: a) la ejecución forzada y el pago de daños y perjuicios por hecho ilícito; o b) la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios por el hecho ilícito del deudor.

El artículo 1949 del Código Civil establece: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere con lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible”.

Si el contrato de maternidad subrogada, y más todavía, la maternidad subrogada con aportación del óvulo y vientre, constituyen contratos manifiestamente ilícitos y, por tanto, afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzosa, la autoridad judicial, sea por vía oficiosa o como

excepción de parte, rechazará dicha solicitud bajo el argumento de ineficacia absoluta de estos contratos.

El incumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca. Una vez formalizado el contrato de maternidad subrogada, e independientemente de su licitud, la mujer alquilada podría negarse a someterse a la inseminación artificial o a la transferencia del embrión; a continuar el embarazo una vez lograda la concepción.

En la primera hipótesis, de acuerdo con el criterio establecido, que al ser estos contratos nulos no procede la acción de cumplimiento, aún en el supuesto de que fuesen autorizados por la ley en un futuro, o la moral pública los admitiera, no sería posible exigir a la madre subrogada que incumple, que se sometiera al procedimiento de la inseminación heteróloga o a la transferencia del embrión engendrado in vitro, por tratarse de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción legal, aunque sí el pago de daños y perjuicios si el incumplimiento carece de justificación.

En la segunda hipótesis, si la madre subrogada se niega a continuar con el embarazo, pero como en México el aborto se considera un delito, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público, no contractual, derivada de la norma penal que prohíbe el aborto.

Ya sabemos que los contratos de maternidad subrogada son nulos e inexigibles, porque atentan contra la moral y las buenas costumbres, pero si no podemos exigir su cumplimiento, ¿podemos exigir, al menos el pago de daños y perjuicios?

Los contratos de maternidad subrogada son absolutamente ilícitos por ir en contra de la moral y las buenas costumbres, porque la procedencia y contenido de la reparación de daños es improcedente, ya que al ser declarada la nulidad del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

CAPÍTULO III

UBICACIÓN DE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ARRENDADA O ASISTIDA, DESDE LAS PRIMERAS LEGISLACIONES

La maternidad subrogada, así como las demás técnicas de reproducción asistida nos colocan a nivel individual y social frente a diversos problemas, mismos que clasifíco en tres grupos: jurídicos, médicos y sociales. Los avances y descubrimientos sobre reproducción humana se enfrentan a una realidad jurídica y social que no se encuentra lista para recibirlos. Los médicos avanzan día con día en una rama de la ciencia que puede ser un arma de dos filos: éxito o fracaso, ambos acompañados de consecuencias cuyos resultados pueden ser negativos y que en muchos de los casos no se quieren ver, así se sigue adelante con un “logro” médico al cual la naturaleza se ha opuesto.

JURÍDICO

En cuanto a la problemática jurídica, atenderé a tres aspectos: filiación, reconocimiento y abandono del producto, sin embargo, los problemas jurídicos van más allá de estos tres, por esta razón los estudiosos de la ciencia jurídica se manifiestan a favor de una reforma en el Derecho Familiar y Sucesorio, pues las técnicas de reproducción humana así lo han marcado.

De filiación

La filiación es la relación que hay entre dos personas donde una es madre o padre de la otra. Es la relación natural de descendencia entre varias personas, donde unas engendran y otras son engendradas. Es decir, la relación a la que la filiación se refiere es el vínculo biológico que nos une a nuestros descendientes y ascendientes.

Como observamos en la primera parte de esta investigación, a lo largo de los años los legisladores y la sociedad se han preocupado por clasificar a los hijos en legítimos, naturales y legitimados de acuerdo a las condiciones bajo las cuales el hijo ha nacido. Espurios, fornecios, manceres, notos, adulterinos han sido algunos de los calificativos que a lo largo de la historia han marcado la condición de los hijos por ser el producto de relaciones prohibidas o fuera del matrimonio.

Establecer la identidad del hijo respecto a la madre era cosa sencilla, pues el embarazo y el parto eran los elementos esenciales para determinar la maternidad, pero la paternidad era punto y aparte, pues ésta carecía de los elementos antes mencionados. Así los romanos enuncian el principio de derecho *"mater semper certa est"*, la madre siempre es cierta, *"pater est quod demonstrat"*, el padre es el que demuestra las nupcias o las nupcias demuestran al padre, de esta forma el hijo nacido en matrimonio es hijo de la madre y su marido.

A través de los años la preocupación por determinar la paternidad llevó a los legisladores a establecer reglas que se encargarían de regular las diversas hipótesis que respecto al tema se pudieran dar, mismas que se basan en el principio antes mencionado y que son adoptadas por los países cuyo sistema jurídico pertenece a la familia neorromanista.

En la realidad, el hecho de que la mujer casada diera nacimiento a un hijo no garantizaba que éste fuera del marido, pues pudo haberlo concebido con otro hombre, así surgen diversas normas que en materia de filiación regulan la condición de los hijos nacidos de mujeres solteras, casadas, viudas, divorciadas o con segundas nupcias así como los hijos de las concubinas, los hijos nacidos trescientos días después de disuelto el matrimonio o ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, se le concede al padre acciones para reclamar o impugnar la paternidad con base en el acceso carnal que haya tenido el hombre con la mujer en el periodo de la concepción y gestación, estas acciones las pueden ejercer los descendientes o ascendientes del padre si éste la inició antes de su muerte y se le otorga al hijo el derecho a saber su identidad y reclamarla, así como a sus herederos. Entre otros preceptos, las reglas que rigen a la filiación han sufrido diversas modificaciones de acuerdo al contexto social, pero siempre siguen la misma línea, determinar la paternidad.

Dichos cambios en la legislación, no han sido del todo efectivos pues no terminan de adecuarse a una realidad donde los adelantos científicos y tecnológicos han hecho de la ley un conjunto de normas

cuya aplicación no opera ante ciertas realidades. Es por esto que la maternidad subrogada, arrendada o asistida representa un problema para la legislación que actualmente se aplica en materia de filiación, pues la ley aún establece el embarazo y el parto como elementos esenciales que determinan la maternidad, sin embargo, no prevé los casos en los cuales la mujer que lleva a cabo el embarazo es sólo la portadora de gametos que le resultan totalmente ajenos y que el hijo al cual dará nacimiento no le pertenece genéticamente, entonces ¿cómo se determina la maternidad, cuando ésta radica en dos mujeres (la que aporta y la que porta)?, ¿cuál es la identidad del hijo respecto a la madre?

Quizá este sea el problema más grave que la legislación debe resolver, determinar la maternidad en el caso de una subrogación o alquiler de vientre, pues si bien el principio romano descansa sobre el vínculo biológico, la maternidad le corresponde a la mujer que ha aportado el óvulo, pero ésta carece de los elementos embarazo y parto que presenta la mujer portadora y que determinan la maternidad.

De reconocimiento

El reconocimiento es el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera del matrimonio. De tal forma que la filiación también se puede establecer por el reconocimiento.

En este caso podemos decir que en el reconocimiento prevalece un vínculo jurídico que puede o no coincidir con el vínculo biológico de la filiación. Es decir, cualquier persona puede reconocer a un hijo ajeno con el fin de ser su padre ante la ley y ante la sociedad, de esta forma adquiere derechos y obligaciones frente al reconocido.

Podemos observar que aun cuando la ley ha establecido la figura del reconocimiento como un medio para comprobar las relaciones de parentesco, ésta se dirige más al reconocimiento de la paternidad que de la maternidad, debido a los mismos argumentos expuestos en párrafos anteriores. Las menciones que sobre el reconocimiento materno se hacen en la ley se enfocan principalmente al hijo de madre desconocida por tal o cual motivo, pero ¿qué sucede cuando las técnicas de reproducción asistida hacen su aparición?

Antes de éstas, la madre podía contradecir la paternidad de su marido o éste podía desconocerla, actualmente los papeles se pueden invertir y la madre que dio a luz un hijo puede desconocerlo, pues los gametos utilizados no le pertenecen, o el mismo marido de la mujer puede contradecir el reconocimiento de su esposa por la misma razón. También otra mujer distinta de la que parió puede reclamar la maternidad de un hijo, pues con pruebas médicas se puede demostrar que el hijo es suyo genéticamente y así pueden darse diversas hipótesis que no se encuentran reguladas en la ley. No es necesario pedirle al legislador que regule cuanta idea surja de su imaginación o de la de los demás respecto al tema, pero si que tome en cuenta las situaciones que se pueden

presentar con la maternidad subrogada, con esto no digo que las normas que regulan el reconocimiento han caído en desuso pero si es necesario normas que regulen situaciones derivadas de los avances científicos.

De abandono del producto

El Diccionario de la Lengua Española define abandonar como sigue: *“Dejar, desamparar a una persona o cosa. Descuidar sus intereses u obligaciones”*.⁶⁹

Antonio Vincenzo Manzini señala que el abandono consiste en *“Colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo material, que implique la privación, aunque sea sólo momentánea, de aquellos cuidados que le son debidos y de que ha menester, con riesgo para su integridad personal”*.⁷⁰

En el campo de la reproducción asistida, y en especial con la maternidad subrogada se pueden presentar dos situaciones:

- Abandono de persona.
- Abandono del producto.

En el primer caso, el artículo 335 del Código Penal señala que la persona que abandone a un niño incapaz de cuidarse u otra persona enferma, será sancionada con prisión y la pérdida de la patria potestad. El

⁶⁹ “Diccionario de la Lengua Española” P.3.

⁷⁰ Citado por CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl “Código Penal Anotado” 21ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998. P. 859.

abandono de persona se encuentra tipificado como delito, por tal motivo la persona que deje a su suerte a otra, incurre en un delito.

La maternidad subrogada es un acto, el cual requiere para su realización de un acuerdo previo entre la madre subrogadora y la pareja cuyo deseo es convertirse en padres, una vez realizado el procedimiento para implantar al embrión en el útero de la madre sustituta se inicia la etapa del embarazo donde el embrión se desarrollará, pero puede ocurrir que el producto viene con algún tipo de malformación el cual puede o no ser detectado antes del nacimiento y que además es herencia genética o de la madre sustituta (los gametos también pueden ser donados) ¿qué pasa cuando el hijo nace con alguna malformación y ni los padres afectivos, ni la madre sustituta quieren hacerse cargo de él y lo abandonan?, en este caso ¿quién es el responsable de la criatura?, ¿la madre sustituta por el hecho del parto?, ¿los padres genéticos o afectivos por el convenio?, ¿se finca responsabilidad a ambas partes?, ¿ambas partes incurren en el mismo delito?

El maestro Raúl Carrancá y Rivas señala que *“la obligación de cuidado deriva de la misma ley, como es el caso de los padres (Art. 303,413, 449 c.c.); de convenio o contrato tácito o expreso; y puede tener el carácter de transitoria y accidental.”*⁷¹ ¿Se entiende entonces que todas las partes que intervienen en el alquiler de vientre son responsables del hijo? o ¿la responsabilidad de la madre sustituta comienza y finaliza en determinado momento al igual que la responsabilidad de los padres

⁷¹ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl Op.Cit. P. 858.

afectivos o genéticos? en caso de que así fuera, ¿cuáles son los parámetros para fincar dicha responsabilidad?, ¿quién los determina?

En el segundo caso, abandono del producto, la crioconservación tiene un papel importante, pues se trata de los embriones congelados, pero no sólo los embriones, también los gametos. A continuación doy un panorama general de este avance científico tan polémico en nuestros días. Para comenzar me referiré a la crioconservación de los gametos.

La crioconservación de semen consiste en la congelación del semen para su posterior uso, para lo que existen bancos de semen, encargados del aseguramiento del material reproductivo necesario.

La crioconservación de semen se utiliza para garantizar el deseo de tener descendencia de los hombres, especialmente en caso de que vayan a ser sometidos a operaciones con riesgo de daño testicular, a tratamientos con radiaciones o fármacos que puedan afectar su fertilidad, en caso de enfermedades tumorales o degenerativas, etc.

La crioconservación de óvulos es diferente, pues las condiciones tecnológicas aún no han posibilitado la utilización práctica de este proceder en la actualidad. El principal inconveniente radica en que el óvulo es una célula única con una masa relativamente grande de

citoplasma, por tanto más susceptible a destruirse por los efectos de la congelación-descongelación.

Criopreservación de preembriones. Con el desarrollo de las técnicas de fertilización in vitro, se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxitos de los embarazos gemelares. Esto ha hecho que se tome en consideración la preservación por congelación de embriones supernumerarios para ser empleados posteriormente en otros embarazos de la pareja, no obstante pueden ser donados a otras parejas infértiles o ser utilizados para otros fines como la investigación o experimentación. Esto debe quedar bien establecido por la pareja antes de que se inicie el proceso de crioconservación.

En la actualidad el problema que existe con la crioconservación surge cuando la pareja decide no ocupar los embriones congelados, pues ya tienen el número de hijos deseados o simplemente renuncian a ser padres con la ayuda de la ciencia, el hecho es que los embriones quedan abandonados, también en diversos países tales como Estado Unidos de Norteamérica e Inglaterra se ha dado el caso de que las personas que han congelado un embrión mueren , ¿qué se hace con esos embriones? el dilema es: se utilizan para la investigación, se donan o se destruyen. Este es un claro ejemplo de que no sólo en México, sino en el mundo entero se carece de una legislación que regule las situaciones que se dan en las diferentes técnicas de reproducción asistida y en los avances científicos relacionados con la genética.

MÉDICO

Los problemas médicos a tratar en este apartado se enfocan principalmente a la responsabilidad de los médicos y a los problemas genéticos. Considero importante hacer mención a estos dos aspectos, pues los avances médicos sobre reproducción asistida no son del todo perfectos y el papel que el médico desempeña es indispensable, debido a que en él se encuentra el conocimiento técnico y científico que se requiere para este tipo de prácticas, o al menos eso se piensa. Respecto a los problemas genéticos es necesario conocerlos, pues éstos son la principal razón por la cual se rechaza a un hijo, ya sea de forma consciente o inconsciente. Las consecuencias de estos dos aspectos se reflejan en la vida social y jurídica de la población donde se realizan estas prácticas, por tal motivo es importante mencionarlas.

Responsabilidad Médica

Como sabemos toda profesión se fundamenta en una ética, en la práctica de la medicina la ética es la base para generar confianza y por tanto el médico está obligado a aplicar su conocimiento y experiencia en el ejercicio de su profesión, con la única finalidad de mantener la salud de los sujetos que forman parte de la sociedad. Dicha manutención comprende las investigaciones que se realizan para resolver los problemas que la naturaleza le impone al hombre. Sin embargo, esta ética no se encuentra plasmada en leyes, Gonzalo Moctezuma Barragán

nos dice que la ética médica *"debe ser una vivencia existencial de la que nazca un comportamiento humanista y solidario"*.⁷²

A la conducta del médico que no está acorde con los procedimientos, técnicas y reglas generales de su profesión se denomina *malpraxis*, la cual proviene del dolo o la culpa. En la primera se da la intención del médico para causar el daño, en la segunda, no se prevé lo previsible o se previó, pero no se observó la conducta para evitarlo. En el caso de las técnicas de reproducción asistida me inclino a pensar que la responsabilidad médica opera más por culpa que por dolo.

La *malpraxis* comprende a su vez el concepto de *iatrogenia*, que es toda alteración del estado del paciente producida por el médico.

Luz María Reyna Carrillo Fabela proporciona un concepto de *iatrogenia* más amplio: *"Todo lo producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad; por lo tanto, incluye, no sólo las consecuencias nocivas de la intervención del facultativo, sino también los éxitos de la medicina, la curación de las enfermedades y la conservación de la salud"*.⁷³ Ella explica que si la *iatrogenia* es todo lo producido por el médico en el paciente, entonces se debe considerar tanto a los efectos

⁷² VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.) *"Bioética y Derecho. Fundamento y problemas actuales"* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999. P. 114.

⁷³ CARRILLO FABELA, Luz María R. *"La Responsabilidad Profesional del Médico"* 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999. P. 10.

negativos como a los positivos como *iatrogenia*, sin embargo, por tradición se refiere únicamente a los aspectos negativos.

La culpa en el campo de la medicina se puede manifestar en las formas siguientes:

- Error: El factor de reacción individual de cada enfermo siempre es latente, variable e imposible de ajustar a normas homogéneas.
- Error por ignorancia: El médico emite un diagnóstico equívoco, provocado por el desconocimiento.
- Error por complejidad del cuadro clínico: La similitud existente entre determinadas alteraciones puede incurrir al error.
- Impericia: Falta de preparación que origina error en el diagnóstico o tratamiento.
- Imprudencia: No obrar con precaución para evitar el riesgo.
- Negligencia: Incumplimiento de un deber, omisión de la atención y de la diligencia debida.

A lo largo de la historia, la responsabilidad médica se ha tenido que adaptar a circunstancias particulares, las condiciones del medio y el pensamiento que domina en cada época, esto quiere decir, que para determinar la conducta del médico hay que tener presente los estándares de calidad del servicio en la época del tratamiento.⁷⁴

⁷⁴ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente “*De la Responsabilidad Civil Médica*” Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1990, P. 380.

Responsabilidad proviene del latín *respondere*, la cual se traduce como “estar obligado”⁷⁵, y la obligación es el vínculo jurídico por el cual una persona está obligada frente a otra para realizar determinada prestación. El Diccionario de la Lengua Española define responsabilidad como sigue: *“deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”*.⁷⁶

Así la responsabilidad médica es conceptualizada por Gisbert como sigue: *“La obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de los límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”*.⁷⁷

En el campo de la reproducción asistida y la maternidad subrogada, la responsabilidad del médico puede o no operar de acuerdo al grado del daño ocasionado en el paciente o en el producto de la concepción por estos métodos, pues hay consecuencias que ni todo el dinero, ni la ciencia o la tecnología pueden reparar.

Algunas hipótesis que se pueden dar en la maternidad subrogada a causa de la responsabilidad médica pueden ser:

⁷⁵ CARRILLO FABELA, Luz María R. Op. Cit. P. 4.

⁷⁶ “Diccionario de la Lengua Española” P. 1784.

⁷⁷ GISBERT CALABUIG, Juan Antonio “*Medicina legal y Toxología*” 4ª ed., Ed. Salvat, España, 1991. P. 63.

- Que se engañe a la pareja para que recurra a la maternidad subrogada, el costo es más alto y la ganancia para el médico es mayor.
- Que se engañe a la madre sustituta, haciéndole creer que el hijo que aporta es ajeno cuando en realidad es propio (por desconocer su estado).
- Que el embrión implantado en la madre subrogada no sea el formado por los gametos de los padres afectivos o genéticos, es decir, que se confundan los embriones.
- Falta de análisis clínicos en las partes que intervienen en la subrogación de matriz y que a causa de esto se generen males congénitos por la falta de esa información.
- Falta de pericia en el proceso de implantación y que ocasione daño en la madre o el hijo en cualquier etapa de la gestación.
- Que por descuido en la fecundación del óvulo se genere algún daño posterior en el embrión.

En los diversos procesos realizados para la maternidad subrogada (obtención de los gametos, fecundación in vitro, selección de la madre sustituta, implantación, desarrollo del embarazo, etc.) las circunstancias que se pueden dar son muchas, y muchas son las personas que en la maternidad subrogada participan. Los médicos al frente tienen la obligación de que todas y cada una de las partes y personas que intervengan se encuentren en condiciones óptimas para el procedimiento, sin embargo, no puede estar de tras de cada una de ellas para evitar algún daño, pero si es responsable, como dije, de que todos

los factores que participan estén en buenas condiciones. Con esto quiero decir que las hipótesis que se pueden dar por responsabilidad médica en la maternidad subrogada son diversas y algunas inimaginables.

En el capítulo segundo, mencione dos tipos de maternidad subrogada: la subrogación de matriz, cuando el embrión implantado proviene de los gametos de la pareja solicitante; y la subrogación de madre, cuando la mujer que alquila su matriz también aporta sus gametos.

El primer caso supone una fecundación in vitro, el segundo una inseminación artificial. Ambas técnicas de reproducción altamente desarrolladas pero ninguno de los dos está exento de riesgos. Se dice que el 10% de los niños nacidos por reproducción asistida sufren algún tipo de discapacidad.

La comunidad científica comienza a preocuparse por ignorar los riesgos potenciales de estos tratamientos, pues ven en ellos las luces o las sombras de algunas de estas técnicas y recuerdan la responsabilidad médica frente a las parejas que están dispuestas a pasar por todo para vencer el desafío de la infertilidad. Ante esto los médicos que se dedican a la práctica de la fecundación asistida se enfrentan a las realidades siguientes:

- Número de embriones. La alta incidencia de embarazos múltiples inquieta a los expertos ya que esta circunstancia puede poner en riesgo la salud de la madre y de los futuros bebés.
- Estimulación ovárica. Los especialistas coinciden en la necesidad de simplificar las altas dosis de fármacos empleados para favorecer la maduración simultánea de varios óvulos. Existen dudas acerca de cómo alteran el interior del útero y si reducen la posibilidad de que el embrión se implante.
- Congelación. Aún no hay evidencias sólidas de que el congelamiento no ocasione anomalías genéticas, pero se analizan diversas hipótesis en este sentido. Se sabe que el embrión sufre un desgaste durante la fase de descongelación. La sospecha se dirige también al potencial nocivo que pueden tener ciertas sustancias crioprotectoras sobre el ADN de éste.
- Transferencia citoplasmática. El embrión resultante de esta técnica, porta información genética de tres personas distintas. No se sabe que consecuencias puede acarrear este hecho.
- Medio de cultivo. Las sustancias que se usan para propiciar la división celular del ovocito fecundado suelen contener células de ratones que tratan de reproducir la composición del fluido de las trompas de Falopio. El problema es que éste se desconoce, pues se preguntan si dichos agentes pueden alterar el proceso de desarrollo y malograr los embriones.

Podemos observar que la ciencia médica ha avanzado mucho en la investigación y práctica de las técnicas de reproducción asistida, pero aún quedan muchas dudas e incertidumbre por las consecuencias futuras, pese a esto, los niños que nacen bajo estas técnicas son numerosos y al parecer no existe un freno para los médicos, científicos e investigadores soberbios que en nombre de la ciencia no se detiene a reflexionar sobre los resultados del futuro, mucho menos piensan o dan una respuesta al ¿porqué la naturaleza impide a algunas parejas ser padres?. Paracelso dice: *“El médico debe ser el auxiliar de la naturaleza, no su enemigo”*. Las técnicas de fecundación asistida ¿en verdad benefician a la sociedad o desafiamos a la naturaleza a costa de nuestra destrucción?

Problemas genéticos

La embriología se refiere al estudio del embrión.⁷⁸ La *teratología*, es el estudio del desarrollo anormal, es decir, las malformaciones congénitas, y es una rama de la embriología que se relaciona con factores diversos tales como los genéticos y ambientales que interfieren en el desarrollo normal.⁷⁹

La importancia de la embriología radica en el avance de los conocimientos que se refieren al comienzo de la vida, dichos conocimientos tienen un valor práctico, pues se facilita la comprensión

⁷⁸ Recuérdese que se denomina embrión al producto de la concepción de la segunda a la octava semana de gestación.

⁷⁹ MOORE, Keith L. *“Embriología Clínica”* 4a ed., Ed. Interamericana / Mc Graw- Hill, México, 1992. P. 7.

de las relaciones normales de las estructuras corporales y las causas de las malformaciones congénitas, así la embriología explica el desarrollo de las anormalidades.

El médico obstetra está obligado a conocer el desarrollo normal de las malformaciones congénitas tanto en el embrión como en el feto⁸⁰ para que ambos reciban mayores oportunidades de desarrollo normal.

El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, es decir, con la unión de los gametos femeninos y masculinos (óvulos y espermatozoides) que forman una célula única llamada cigoto, la cual contiene a los cromosomas y a los genes, unidades de información genética que se derivan del padre y de la madre. La edad maternal ideal para la reproducción es de los 18 a los 35 años, después la probabilidad de anomalías cromosómicas en el embrión aumentan considerablemente, existe un riesgo apreciable de síndrome de Down y otras formas de trisomía en el infante. También la edad avanzada del padre contribuye a la probabilidad de mutaciones genéticas, pues al parecer, dichas mutaciones que el embrión hereda se acumula con la edad de los padres.

Tanto los gametos femeninos como masculinos pasan por la gametogénesis, es decir, el proceso de formación y desarrollo de las células especializadas llamadas gametos o células germinales. Este

⁸⁰ Se le denomina así al producto de la concepción de la novena semana de gestación hasta el nacimiento.

proceso se encarga de los cromosomas y citoplasma, prepara a los gametos para la fecundación. Durante la gametogénesis, el número de cromosomas se reduce a la mitad y la forma de las células se altera, es en esta transformación donde radican las anomalías cromosómicas de los gametos.

Para comprender más este tema, explicaré grosso modo la gametogénesis del espermatozoide y del óvulo.

En el segundo capítulo mencione que los gametos femeninos y masculinos son células especiales, pues a diferencia de las demás éstas contienen sólo la mitad del número de cromosomas que corresponde a cada célula, esto tiene una lógica, pues al unirse ambos gametos el número de los cromosomas queda completo, 46 cromosomas agrupadas en 23 pares.

La gametogénesis masculina recibe el nombre de espermatogénesis y la femenina oogénesis.

Espermatogénesis. Es la secuencia completa de fenómenos mediante los cuales las células germinales llamadas *espermatogonias*, se transforman en *espermatozoides*.

Las *espermatogonias* permanecen inactivas en los túbulos semíferos testiculares, durante la pubertad aumenta su número, crecen y se transforman en *espermatoцитos primarios*. Cada uno experimenta una división de reducción para formar dos *espermatoцитos secundarios haploides* (que tienen la mitad del número de cromosomas, 23), éstos a su vez se transforman en *espermatozoides maduros*, este proceso dura 64 días.

Oogénesis. Es la secuencia completa de fenómenos por los cuales las células germinales llamadas *oogonios*, se transforman en *ovocitos maduros*, este proceso comienza antes del nacimiento y se completa hasta después de la pubertad.

En la vida fetal los oogonios crecen para formar *oocitos primarios*, cuando éstos crecen durante la pubertad se rodean de material amorfo intercelular llamado zona pelúcida. Los oocitos primarios inician la primera división meiótica antes del nacimiento y la fase se completa hasta después de la pubertad. Al madurar el folículo, el oocito primario aumenta su tamaño y poco antes de la ovulación completa la primera división meiótica, de esta división resulta un *oocito secundario* y un segundo cuerpo polar, en esta división casi todo el citoplasma lo recibe el oocito secundario. Durante la ovulación se inicia la segunda división la cual se detiene en la metafase, al penetrar un espermatozoide el oocito secundario, se completará la segunda división y el segundo cuerpo polar

será expulsado, así finaliza la maduración del oocito y se le denomina *óvulo maduro*.

Las anomalías cromosómicas de los gametos, suceden cuando los cromosomas homólogos a veces no se separan, como resultado de ese error de división celular, algunas células germinativas tienen 24 cromosomas y otras sólo 22, es aquí donde surgen las malformaciones, pues al unirse la célula germinativa de 24 o 22 cromosomas con otra normal (23 cromosomas) se formará un cigoto⁸¹ con 47 cromosomas lo que da resultado a una trisomía, porque hay tres representantes de un cromosoma particular en lugar de los dos acostumbrados, o un cigoto de 45 cromosomas que da resultado a una monosomía, sólo hay un representante de un cromosoma determinado.

“Las malformaciones congénitas son anomalías anatómicas o estructurales presentes al nacimiento. Pueden ser macroscópicas o microscópicas, superficiales o dentro del cuerpo. Son el resultado de una embriogénesis defectuosa.”⁸²

Anteriormente se pensaba que los embriones humanos estaban protegidos de los agentes externos, en 1941 Gregg comprobó que los agentes provenientes del ambiente, podían producir anomalías congénitas graves si se presentaban durante las etapas críticas del

⁸¹ Esta célula resulta de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

⁸² MOORE, Keith L. Op. Cit. P. 144.

desarrollo humano. Las causas de las malformaciones congénitas se dividen en los factores siguientes:

- Factores genéticos.
- Factores ambientales.
- Por la acción conjunta de ambos factores, *herencia multifactorial*.

Las malformaciones pueden ser simples o múltiples con mayor o menor significado. Las menores simples no poseen significado funcional, pero son alerta de la posible presencia de malformaciones mayores, éstas son más comunes en los embriones jóvenes que en su mayoría son abortados de manera espontánea.

Malformaciones causadas por factores genéticos.

Como expliqué en párrafos anteriores, la mitosis o meiosis puede alterarse ocasionalmente y da como resultado un cigoto con malformaciones que en la mayoría de los casos son abortados de manera espontánea. Las personas con anomalías cromosómicas poseen fenotipos característicos y que se asemejan a otras personas con la misma anomalía, por ejemplo, las características del síndrome de Down. Estas características son el resultado del desequilibrio genético. Los factores genéticos inician la producción de malformaciones a través de medios bioquímicos u otros a nivel subcelular, celular o tisular. Las anomalías cromosómicas pueden ser numéricas o estructurales.

Anormalidades cromosómicas numéricas.

Éstas se originan por un error en la división celular. Los cambios en el número cromosómico corresponden tanto a aneuploide como a poliploidia.

Aneuploidia. *“Cualquier desviación del número diploide de 46 cromosomas, un aneuploide es un sujeto o célula que tiene un número cromosómico que no es múltiplo exacto del número haploide 23.”*⁸³ La aneuploidia es el resultado de la distribución desigual de un par de cromosomas homólogos en las células hijas. Una célula tiene dos cromosomas, en tanto que la otra ninguno. Así podemos decir que las células de un embrión pueden ser hipodiploides (45 cromosomas, como el síndrome de Turner) o hiperdiploides (47 cromosomas, como en el síndrome de Down).

Manosomía. *“Embriones que pierden un cromosoma. Éstos suelen morir, quienes viven desarrollan el síndrome de Turner (malformaciones físicas de gran nivel).”*⁸⁴

Trisonomía. *“Si tres cromosomas están presentes en lugar del par habitual. El resultado de esta malformación es síndrome de Down o*

⁸³ *Ibidem.* P. 146

⁸⁴ *Ídem.*

*retardo mental, éstos mueren al inicio de la infancia. La trisomía es frecuente en madre con edad avanzada.*⁸⁵

Poliploidia. *“Las células poliploides contienen múltiplos del número haploide cromosómico (23). Esta es una causa importante de aborto espontáneo.*⁸⁶

Anormalidades cromosómicas estructurales.

*“Son consecuencia de rupturas cromosómicas inducidas por factores ambientales, por ejemplo, radiaciones, fármacos, sustancias químicas y virus.*⁸⁷

Malformaciones causadas por genes mutantes.

*“Una mutación incluye la pérdida o cambio en la función de un gen, la tasa de mutaciones puede aumentar por la acción de agentes ambientales, estas malformaciones se heredan de padres a hijos y hacia otros familiares. Como ejemplo de malformaciones congénitas está la acondroplasia y la polidactilia o dedos extranumerarios, la hiperplasia suprarrenal congénita.*⁸⁸

⁸⁵ Ibidem. P. 151.

⁸⁶ Ibidem. P. 152.

⁸⁷ Ibidem. P. 153.

⁸⁸ Ibidem. P. 155.

Malformaciones causadas por factores ambientales.

Los embriones se encuentran protegidos dentro del útero, pero los *teratógenos* (cualquier agente que produce una malformación congénita), pueden inducir malformaciones congénitas cuando los órganos están en desarrollo, el daño se puede causar en los periodos de diferenciación rápida, pues el embrión es más sensible. Sin embargo, los efectos de los teratógenos pueden causar la muerte antes de que se establezcan las malformaciones.

Los ejemplos que se presentan a continuación ilustran qué teratógenos afectan a los diferentes sistemas orgánicos que se desarrollan al mismo tiempo:

- Niveles elevados de radiación producen anomalías del sistema nervioso central y de los ojos, así como retardo mental. El periodo de mayor sensibilidad para que se produzcan lesiones encefálicas por radiaciones en el que existe retardo mental grave, es de la 8 a las 16 semanas después de la fecundación.
- El virus de la rubéola causa la formación de cataratas, sordera y malformaciones cardíacas.
- La talidomida produce malformaciones de las extremidades y de otros tipos.

El reconocimiento de los teratógenos humanos ofrece la oportunidad de prevenir algunas malformaciones, por ejemplo, el alcohol

y algunos virus dañan al embrión, si las mujeres estuvieran informadas no expondrían a sus hijos a estos agentes.

Los fármacos, drogas y sustancias químicas varían de manera considerable en su teratogenicidad. Algunos provocan malformaciones graves si se administran durante el periodo orgánico; otras drogas de uso social producen retardo mental y del crecimiento.

A continuación presento una lista de algunos productos cuyo consumo pueden ocasionar malformaciones:

- Nicotina y cafeína. No producen malformaciones, pero la nicotina afecta el crecimiento fetal, además de la posibilidad de un parto prematuro y la disminución de oxígeno y nutrimentos en el espacio intervelloso, disponibles para el embrión.
- Alcohol. Los hijos de madres alcohólicas presentan deficiencias en el crecimiento prenatal y postnatal, retardo mental y otras malformaciones.
- Andrógenos y progestógenos. Cualquier hormona que posea efectos masculinizantes puede afectar al feto ocasionándole virilización de los genitales externos en una niña.
- Antibióticos. Las tetraciclinas atraviesan la membrana placentaria y se depositan en los huesos y dientes del embrión en los lugares de calcificación activa.

- Anticoagulantes. Todos excepto la heparina, atraviesan la membrana placentaria y provocan hemorragias en el feto.
- Anticonvulsivos. Provocan síndrome de trimetadiona fetal (retardo del desarrollo, cejas en forma de V, inserción baja del pabellón auricular y labio o paladar hendidos), síndrome fetal de la difenilhidantoína (retardo en el crecimiento intrauterino, microcefalia, retardo mental, sutura metópica en forma de cresta, pliegues epicantales internos, puente nasal con amplia depresión, hipoplasia de las uñas, de las falanges distales y hernias).
- Fármacos antineoplásicos. Producen la muerte intrauterina de los embriones y los que sobreviven presentan malformaciones muy graves.
- Sustancias químicas ambientales. Producen alteraciones neurológicas, parálisis cerebral, daño encefálico grave, retardo mental, ceguera, atrofia cerebral, espasticidad, convulsiones, cambio de color en la piel.
- Fármacos tiroideos. Producen crecimiento tiroideo, detención del desarrollo físico y mental, distrofia de huesos.
- Tranquilizantes. Provocan el síndrome de la talidomina (extremidades parecidas a las de una foca, cortas o anormalmente pequeñas, falta de oído interno y externo, hemangioma de la frente, defectos cardíacos y malformaciones de los aparatos urinario y digestivo).

Algunos virus que causan malformaciones congénitas son: la rubéola, herpes simple, varicela, sífilis, etc.

Malformaciones causadas por herencia multifactorial.

Estas malformaciones se pueden representar por un modelo de susceptibilidad de adquirir un trastorno, regido por la combinación de factores genéticos y ambientales.

Los rasgos multifactoriales son, por lo regular, malformaciones mayores únicas, como labio hendido, paladar hendido aislado, defectos del tubo neural, luxación congénita de cadera, etc.

SOCIAL

La maternidad subrogada así como las técnicas de fecundación asistida y demás avances científicos indudablemente tienen un impacto en la sociedad, pues muchos son los factores que intervienen para que la sociedad rechace, critique o acepte dichos avances. Uno de esos factores es la Iglesia, sabemos que la moral y la religión van regularmente de la mano, pues la mayor parte de las personas basan sus valores e ideas de tipo moral en su religión.

En gran medida parece que la sociedad acoge con simpatía las nuevas técnicas de procreación humana, es normal, pues quienes se ven impedidos por la naturaleza para ser padres ven en ellas una solución a su infertilidad y por supuesto que las aceptan sin mayor problema. Para

los que se encuentran del otro lado pueden aceptarlas y vivir con ellas como parte del desarrollo de la humanidad, pero para cierto sector de la sociedad tales avances representan la desnaturalización del hombre y el crédito que Dios tiene sobre la fecundación.

Impacto de los problemas médicos en la sociedad.

Parece ser que la opinión social es suplantada por la opinión de la Iglesia, la religión que predomina en nuestro país es la católica por tanto sus feligreses se encuentran a favor de la opinión católica.

Si partimos del punto donde la Iglesia dice que la materia de fecundación corresponde a Dios y a nadie más, podemos escuchar el tan usado argumento de que el fin no justifica los medios, el deseo del hombre por perpetuar su existencia en este mundo se ve complacido por los hijos, pero cuando no es posible se recurre a prácticas donde según la Iglesia se lesiona a la moral social y degrada el acto sexual debido a la injerencia extraña en su realización, todo esto porque no va de acuerdo a la doctrina religiosa tan equivocada que se nos ha impuesto desde pequeños.

Así las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada representan para este sector de la sociedad un experimento de laboratorio donde el hombre perderá los valores primordiales que se gestan dentro de un núcleo familiar.

Las técnicas que actúan sobre la reproducción humana implican una manipulación indebida de la vida humana naciente. La persona del hijo es tratada como mero producto o resultado de una técnica, a ella se aplican términos como sobrante, congelada, transferida y se le somete a controles de calidad. Se toma a la persona como un objeto de producción o experimentación , un medio para alcanzar un objetivo.

La maternidad subrogada a veces implica la donación de los gametos, en este supuesto se lesiona el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos y ligados por el matrimonio. La Iglesia estima que en un matrimonio la pareja debe llegar a la paternidad y a la maternidad exclusivamente uno a través del otro. Este principio se ve seriamente quebrantado, pues en la maternidad subrogada no solo se puede echar mano de la donación de gametos, sino que también el hijo nace a través de un cuerpo distinto al de la mujer que contrajo nupcias.

En el proceso de fertilización de óvulos, son fecundados más de uno, al momento de implantarse se corre el riesgo de un embarazo múltiple, en el caso contrario varios cigotos quedan sin una incubadora natural y por tal motivo pueden ser destruidos, congelados o implantados en mujeres distintas a la aportadora. Este supuesto altera más a la sociedad pues se crea vida y después no se sabe que hacer con ella.

Un argumento más para rechazar la maternidad subrogada es el siguiente. El matrimonio confiere a la pareja a realizar los actos propios para concebir un hijo, la reproducción asistida priva a la procreación de su perfección propia, pues es el fruto del acto conyugal. Por tanto, es un acto moralmente inaceptable.

Creo que podemos escribir tesis enteras sobre los argumentos que la Iglesia da para oponerse a las técnicas de fecundación asistida, pero la gente que comulga con estas ideas debe darse cuenta que se opone a los avances de la ciencia por prejuicios absurdos impuestos por la Iglesia y por una sociedad cerrada que evita el desarrollo de los países. Opino que la preocupación de la sociedad frente a la maternidad subrogada y las demás técnicas de fecundación no debe fincarse en argumentos retrogradados que sólo sirven para dominar a la gente, estos avances científicos deben verse y analizarse libres de todo prejuicio social, religioso, político, etc. para poder tener una visión más amplia y ver el verdadero problema.

El hecho de que las técnicas de fecundación asistida traten al producto de la concepción como a una mercancía no es lo importante, el contradecir una doctrina creada por el hombre tampoco es el problema. El verdadero problema pienso que radica en el resultado de dichas prácticas, no hay porqué estar en contra de los avances de la ciencia, hay que asegurarse que dichos avances beneficien a la humanidad, pero

¿cómo se puede beneficiar si tales avances no han sido perfeccionados del todo?, es decir, es una investigación que no ha finalizado.

El investigador ha desarrollado algo nuevo, algo que en tiempos pasados no se hubiera podido imaginar siquiera y en el furor de este acierto se ha olvidado de finalizar, de cerrar esa investigación. Ve y disfruta ese logro pero no estudia, no analiza las consecuencias. La comunidad científica se ve seducida y comienza a poner en práctica el resultado de dicha investigación. La sociedad tiene una forma más de realizar el deseo de la paternidad, las mujeres pueden ser madres sin que la maternidad afecte su vida social o laboral, pues otra mujer puede gestar a su hijo.

Si las técnicas de reproducción no han sido del todo perfeccionadas, y los hijos nacidos por estas técnicas presentan algún tipo de discapacidad, ¿cómo será su integración en una sociedad que no cuenta con una cultura del discapacitado?. Por este motivo el resultado de estas técnicas reproductivas debe ser tomado en cuenta, hay que dar una continuidad, pues de seguir así se acarrea un problema grave para la sociedad.

Como se observa, el problema no radica en si la Iglesia está o no de acuerdo, la gente no debe cerrarse ante la tecnología, debe informarse y

exigir a los científicos un trabajo con calidad que beneficie a la humanidad y que no ocasione problemas a futuro.

Impacto de los problemas jurídicos en la sociedad.

A nadie se le puede negar el derecho de ser padre cuando se vive en una sociedad donde las técnicas de procreación asistida permiten que la mujer y el hombre estériles sean padres.

El problema aquí es cuando surgen conflictos a causa de estas prácticas, pues las diversas situaciones que se pueden dar en este campo, respecto de la maternidad y la paternidad, no se encuentran establecidas en la ley.

Actualmente las técnicas de fecundación asistida y la maternidad subrogada han despertado el interés y la necesidad de regular estas prácticas.

Ante el desdoblamiento de la maternidad y la paternidad compartida de los hijos el Derecho se ve afectado, en especial el Derecho Familiar y Sucesorio, pues ambos necesitan replantearse conceptos tan clásicos, básicos y fundamentales como los de la paternidad y la maternidad. Pero las disociaciones no terminan aquí, pueden extenderse a conceptos que hasta ahora no se han discutido, el derecho a la filiación no es el único afectado pues las cuestiones de la

concepción involucran a dos personas a su presente y a su futuro, por esta razón el Derecho Familiar debe ser considerado para que se modifique y se adapte al contexto actual.

La intervención del legislador no debe de manifestarse a favor o en contra de éstas técnicas, mucho menos a limitarlas, el legislador debe establecer las reglas bajo las cuales se pueden realizar las prácticas de fecundación asistida sin afectar los derechos de otras personas y mucho menos los derechos del hijo producto de estas prácticas, es necesario crear una regularización específica para dar seguridad a las personas que requieren de dichos procedimientos para poder ser padres.

CAPÍTULO IV

LA SUBROGACIÓN DE MATRIZ EN EL DERECHO COMPARADO

Los nacimientos por el método de fecundación in vitro y traslado de embrión son numerosos, asimismo las clínicas especializadas han hecho su aparición en casi todo el mundo sin que exista una regulación al respecto, México no ha escapado ante esta realidad. Médicos, abogados y parejas estériles que han recurrido a las técnicas de fecundación asistida se han enfrentado a diversos problemas jurídicos derivados de las prácticas de procreación asistida que actúan al margen de una legislación insuficiente y en muchos casos ausente.

La regulación de la tecnología reproductiva en los países se realiza de diversas formas y no siempre se respeta la dignidad del embrión humano, dicha regulación puede constar de legislaciones específicas con o sin sanciones penales, reglamentación de tipo administrativo, recomendaciones de tipo ético-médico emitidas por asociaciones de profesionales médicos, Comités o Consejos Nacionales éticos.

Para hablar de la subrogación de matriz en el Derecho Comparado es necesario referirse a Estados Unidos de Norteamérica como una referencia histórico-legislativa, pues como mencioné en el capítulo segundo la maternidad subrogada aparece en 1975 en el estado de

California, y porque además en ese país la práctica de la maternidad subrogada alcanza niveles inimaginables.⁸⁹

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En este país son varios los proyectos de ley que se han presentado para regular la maternidad subrogada sin que ninguno de ellos haya sido aprobado, y al parecer la legislación vigente sobre inseminación artificial no resuelve los conflictos jurídicos que la maternidad subrogada presenta, es por esto que en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, la opinión generalizada en Estados Unidos se inclina por aprobar una legislación especial que se encargue de resolver los problemas planteados por la maternidad subrogada y sobre todo los contratos bajo los cuales se realiza esta práctica.

La legislación sobre la materia es necesaria en este país, pues el hecho de que no existan normas que regulen o prohíban esta práctica ha permitido que los contratos de maternidad subrogada se multipliquen a lo largo y ancho del territorio, por lo que ha obtenido gran aceptación social.

Lori Andrews explica que *“las técnicas de reproducción humana son recibidas en la sociedad con gran conmoción, y después de atravesar por diversas etapas finalmente son aceptadas.”*⁹⁰ Los temas con gran polémica como es el caso de la reproducción asistida se enfrentan a una

⁸⁹ SOTO LAMADRID, Miguel A. Op. Cit. P. 374.

⁹⁰ Citada por SOTO LAMADRID, Miguel A. Op. Cit. P. 375.

negación horrorizada, pues implican un cambio en las costumbres establecidas, posterior a esta etapa la sociedad simplemente se niega a aceptarla, el horror desaparece y en forma gradual estos fenómenos se estudian para después ser aceptados sin ningún tapujo.

Es a través de estas etapas en que la autora antes citada clasifica el sentir de los Estados que conforman la Unión Americana respecto a la maternidad subrogada, su práctica y su regulación.

En la etapa de horror, muchos proyectos de ley fueron rechazados tal es el caso de Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin; en estados como Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pennsylvania existía una oposición en cuanto a la subrogación onerosa.

En los proyectos presentados para el estado de Florida, New York y el Distrito de Columbia se rechazaba la maternidad asistida con remuneración, se permitía la maternidad subrogada en forma gratuita y con una amplia reglamentación.

Para el estado de Michigan, el proyecto se presenta con una actitud prohibitiva, pues la persona que participe en un contrato de subrogación materna cometerá una infracción y su falta será castigada con una multa no mayor de diez mil dólares o pena de prisión que no exceda de un año. Del mismo modo sanciona a las personas que podemos considerar "intermediarias" para la constitución de dichos contratos, en este

supuesto se colocan las personas que sin participar en la relación principal, inducen, arreglan, procuran o cooperan en la formación del contrato, dichas personas serán sancionadas con una multa máxima de cincuenta mil dólares o pena de prisión que no exceda cinco años, la misma sanción se aplicará a las personas que faciliten estos contratos con mujeres menores.

En la etapa de la negación simple, los legisladores se manifestaron en contra de la maternidad subrogada y niegan validez a los contratos con la finalidad de desanimar a las parejas que a través de este método pretendan convertirse en padres. Los legisladores de Connecticut, Illinois, North Carolina y Rhode Island, propusieron que los contratos de subrogación fueran inválidos e inexigibles. En este tipo de propuestas legales no se establecía sanción alguna para las partes que participaran en este contrato, pero si la subrogada no entregaba al niño, el contrato no se le podía exigir.

Se da también la etapa de la evaluación en la cual se forman comisiones de estudio para la valoración de los beneficios y riesgos que la maternidad subrogada presentaba, Delaware, Indiana, Louisiana, Rhode Island y Texas adoptan dichas comisiones.

En la etapa de aceptación el Distrito de Columbia, Florida, New York y Wisconsin aceptan la subrogación gratuita y los proyectos legislativos de California, Illinois, Maryland, Massachussets, Michigan,

Minnesota, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania y South Carolina admiten los contratos tanto onerosos como gratuitos.

En la actualidad diecisiete Estados de este país cuentan con algún tipo de legislación al respecto, tal es el caso de Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, New Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin.

A excepción de Arkansas, Iowa, Kansas, Ohio y Wisconsin, el resto de los Estados antes mencionados establecen que estos contratos no pueden ser obligatorios en los casos en que la madre natural desee conservar a la criatura.

En Kentucky, se prohíbe cualquier participación en la celebración de un contrato de subrogación materna a cambio de un beneficio o compensación. Indiana contempla la misma prohibición y la extiende a los contratos gratuitos. Pero en ambos Estados no se contempla sanción alguna para los infractores.

La Suprema Corte de Justicia de New Jersey sostiene que los contratos de subrogación materna no pueden ser forzosos en su cumplimiento, mientras no sea creada una ley que disponga lo contrario.

En Nevada se aceptan los contratos de maternidad subrogada gratuitos, y a la madre natural se le otorga el derecho de revocar su

consentimiento de entregar al bebé, antes del nacimiento de éste o dentro de las setenta y dos horas siguientes al parto, pues el consentimiento otorgado antes de este plazo es nulo.

Florida sigue un criterio similar al de Nevada, la madre subrogada no puede otorgar un consentimiento válido para ceder sus derechos maternales, antes de que el hijo haya cumplido siete días de nacido, además este Estado otorga a la madre natural o gestante el derecho de renunciar al cumplimiento del contrato, se prohíbe que la madre sustituta reciba un pago por este servicio, pero los gastos de manutención durante el embarazo son permitidos.

En Utah, se permite la subrogación gratuita pero el cumplimiento del contrato no es obligatorio, se considera como delito menor participar como intermediario en este tipo de contratos. Washington observa disposiciones similares a las de Utah.

Arkansas no establece de forma expresa que los contratos de subrogación sean obligatorios, pero existen disposiciones que de alguna manera lo sugieren, como es el hecho de que el hijo nacido de un contrato de este tipo se considera hijo del padre biológico y de su esposa; si es soltero sólo lo será de éste; y de la mujer solicitante cuando se haya utilizado el semen de un donador. Con esto se pretende eliminar a la madre subrogada de una probable controversia sobre el establecimiento de la maternidad.

Tal parece que la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica sobre la maternidad subrogada se hace porque se tiene que hacer, pero en realidad no resuelve los problemas que esta técnica de reproducción asistida plantea, pues a pesar de regular los contratos de subrogación no les da plena validez al otorgarle a la madre el derecho de no cumplir con lo pactado, ante esto las demás disposiciones están de sobra. Sin embargo, la mayoría de ellas castigan celosamente a los "intermediarios" con multa o pena de prisión, no obstante que, en Estados Unidos existen más de veinte agencias intermediarias, que ponen en contacto a parejas estériles con mujeres que se prestan a ser alquiladas. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden las madres que se ofrecen y las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables, donde los honorarios sobrepasan los cincuenta mil dólares que incluye gastos médicos y de abogados.

ARGENTINA

A pesar de ser uno de los países que cuenta con gran número de bibliografía respecto al tema, no cuenta con una legislación que lo regule. Sin embargo, Miguel Ángel Soto Lamadrid asegura que *"el tema de la filiación culmina en Argentina con la ley 23.264 de 1985, la cual se convierte en una de las más avanzadas del continente."*⁹¹

⁹¹ Ibidem. P. 354.

Establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, y coloca al factor genético sobre cualquier otra fuente de la filiación, pues establece en su artículo 256 que *“la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”*.

Con relación a la impugnación de la maternidad, el artículo 261 señala *“la maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”*, el artículo siguiente dice que *“la maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo”*.

Se entiende entonces que en el caso de maternidad subrogada ¿la mujer que aportó el óvulo puede reclamar su maternidad, una vez que ha probado el nexo biológico?

La doctrina argentina se pronuncia sobre la maternidad subrogada y sobre la problemática jurídica y genética de la forma siguiente:

Bossert y Zannoni se refieren a la impugnación de la maternidad como una acción tendiente a demostrar que no hay un vínculo real de filiación entre el hijo y quien aparece como su madre, lo cual, previa demostración de la falta de concordancia con la realidad biológica, destruye el vínculo de filiación que aparece registrado. Esto es debidamente permitido, pues la norma establece que la maternidad

puede impugnarse por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.

Esta norma en su amplio significado, permite incluir el caso de que, conforme a los procedimientos de fecundación extracorporal, se implante para su desarrollo posterior, en el útero de una mujer, el huevo u óvulo fecundado de otra mujer.

Sin embargo, el artículo 242 se refiere a que la maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento, aun sin mediar el reconocimiento expreso. De este precepto se desprende que la determinación legal de la maternidad opera aun en contra de la voluntad de la madre.

La ley 23.264 determina la maternidad, si ésta resulta directa e inmediatamente del nacimiento: demostrando el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica. De este modo -dicen Borsset y Zannoni- el Código Civil da un trascendente avance hacia la concordancia entre el supuesto biológico y el vínculo jurídico emergente de la filiación.

“El parto constituye un dato biológico externo de la maternidad, pero no hace que la maternidad jurídica y la biológica coincidan, como lo aseguran Borsset y Zannoni, -dice Miguel Ángel Soto Lamadrid- aunque tenga el suficiente poder de convicción para presumirla, porque ya no es misterio para la doctrina que las técnicas de reproducción

*asistida han disociado el fenómeno de la fecundación del proceso de gestación y parto, además de que las pruebas biológicas a que orgullosamente hace alusión la reforma, sólo son comprensibles si se aplican al genotipo aportado por los padres biológicos y no al exclusivo fenómeno del parto.*⁹²

Así podemos observar que la innovación de este Código Civil radica en que la maternidad determinada por el parto puede ser desvirtuada por cualquier interesado que sostenga y pruebe que no existe ningún nexo biológico entre la persona nacida en el parto y la madre putativa.

Dice el mismo autor que la determinación de la maternidad creada por el artículo 242 no se puede interpretar en una forma regresiva, es decir, que la interpretación de este artículo no debe de tomarse al pie de la letra, puesto que nos llevaría a determinar la maternidad por el hecho del parto, ya que de ser así la impugnación de la maternidad no sería posible, ni el factor predominante sería el nexo biológico y no se admitirá cualquier tipo de prueba, por tanto estaríamos ante una ley que no presenta avance alguno.

Podemos observar que este código, en el caso de una controversia para determinar la maternidad producto de una subrogación, permite que ambas mujeres actúen con apego a la ley para determinar la maternidad, aun cuando esta ley se abstiene de dar una solución directa respecto al

⁹² *Ibíd.* P. 359.

tema. Algunos doctrinarios opinan que los legisladores han tenido una actitud prudente respecto al tema, pues la discusión del mismo toma una posición de carácter filosófico y es preferible esperar a que el razonamiento y el pensamiento de los hombres señalen cuál es la solución más adecuada, aunque algunos doctrinarios se pronuncian a favor de quien ha tenido la voluntad de tener al hijo y asumir el rol materno, así señalan lo siguiente:

Si quien tuvo la voluntad de procrear fue la mujer que dio a luz, será ésta la madre, aun cuando se hubiese efectuado la fecundación con un óvulo ajeno. Si por el contrario, la mujer que quiso tener un hijo fuese la autora del óvulo implantado, será ésta la madre del nacido.

Si bien es cierto que Argentina no cuenta con una legislación específica para la maternidad subrogada, podemos notar el acierto del legislador en cuanto a poner el nexo biológico sobre cualquier otra fuente de la filiación, pues el principio romano⁸ de que la madre siempre es cierta se funda en el nexo biológico que se presumía con el parto, actualmente la fecundación se puede separar la gestación y el alumbramiento, pero aunque el hijo nazca de otra mujer el nexo biológico se establece con la mujer que ha aportado el óvulo, por tanto esta es la madre, sin restar el mérito que la madre gestante tiene en el procedimiento.

BRASIL

Este país al igual que Argentina y que muchos otros países de América Latina, no cuenta con una legislación específica sobre la maternidad subrogada, esto no quiere decir que por el hecho de que no exista una legislación sobre la materia esta práctica no se lleve a cabo.

“El Consejo Federal de Medicina estableció en materia de gestación de sustitución que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica, pues el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.”⁹³

Las leyes europeas sobre reproducción asistida aceptan en general estas técnicas, con distintos matices, la maternidad subrogada no es desconocida en Europa y el rechazo es unánime en este continente.

⁹³ CFM resolución núm. 1358/92

De acuerdo con el tipo de legislación en materia de reproducción asistida, podemos agrupar a los países europeos en distintos grupos:

1. Países con legislación específica sobre técnicas de reproducción asistida y experimentación embrionaria. Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania.
2. Países con proposiciones de ley. Francia, Portugal, Italia, Austria y Bélgica.
3. Países con medidas legales (Decretos Ley o normativas) que reglamentan aspectos generales de las técnicas de reproducción (se refieren más a la inseminación artificial). Portugal, Bulgaria, Hungría, Austria, Francia y Holanda.
4. Países sin legislación vigente sobre las técnicas de reproducción asistida, se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos. Irlanda y Suiza.
5. Instituciones como: Consejo Nacional Ético danés y Comité Nacional de Ética francés.⁹⁴

En materia de subrogación de matriz, veremos la legislación de algunos países europeos como es el caso de España, Reino Unido de la Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania. Cabe hacer mención que en ninguno de estos países existe una legislación específica sobre la maternidad arrendada, salvo el caso de Inglaterra que la regula en *Surrogacy Arrangements Act 1985* (Acta de Acuerdos Subrogatorios de 1985).

⁹⁴ www.bioeticaweb.com

ESPAÑA

El Informe Palacios propone que deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia, asimismo deberá sancionarse a las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aun cuando éste no sea por escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen.

El informe se convierte en propuesta de Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, este proyecto es presentado por el Grupo Socialista Español ante el Congreso de los Diputados y además de contener la prohibición de estas prácticas agrega que, si a pesar de todo se realiza la gestación y hay descendencia, de acuerdo con el proyecto, la madre será la gestante, y los hijos serán registrados sin padre.

En España rige la Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Según la exposición de motivos en esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola.

En su primer artículo la ley señala que regulará las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.

El artículo 10 a la letra señala:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a la reglas generales.

Al respecto esta ley es muy clara, prohíbe todo tipo de contrato subrogatorio sea gratuito u oneroso y la filiación del hijo se determina por el parto. Es notoria la oposición de este país respecto a esta práctica, pero en su legislación no establece sanción alguna para quien practique este método, de tal forma los ciudadanos podrán realizar esta práctica con el riesgo de perder al hijo, puesto que el contrato de subrogación de matriz no es válido y por tanto no se puede exigir a la madre gestante cumpla con lo acordado. ¿Será que el Estado pretende evitar esta práctica con lo dispuesto en el segundo punto del artículo 10, y en consecuencia no cree necesario la sanción a esta práctica?

A pesar de la prohibición y la nulidad del contrato de subrogación, nada se opone a que éste concluya felizmente. Es cierto que las disposiciones antes mencionadas identifican a la madre por el hecho del parto y desplazan a la madre genética, pero esta disposición no impide que la promesa se cumpla y que la madre subrogada entregue el hijo a los padres genéticos.

REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA

En julio de 1984 se publicó un Informe emitido por un Comité investigador creado por el Gobierno Británico en 1982 para examinar los avances realizados en el campo de la fertilización y embriología humanas, para formular recomendaciones. Dentro de las conclusiones más importantes figuró la de que algunos tipos especiales de tratamiento de la infertilidad y de las investigaciones sobre embriones humanos eran aceptables en términos generales, pero que la práctica de la maternidad delegada debía prohibirse; asimismo estableció la necesidad de crear un organismo legal e independiente para controlar los servicios dedicados al tratamiento de la infertilidad y para autorizar y vigilar las investigaciones que se realizaran.

Este informe, se conoce como "Informe Warnock", y ha sido de gran importancia ya que fue tomado en consideración por las Comisiones de estudio sobre procreación humana asistida en otros países, entre ellos, España.

El Informe Warnock, recomendó aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para officiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

La consecuencia de este informe fue el Acta de Acuerdo o Disposiciones de Subrogación de 1985. En ella se condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios, sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

Se ha determinado que la intervención de alguna agencia o intermediario en la celebración de este tipo de contratos, constituye un delito.

FRANCIA

El legislador francés no ha aprobado legislación que tome en cuenta estas técnicas, como consecuencia de ello, el desarrollo de las técnicas queda sometido al criterio ético de quienes las aplican aconsejados por el Comité de Ética y por las directrices del Colegio Nacional de médicos.

Para ayudar a resolver los numerosos problemas que plantea la investigación biológica y las nuevas técnicas de procreación, el Decreto número 83.132 del 23 de febrero de 1983 creó el Comité Consultivo Nacional de Ética para las ciencias de la vida y de la salud, con una doble misión: emitir opiniones sobre los problemas morales planteados por la

investigación en los campos de la biología, de la medicina y de la salud, y organizar cada año una conferencia en el curso de la cual fueran abordadas públicamente cuestiones éticas importantes en el campo de las ciencias de la vida y la salud.

El Comité es, un órgano de reflexión, y sus opiniones no tienen valor imperativo, pero se ponen en conocimiento de los Ministerios de Investigación y Sanidad, y son ampliamente difundidas al público.

El Comité Nacional de Ética ha rechazado la práctica de la maternidad subrogada y recomienda que en la legislación vigente no se de cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legislar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

ITALIA

Algunos han querido ver en la presencia del Vaticano, y en el pronunciamiento oficial de la Iglesia sobre la procreación humana, un factor que ha influido en la ausencia de legislación sobre esta materia.

En Italia se presentaron varias propuestas de ley, provenientes de otros tantos grupos políticos, pero el más relevante fue el de marzo de 1985. Se caracterizaba por exigir una edad mínima para la inseminación artificial de 18 años, y consentimiento escrito. Admitía la donación de

semen y óvulos, y prohibía indirectamente la maternidad de alquiler al decir que se prohibía utilizar óvulos fecundados en mujer distinta de aquellas que los proporcionó a fin de obtener una fecundación in vitro.

Por su parte Javier Gafo, en su libro sobre las Nuevas técnicas de reproducción humana artificial, propone que se eleve a delito la implantación de embriones en mujer distinta de la que solicitó la FIV con sus propios gametos, y que se olvide el caso mas grave de aportación de óvulo y vientre. Comenta, además, que en el proyecto italiano, esta conducta se prohíbe por el artículo 8º y se penaliza en el 16 con multa de veinte a cien millones de liras y suspensión del ejercicio de la profesión, por un periodo no inferior a cinco años.⁹⁵

ALEMANIA

Las cuestiones éticas y jurídicas que llevan consigo la fecundación in vitro, el análisis de los genomas y la terapéutica genética, parecieron a los poderes públicos de la antigua Alemania Federal suficientemente graves como para necesitar una reflexión global y profunda. Así los Ministros de Justicia e Investigación se reunieron en mayo de 1984 para crear una comisión de expertos encargada de redactar un trabajo general de estudios y proposiciones. Se estimó necesario que esta comisión reuniera representantes de todas las disciplinas afectadas.

⁹⁵ Citado por SOTO LAMADRID, Miguel A. Op. Cit. P. 371.

La Comisión adoptaba las resoluciones siguientes: admitía la fecundación in vitro, pero al tratarse de fecundaciones in vitro realizadas con donación de semen u óvulos se mostraba reticente, más cuando se trataba de donación de embriones, y se aconsejaba prohibir la maternidad de sustitución.

Es interesante resaltar la importancia que representa, para el informe que presentó la Comisión, en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el producto. En este sentido, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstención de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguno de los contratantes quisiera hacerse cargo de él.⁹⁶

En vista de estas prohibiciones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Dichas recomendaciones se encuentran en una ley cuya vigencia data de 1991.

Podemos ver que en los países europeos el criterio de la prohibición de la maternidad subrogada es uniforme, salvo el caso de

⁹⁶ www.revistapersona.com.ar

Inglaterra que permite la maternidad subrogada gratuita, el criterio de sanción para los intermediarios también se generaliza y las situaciones del porqué no se permite esta práctica son diversas.

AUSTRALIA

La legislación respecto al tema pertenece al estado de Victoria, el cual reputa como nulo el contrato por el cual se presta este servicio y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúe el mismo.

La legislación de este Estado no castiga la subrogación en sí misma, sino el carácter lucrativo de esta forma de reproducción, así Miguel Ángel Soto Lamadrid concluye que *“la maternidad sustituta, realizada por razones altruistas y sin ninguna remuneración, será inmoral y además ilícita en Australia, pero no delictiva.”*⁹⁷

MÉXICO

Las nuevas realidades surgidas del avance de la medicina, la biología y la genética plantean interrogantes que superan todo lo que la ley hubiese podido prever. Por esta razón, algunos conceptos del derecho deben transformarse, principalmente en el Derecho de Familia.

En nuestro país no existe una ley que regule las prácticas derivadas de las técnicas de reproducción asistida, mucho menos disposiciones

⁹⁷ SOTO LAMADRID, Miguel A. Op. Cit. P. 372.

normativas que rijan a la maternidad subrogada, la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana, la regulación de los procedimientos de fecundación o fertilización asistida corresponde a las disposiciones de órganos y tejidos, así como al Título Decimocuarto “Donación, transplantes y pérdida de la vida”.

Como expresé en un principio, no hay una ley específica sobre la materia, pero me referiré a las disposiciones contenidas en la Ley General de Salud que se aplican a las técnicas de reproducción asistida, sin que las regule directamente.

La Ley General de Salud reglamenta el derecho a la protección de la salud de acuerdo con el artículo 4º Constitucional párrafo cuarto: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.*

El artículo 2 de la misma ley señala que la protección de la salud tiene diversas finalidades, dentro de las que nos ocupan para nuestro tema están las siguientes:

1. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;*
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.*

El uso de las técnicas de reproducción asistida involucran la salud de la mujer que se somete a las mismas y la del ser que está por nacer, así como la necesidad de implicar todos los conocimientos y con ellos el avance científico y tecnológico que conllevan al mejoramiento y perfeccionamiento a dichas prácticas. De ahí la relación de estas fracciones con el tema.

El artículo 3 nos señala que es materia de salubridad general:

- IV. La atención materno-infantil;*
- V. La planificación familiar;*
- VII. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud;*
- IX. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;*
- XXVI. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos;*

En las fracciones que acabo de señalar se protegen diversos aspectos que intervienen en el uso de las técnicas de reproducción asistida, en ellas se vela por la higiene de los establecimientos que en su caso se requerirán, de las células y órganos que se emplean en estas técnicas. Recordemos además, que las técnicas de reproducción asistida

son el resultado de los avances en la investigación de la biología y la genética, cuya finalidad es lograr que el ser humano que no puede procrear de manera natural pueda tener hijos.

Un artículo de gran importancia en esta ley es el 7º el cual señala que la coordinación del Sistema de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, a la cual le corresponde:

XIV. Impulsar la permanente actualización de las disposiciones legales en materia de salud,...

Los artículos que se refieren específicamente a la reproducción asistida son pocos e ineficientes para regular los conflictos que éstas presentan al momento de que se llevan a la práctica y el resultado de los mismos, por tanto, es necesario se elabore una ley que regule de manera específica todos y cada uno de los aspectos que se relacionan con cada técnica.

El Título Decimocuarto de la Ley General de Salud se refiere a la “Donación, transplantes y pérdida de la vida”, uno de los artículos más importantes de este título es el 314 en el cual se establecen algunos conceptos que se aplican a las técnicas de reproducción asistida, como son:

I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;

V. **Destino final**, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;

VI. **Disponente**, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;

VII. **Donador o donante**, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;

VIII. **Embrión**, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

IX. **Feto**, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

XI. **Producto**, a todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

XII. **Receptor**, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;

XIV. **Trasplante**, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

Como podemos observar, los conceptos arriba citados intervienen en los proceso de la fecundación artificial como es el caso de las células germinales; los donadores y cónyuges que se ven implicados en estas técnicas se adecuan al supuesto de disponente; como donadores están el hombre y la mujer que aportan el semen y los óvulos, o la mujer que dispone de su cuerpo para gestar un hijo ajeno; respecto al embrión, éste tiene un papel importante en dichas técnicas, sobre todo en la FIV y sus derivados.

El artículo 315 señala cuales son los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria para operar, dentro de éstos se ubican a aquellas clínicas o centros donde se realizan las técnicas de fecundación asistida, pues requieren de la extracción, donación y transplante de células germinales e incluso embriones.

El contenido del artículo 319 es importante para el tema que nos atañe, pues a la letra señala lo siguiente: *“Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley”*. Para que cualquier institución pueda disponer de éstas, se requiere de la autorización de la Secretaría de Salud, en consecuencia toda investigación que se realice con gametos debe de contar con la autorización del gobierno.

El artículo 320 señala: *“Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título”*. De acuerdo con este precepto cualquier

persona puede donar sus gametos o prestar su cuerpo para que se realice la gestación de un hijo. El artículo 322 en su tercer párrafo señala “...el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte”. En el caso de una madre subrogada, ¿puede ésta revocar su consentimiento una vez que se le ha implantado el embrión? Creo que este precepto debe ser modificado, pues hay fases en los procedimientos de la reproducción asistida donde dicha revocación ocasionaría muchos problemas, aunque claro, estamos frente a una ley cuyas disposiciones no son para regular las técnicas de reproducción asistida, y a falta de una legislación específica se regula con disposiciones establecidas para regir situaciones que poco tienen que ver con la reproducción asistida. Es por esto que urge una legislación adecuada para cada una de las técnicas en la cual se regulen los supuestos que se pueden dar y sobre todo mantenerla siempre actualizada.

El artículo 326 fracción primera señala que el consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

1. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido,

De acuerdo con el párrafo anterior, la mujer que pretende ser madre subrogada, no debe ubicarse en este supuesto.

El artículo 327 a la letra dice: *“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se registrará por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”*. Este artículo es de gran importancia, pues aquí podemos sustentar la prohibición de una maternidad subrogada onerosa.

Las prácticas de reproducción asistida se llevan a cabo en instituciones públicas y privadas y no se cuenta con una legislación vigente, la Ley General de Salud no trata el tema como se merece y ello implica interpretarla para adecuarla a una realidad que no se tenía contemplada.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, en su artículo 40 da un concepto de fertilización asistida:

XI. Fertilización asistida. Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

Esta definición resulta inadecuada, pues la fertilización o fecundación asistida se refiere a más de dos métodos para lograr la procreación. La fertilización asistida se refiere a todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un método distinto a la cópula.

El mismo reglamento en su artículo 43 señala: *“...y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario...”*. Lo cual significa que sea cual sea la técnica a aplicar se requiere del consentimiento de la mujer y de su cónyuge o concubino.

Por último, el artículo 56 dice: *“La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador”*.

Se deduce entonces que los elementos indispensables para que se utilicen las técnicas de fecundación son:

- Consentimiento expreso de la pareja o de la persona que se someterá a la misma.
- Que exista una causa de esterilidad, que no se puede resolver por otro método.
- El médico deberá emitir un dictamen donde conste la necesidad de dicha técnica, por existir una causa incurable.

En cuanto a la maternidad subrogada, de acuerdo con lo estipulado en los ordenamientos legales a los que hice referencia, podemos concluir:

- Con base en el artículo 320 (LGS), la mujer puede disponer de su cuerpo para gestar a un hijo que le es ajeno genéticamente.

- Con base en el artículo 322 del mismo ordenamiento, la mujer que pretende subrogarse puede revocar su consentimiento en cualquier momento.
- Las mujeres que sean menores de edad, incapaces o que no puedan expresar libremente su consentimiento no son susceptibles de portar un hijo ajeno. (art. 326)
- Sólo se admite la subrogación gratuita, en virtud del artículo 327.
- Cuando la mujer subrogada y la solicitante son casadas o viven en concubinato, deberá contar con el consentimiento de su pareja. (art. 46 RLGSIS)
- La maternidad subrogada podrá emplearse siempre y cuando medie una causa de esterilidad e infertilidad, la cual no pueda ser tratada por otro método. (art. 56 RLGSIS)

No olvidemos que estamos ante una ley la cual debe ser interpretada para su aplicación en el ámbito de la fecundación asistida, y que además resulta insuficiente para regular la maternidad subrogada y las demás técnicas de reproducción asistida.

El 25 de abril de 2002, el diputado Walter Alberto Widmer López, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la Iniciativa de Decreto de Ley de Reproducción Asistida para el Distrito Federal, la cual se compone de 60 artículos mismos que se distribuyen en trece capítulos a saber: *Definiciones, De los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, De las técnicas admitidas, De los requisitos para aplicar las técnicas de*

homólogas de reproducción asistida, De los requisitos para aplicar las técnicas heterólogas de reproducción asistida, De los donantes de células germinales para técnicas heterólogas de reproducción asistida, De los requisitos para aplicar la subrogación de vientre, De la situación jurídica del hijo producto de las técnicas de reproducción asistida, De las prohibiciones en materia de técnicas de reproducción asistida, De la investigación y experimentación aplicadas a las técnicas de reproducción asistida, Del Comité de Bioética del Distrito Federal, Sanciones administrativas y Delitos.

Para los efectos de la maternidad subrogada me referiré sólo a las definiciones, a las técnicas admitidas, a los requisitos para aplicar la subrogación de vientre y a la situación jurídica del hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.

El objeto de esta iniciativa de ley es regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y sus equivalentes que permitan la procreación fuera del proceso natural, siempre y cuando se realicen en el territorio del Distrito Federal.

Define a las técnicas de reproducción asistida como: *“Aquellas prácticas clínicas y biológicas que persiguen la procreación natural, ya sea por medio de manipulación directa de las células germinales o por subrogación de vientre”.* (Art. 2. fracción VI)

El mismo artículo en su fracción X define la subrogación de vientre: *“A la técnica por medio de la cual el embrión es gestado en el vientre de una tercera persona que presta su cuerpo para anidarlo y lleva a término el embarazo, comprometiéndose a entregar el niño a la pareja solicitante en el momento mismo del alumbramiento”*.

Establece que las técnicas de reproducción asistida se podrán usar para lograr la concepción para las parejas que sufren esterilidad o infertilidad y no como alternativa al proceso natural. Esta disposición prohíbe que la mujer recurra a la subrogación de matriz cuando ésta no desea pasar los malestares del embarazo, la deformación de su cuerpo o alejarse de su vida laboral a causa de éste, o cualquier otra causa distinta a la esterilidad o infertilidad.

Las técnicas a las que una pareja estéril o infértil puede recurrir son: inseminación artificial, transferencia intratubaria de células germinales, fecundación in vitro y subrogación de vientre. Todas ellas de forma homóloga y heteróloga, salvo el caso de la subrogación de vientre la cual se debe de realizar cuando menos con uno de los gametos de la pareja solicitante como veremos mas adelante.

El artículo 7 prohíbe la subrogación en la modalidad de maternidad subrogada, es decir, donde se aporta el vientre y el óvulo (de acuerdo con esta iniciativa), cuando el semen provenga de un tercero.

Esta iniciativa de ley refleja un gran respeto por la dignidad del embrión humano, pues sólo permite la fecundación in vitro siempre y cuando se realice una fertilización para después implantarlo en el útero de la mujer.

La subrogación de vientre se puede realizar en las siguientes modalidades:

Gestación subrogada. Es el proceso mediante el cual una mujer ajena a la pareja solicitante presta su cuerpo para gestar el embrión y llevar a término el embarazo, comprometiéndose a entregar el producto de la gestación a la pareja solicitante en el momento mismo del alumbramiento. Dicho acto deberá realizarse mediante declaración unilateral de voluntad de la gestadora subrogada.

Maternidad Subrogada. Es el proceso mediante el cual una mujer ajena a la pareja solicitante aporta, además del elemento gestacional (útero), el elemento genético (óvulos), comprometiéndose a entregar el producto de la gestación a la pareja solicitante en el momento mismo del alumbramiento. Dicho acto deberá realizarse mediante declaración unilateral de voluntad de la madre subrogada.

En el primer caso, el embrión implantado en la mujer subrogada debe de estar conformado cuando menos con una de las células germinales de uno de los miembros de la pareja solicitante. En el segundo, el semen debe provenir del hombre de la pareja solicitante. Esto

se hace con la finalidad de evitar la llamada adopción prenatal, esto es cuando el hijo no pertenece genéticamente a ninguno de los miembros de la pareja solicitante.

La mujer que recurra a la subrogación de vientre, debe acreditar que no puede gestar o concebir y gestar al hijo y con la autorización del Comité de Bioética del Distrito Federal.⁹⁸

Se establecen cuatro requisitos para las mujeres que pretenden ser madres subrogadas:

- I. Ser mayores de 18 años y contar con plena capacidad.*
- II. En caso de que la madre gestadora o subrogada sea casada deberá contar con el consentimiento expreso de su cónyuge.*
- III. No ser transmisoras de enfermedades que confieran riesgos al ser humano producto de la concepción.*
- IV. No haber sido madre gestadora o subrogada con anterioridad.*

La declaración unilateral de la voluntad de la gestadora y de la pareja solicitante a la que se hace mención en las modalidades de la subrogación de vientre, deberá manifestar lo siguiente:

Madre gestadora o subrogada.

⁹⁸ Este Comité se pretende crear al ser aprobada esta iniciativa. De acuerdo con el artículo 37, el Comité de Bioética del Distrito Federal se crea como un órgano colegiado, dependiente de la Secretaría de Salud del Distrito Federal. Deberá estar integrado por profesionistas de las distintas áreas que incidan en la práctica de técnicas de reproducción asistida, en los términos que establezca el Reglamento de la Ley.

- a) Que prestará su cuerpo para anidar el embrión proveniente de las células germinales ya sean de la pareja solicitante, de donantes o las propias y llevará a término la gestación durante el tiempo que ésta dure.
- b) Que tomará los cuidados necesarios para que la gestación se lleve a cabo en óptimas condiciones.
- c) Que entregará el producto de la gestación a la pareja solicitante en el momento del alumbramiento.
- d) Que no percibirá remuneración alguna.

Pareja solicitante.

- a) Que no dará remuneración alguna a la gestadora o a la madre subrogada.
- b) Que se comprometen a pagar todos los gastos que genere el embarazo de la gestadora o madre subrogada, así como las secuelas derivadas del mismo, hasta el total restablecimiento de su salud.
- c) Que se comprometen a pagar los gastos que genere el alumbramiento.
- d) Que se harán responsables del producto de la gestación aun cuando nazca con alguna enfermedad congénita, defectos o malformaciones imputables a los médicos o a la madre gestadora, independientemente de las responsabilidades que se puedan fincar a estos últimos.
- e) Que se harán responsables del producto de la gestación y de los gastos que se generen en caso de nacimiento muerto.

Ambas declaraciones deberán estar certificadas por el Juez de lo Familiar o Notario Público.

La subrogación de vientre es irrevocable, el consentimiento se podrá revocar antes de la concepción. Además todo proceso de subrogación de vientre debe inscribirse en el Registro de Subrogación de Vientre para tener un control y evitar que las mujeres se subroguen más de una vez.

La filiación de los hijos producto de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la pareja la cual solicitó el empleo de alguna de las técnicas de reproducción asistida, los donantes de la células germinales y las madres subrogadas o gestadoras quedarán relevados de todo lazo de filiación y así queda establecido en los artículos 32 y 33 que a la letra dicen:

“Artículo 32. En el caso de aplicación de técnicas homólogas o heterólogas de reproducción asistida o de subrogación de vientre y para efecto de determinación de parentesco y filiación, los miembros de la pareja solicitante que se hayan sometido a la técnica o que hayan acudido a la subrogación de vientre, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, serán los padres del hijo desde el momento mismo de la concepción con los derechos y obligaciones que en tal calidad les confiere el Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 33. Los donantes de células germinales, así como las gestadoras o madres subrogadas quedarán relevados de todo lazo de

filiación con el hijo producto de las técnicas heterólogas de reproducción asistida o gestados mediante subrogación de vientre, por lo que no tendrán derecho u obligación alguno sobre el mismo.”

Este proyecto actualmente se encuentra turnado a la Comisión de Estudios Legislativos y Prácticas Parlamentarias de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

CAPÍTULO V

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

De acuerdo con el desarrollo de esta investigación, entendemos a las técnicas de reproducción asistida como al conjunto de procedimientos, que mediante la intervención médica, hacen posible la concepción en las parejas que se encuentran imposibilitadas para ser padres.

En el capítulo segundo se explica de manera breve las diferentes técnicas de reproducción asistida, en el cual podemos observar que la inseminación artificial y la fecundación in vitro son las técnicas más importantes, pues de ellos se derivan las demás.

En este capítulo toca hacer mención a las semejanzas y diferencias que existen entre la inseminación artificial, técnica de reproducción artificial más antigua, y la maternidad subrogada, técnica que deriva de la fecundación in vitro y que también hace uso de la inseminación artificial.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

La inseminación artificial es la intervención médica por medio de la cual se introduce el semen en el organismo femenino sin que medie el acto sexual, a fin de producir la fecundación.

La maternidad subrogada es aquella donde una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. La técnica que se emplea puede ser la fecundación in vitro o el lavado de útero.

La fecundación in vitro consiste en la unión del espermatozoide y el óvulo en un laboratorio, al obtener el cigoto se implanta ya como embrión en el útero de su madre. El lavado uterino, recordemos, consiste en depositar el espermatozoide en el útero de la mujer que ha donado su óvulo, una vez fecundado se retira con soluciones salinas y se traslada al útero de la mujer receptora.

Dados los conceptos anteriores, definimos a la maternidad subrogada como la técnica en la cual es implantado un embrión, producto de la unión de los gametos de los padres procreacionales o de gametos donados, en el útero de una mujer, la cual se ha alquilado o ha prestado su matriz para gestar al hijo de otra mujer infértil o estéril.

En ambas técnicas al igual que el resto hay una ausencia absoluta del acto sexual, por eso el adjetivo de “reproducción asistida”. Ninguna

de las dos técnicas cura la esterilidad o la infertilidad de la pareja, simplemente proporcionan una solución para poder ser padres.

La inseminación artificial es una técnica que se emplea generalmente por la esterilidad o infertilidad del hombre, aunque también se puede utilizar cuando se da el caso de una malformación o alteración física en los genitales femeninos. La maternidad subrogada procede ante la esterilidad o infertilidad de la mujer.

El objetivo primordial de la inseminación artificial es el depósito del semen en los órganos genitales de la mujer para que tenga lugar la fecundación, en la maternidad subrogada se deposita el embrión para su gestación. Entonces estas técnicas encuentran su diferencia en el objetivo, una persigue la fecundación y la otra la gestación, sin embargo, el resultado es el mismo, satisfacer el deseo paterno de las parejas estériles.

La inseminación artificial se divide en dos tipos: homóloga y heteróloga. En el primer caso, el semen proviene del marido de la mujer que va a ser inseminada; en el segundo, el semen pertenece a un donante. Un tercer tipo de inseminación artificial es la mixta, donde se da la mezcla del semen.

Con la maternidad subrogada también podemos hablar de dos tipos que equivalen a la clasificación de la inseminación artificial. Maternidad subrogada homóloga o alquiler de matriz, cuando los gametos provienen de la pareja solicitante y la madre sustituta sólo va a gestar al hijo.

Maternidad subrogada heteróloga o subrogación de madre, cuando la mujer que además de gestar al hijo, también dona su óvulo para ser fecundado por el semen del marido que solicita el servicio, pero también puede darse el caso de que los gametos sean donados y no pertenezcan a ninguna de las partes que se encuentran involucradas en el arrendamiento de la matriz.

En el capítulo segundo⁹⁹ se cita a la autora María Carcaba Fernández quien distingue dos situaciones de la inseminación artificial heteróloga: la inseminación remedio y la inseminación de conveniencia. Estas situaciones que la autora comenta también las podemos adaptar a la maternidad por alquiler:

- Maternidad subrogada remedio: cuando da solución a la esterilidad de la pareja.
- Maternidad subrogada de conveniencia: cuando la mujer que solicita los servicios de una madre sustituta lo hace con el fin de evadir el embarazo por cuestiones sociales, laborales, etc. cualquier razón distinta a la médica.

La inseminación artificial procede en los casos siguientes: oligozoospermia se refiere a la movilidad reducida de los espermias, astenozoospermia se refiere al número reducido o ausencia de espermatozoides en el líquido seminal, impotencia masculina, azoospermia secretora cuando no hay producción de espermatozoides,

⁹⁹ Véase la página 5.

azoospermia excretora cuando los conductos secretores están ausentes u obstruidos.

La maternidad subrogada procede ante la infertilidad o esterilidad de la mujer. Observamos entonces que los casos en los que una u otra técnica procede son diferentes.

En cuanto al procedimiento, ambas técnicas pueden realizarse con semen fresco o congelado. La maternidad subrogada deriva de la fecundación in vitro y puede o no hacer uso de la inseminación artificial. Para comparar el procedimiento de la maternidad subrogada y la inseminación artificial es necesario referirse al procedimiento de la fecundación in vitro.

Para la inseminación artificial es necesario obtener el esperma, posterior a esto, viene una selección de los espermias para ser empleados en la inseminación, este proceso se encuentra descrito en el capítulo segundo.¹⁰⁰

Para la maternidad subrogada es necesario realizar una fecundación in vitro, donde hay que obtener los óvulos, éstos se extraen del folículo antes de la ovulación.

¹⁰⁰ Véase la página 7.

Ambas técnicas requieren para su realización, de la extracción de los gametos, pero el procedimiento es diferente, pues los cuerpos masculinos y femeninos también lo son.

Posterior a la etapa de obtención de gametos, viene la introducción de los espermatozoides en los genitales femeninos para que tenga lugar la fecundación, esto es en la inseminación artificial. En la fecundación in vitro procede también la unión de los gametos para ser fecundados, la diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro en esta etapa, es que una se realiza dentro del cuerpo de la mujer y la otra en un laboratorio.

La última etapa de la fecundación in vitro consiste en la implantación del embrión en el útero de la mujer receptora, en nuestro caso de la madre sustituta para dar lugar a la maternidad arrendada.

En el caso de la maternidad subrogada con donación del óvulo de la madre sustituta, la técnica a emplearse puede ser la inseminación artificial, pues el costo es menor.

En el cuadro siguiente muestro las diferencias y semejanzas de la maternidad subrogada y la inseminación artificial, en el se resume lo que se ha expuesto en los párrafos anteriores.

	MATERNIDAD SUBROGADA	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS
Por su objetivo	Gestación del embrión implantado.	Fecundación de los gametos.	Diferentes
Por su resultado	Satisfacer el deseo paternal de las parejas estériles.	Satisfacer el deseo paternal de las parejas estériles.	Semejantes
Por su tipología	Homóloga y heteróloga.	Homóloga y heteróloga.	Semejantes
Por su situación	Remedio y conveniencia.	Remedio y conveniencia.	Semejantes
Por su procedimiento	3 etapas: obtención del gameto, fecundación, implantación.	3 etapas: obtención del gameto, selección, introducción.	Diferentes
Por su procedencia	Esterilidad o infertilidad en la mujer.	Esterilidad o infertilidad en el hombre.	Diferentes
Por su costo	Más alto, pues requiere de más	Menor, pues su realización no	Diferentes

tecnología.	requiere tecnología avanzada.	de muy	
MATERNIDAD SUBROGADA	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL		SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

BIOÉTICA

Para hablar de la bioética es necesario primeramente, referirnos a la ciencia, ya que la bioética surge como un “control” a los avances científicos y tecnológicos.

Se dice que la ciencia comparte los mismos valores que la filosofía, dichos valores son eminentemente éticos, pero ¿por qué la ética aparece en el campo científico?

En un inicio se entendía a la ciencia como un conocimiento desinteresado, su único propósito era el conocimiento,¹⁰¹ pero la ciencia cuenta con la capacidad de transformar al mundo con el sólo hecho de conocerlo. La grandeza de la ciencia radica entonces en sus descubrimientos, en lo que puede descubrir, pero sobre todo en lo que aún no ha descubierto. La ciencia acerca al hombre con la realidad.

¹⁰¹ VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.) Op. Cit. P. 25.

Un mundo transformado y humanizado por el conocimiento, es un mundo común y comunicable, donde se establecen nuevos modos de ser y de fincar la vida comunitaria, de racionalizar la existencia y fundar la civilización como tal.

Juliana González dice que *“la realización efectiva del saber científico es formativa del hombre y trae consigo, directa o indirectamente, decisivas repercusiones en el orden existencial. Por tal motivo la ciencia debe seguir una ética.”*¹⁰²

La ciencia se aprecia no sólo por su función cognoscitiva, también por su aplicación en el mundo y lo que puede cambiar una realidad, pues el conocimiento da ese poder, el poder de cambiar el mundo de acuerdo a las necesidades humanas. El hombre cuenta con la capacidad de ver las cosas no sólo como son, sino cómo pueden ser, ve al mundo en su realidad y en su posibilidad. A través de su conocimiento incita a la naturaleza para realizar procesos que ella no tiene programado hacer. Libera y transformá sus fuerzas, para bien o para mal y es aquí donde se encuentra la grandeza del saber humano.

El poder que el conocimiento le otorga al humano se aumenta en la medida en que éste penetra en los secretos de la naturaleza, es cuando adquiere la capacidad del bien o del mal, de la vida o de la muerte. Asimismo, también crece la importancia de la ética cuyos valores deben

¹⁰² *Ibidem.* P. 27.

estar presentes ante los avances científicos y tecnológicos para evitar que ese poder lleve al hombre a la destrucción.

Cuando el hombre interviene en la naturaleza y su conocimiento es vasto, abre potencialidades en la realidad cuyas consecuencias pueden ser imprevisibles, o bien previsiblemente amenazantes para la existencia. Entonces observamos que la importancia de la ética no radica en el conocimiento, sino en el uso que se le da.

La ética se puede definir como *“una reflexión sobre los valores morales, a los cuales el hombre en uso de su libertad de decidir y actuar puede o no incorporar a su comportamiento, así como los actos humanos en sí y el valor de éstos.”*¹⁰³

*“Uno de los campos concretos donde confluyen de manera notable los cauces de la ética y los de la ciencia es el de la llamada bioética, donde se hace aguda la necesidad de criterios y valores éticos que orienten el saber y el hacer de las ciencias biológicas y biomédicas en general.”*¹⁰⁴

La bioética es un concepto que apareció aproximadamente hace 30 años, surgió a principios de la década de los setentas, a raíz de la publicación de un libro del investigador norteamericano Van Rensselaer Potter. Su significado literal sería el de “ética de la vida”.

¹⁰³ CARRILLO FABELA, Luz María R. Op. Cit. P. 26.

¹⁰⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.) Op. Cit. P.33.

La bioética se refiere a la disciplina que interactúa entre la biología y la ética como conciencia moral frente a la vida y el respeto a la naturaleza ambiental con la afirmación de la dignidad y derechos humanos.

De manera más amplia, la bioética ha sido definida como el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto esta conducta es evaluada a la luz de los valores y principios morales.

La bioética no se preocupa únicamente de las relaciones entre médicos y pacientes sino que va más allá de la salud humana para internarse en el campo de los animales, las plantas, el cuidado y la protección de los diferentes ecosistemas.

Como campo de aplicación encontramos materias tales como: la biología, la medicina, la salud pública, el derecho, la sociología, la economía, la ecología y la tecnología entre otras.

Los principios sobre los cuales se basa esta disciplina son los siguientes:

- Principio de Beneficencia. Significa hacer el bien en contrapartida al de no hacer daño.

- Principio de Autonomía. Tiene que ver con la autodeterminación, libre e informada del receptor, así como con el concepto de derecho a su intimidad y el respeto a la integridad del mismo.
- Principio de Justicia. Implica dar a cada ser humano las condiciones para la expresión de todo su desarrollo potencial.
- Principio de Respeto absoluto a la vida y dignidad de la persona humana. Derechos en la salud y en la enfermedad, desde el nacimiento hasta la muerte, así como la protección de todas las formas de vida en el planeta: flora y fauna, terrestre y submarina y salvaguarda ecológica global.

Florencia Luna señala que *“la bioética es ética aplicada en tanto es el intento de comprender hechos especializados y las relaciones que surgen en el mundo médico para aplicar de manera más precisa las reglas morales justificadas por las teorías éticas.”*¹⁰⁵

La bioética es un tipo de reflexión sistemática, crítica y autocrítica sobre los problemas morales que se plantean en el campo de las ciencias biológicas y la medicina y, en la medida en que muchos de esos problemas plantean otros de índole filosóficos. También aborda diferentes tipos de problemáticas, a continuación veremos algunos de éstos:

- Técnicas de reproducción asistida, el proyecto genoma, la clonación de embriones humanos, la eutanasia y el suicidio asistido.

¹⁰⁵ LUNA, Florencia. *“Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el sur.”* Ed. Fontamara, México, 2001. P. 21.

- Relación médico paciente, comités éticos, la noción y práctica del consentimiento informado y la distribución de recursos.

Nuestra misma autora clasifica estos problemas en dos grupos, al primero de ellos los llama “problemas sexies” y al segundo grupo “problemas aburridos”. Los primeros son aquellos que llaman la atención, llevan a una toma de posición a favor o en contra, los medios de comunicación están sobre ellos y siempre guardan un espacio de ocho columnas cuando algo sucede con relación a ellos. Los segundos, son aquellos que pasan desapercibidos y que no atraen la atención de la gente, generalmente se trata de problemas que se presentan a diario, son tan cotidianos que pierden el interés de la gente.

Respecto a los problemas sexies, el tema que nos interesa es el de las técnicas de reproducción asistida. Hasta hace relativamente poco, los matrimonios que no podían concebir hijos no tenían más remedio que acceder a la adopción. Sin embargo, en la actualidad las nuevas técnicas de reproducción asistida han abierto otras perspectivas y han contribuido a incrementar las esperanzas de muchos de estos matrimonios.

Cada uno de estos métodos, junto a sus posibles requerimientos y derivaciones presentes o futuras, como pueden ser la congelación de gametos o embriones, la donación de los mismos a destinatarios ajenos, la posibilidad de la maternidad subrogada o de alquiler, la investigación con embriones o fetos humanos e incluso la clonación, plantean

consideraciones morales y éticas de diversa índole que deberían ser minuciosamente analizadas.

La inseminación artificial y la fecundación in vitro, en tanto se trate de gametos pertenecientes a la pareja que se somete a estas técnicas, no presentan mayor problema, aunque la Iglesia las objete por la sustitución de lo natural por lo artificial. El resto de las demás técnicas como la inseminación póstuma, la inseminación fuera del matrimonio, la clonación en humanos y la maternidad subrogada además de la oposición de la Iglesia, presentan otro tipo de problemas éticos.

La maternidad subrogada o de alquiler, que consiste en utilizar el cuerpo de una mujer para que ésta gesté durante nueve meses al bebé y lo entregue, después del parto, a sus padres biológicos o a quienes se lo hayan encargado, plantea muchos más inconvenientes que las soluciones que aporta. ¿No representa una contradicción ante las obligaciones del amor materno responsable?, ¿no ofende el derecho del niño a ser concebido, gestado, dado a luz y educado por los propios padres genéticos?, la estrecha relación afectiva que se establece entre la madre y el feto durante el embarazo ¿no produce secuelas psíquicas, en la mujer gestante, después de la ruptura que supone entregar al bebé?, ¿responde esta separación al mejor interés del niño?, ¿es éticamente aceptable la hospitalidad intrauterina a cambio de dinero?, la Iglesia preguntaría ¿no atenta contra la unidad del matrimonio y la dignidad de la procreación humana?

La bioética debe intervenir sin duda alguna en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues éstas plantean diversos problemas éticos, filosóficos, sociales, jurídicos, etc., que afectan no sólo a los individuos que hacen uso de ellas, sino también a la sociedad en general, pues alteran estructuras establecidas que son difíciles de romper.

El conocimiento de la realidad profunda del ser humano es fundamental para adoptar posturas adecuadas en cuestiones de bioética, por lo tanto, estamos obligados a saber escuchar la realidad de las distintas opciones éticas que existen en la sociedad contemporánea, tanto si estamos de acuerdo con ellas como si no es así. No debemos tener posturas totalmente cerradas, por el contrario, hay que tener la disposición para aceptar cualquier posible corrección.

La problemática principal de la bioética, nos remite a las grandes y cruciales cuestiones acerca de la vida y la muerte; pero también plantea el decisivo problema de hasta donde llega la libertad de investigación o manipulación en los procesos y en la naturaleza íntima, en la privacidad de la vida y de la muerte.

BASES QUE DETERMINAN LA FILIACIÓN GENERADA POR LA MATERNIDAD SUBROGADA

Referirnos a las bases que determinan la filiación generada por la maternidad subrogada resulta difícil, pues ni la doctrina, ni la ley, ni nadie han establecido dichas bases. Aun cuando en diversos países ya se

encuentra reglamentada la maternidad subrogada, ninguno de los supuestos que la rigen dan los parámetros para determinar la filiación, simplemente se abocan a señalar que la filiación generada por la maternidad subrogada será sometida a las reglas generales de la filiación, es decir, que la filiación se rige por el hecho del parto sea cual sea el proceso o la técnica empleada para traer un hijo al mundo, como ejemplo tenemos la legislación española.

Pese a esto, los doctrinarios y estudiosos de la ciencia jurídica han manifestado su preocupación en este sentido y se han dado a la tarea de proporcionar argumentos que determinen la filiación generada por maternidad subrogada, argumentos que se basan en el factor jurídico, genético o volitivo.

Jurídico

Miguel Ángel Soto Lamadrid señala que *“la filiación se refiere al conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.”*¹⁰⁶

Galindo Garfias explica que *“la filiación natural se apoya en el hecho biológico de la procreación, para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por la otra.”*¹⁰⁷

¹⁰⁶ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. Cit. P. 39.

¹⁰⁷ Citado por Miguel Ángel Soto Lamadrid. *ibidem*. P. 340.

Así, la filiación es la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación, de tal forma que todas las personas contamos con una filiación aunque ésta no se conozca.

Guillermo A. Borda dice que *“en la prueba del nexo biológico hay que seguir dos hipótesis: la maternidad y la paternidad. Para la maternidad, basta con que se pruebe el parto de la madre y la identidad del nacido, comprobado esto la filiación es absoluta.”*¹⁰⁸

La máxima del Derecho Romano que expresa *“Mater semper certa est”*, consagra, de este modo, la maternidad por el hecho del parto, esta máxima se ve conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo del parto.

La mayoría de las legislaciones de los países que pertenecen a la familia neorromanista quedaron ancladas en este principio, porque hasta hace poco no se podía separar el proceso de la fecundación, gestación y parto. Actualmente, ante el desdoblamiento de este proceso, la total certidumbre que daba el parto se ha desmoronado.

Ahora bien, el alquiler de vientres presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aportó el óvulo. El problema jurídico es determinar a quién se le atribuye la maternidad.

¹⁰⁸ BORDA, Guillermo A. Op. Cit. Pp. 93 y 95.

Manuel Chávez Asencio señala que *“la filiación hace referencia a lo genético y la ausencia de este elemento da lugar a otro tipo de filiación como es el caso de la adopción, ésta trata de imitar a la naturaleza en sus efectos jurídicos, más no en la forma y manera como se determina la filiación.”*¹⁰⁹

La maternidad subrogada da lugar a ambos tipos de filiación, a la natural y a la artificial (adopción).

La filiación natural en la maternidad subrogada tiene lugar cuando el óvulo fecundado pertenece a la mujer infértil que solicita los servicios de una madre subrogadora, en este caso existe el vínculo genético entre la mujer contratante y el hijo, por tal motivo se da una filiación natural.

El otro caso, es cuando la mujer que alquila su vientre también aporta el óvulo, el cual será fecundado por el esperma del esposo de la mujer contratante, en este caso la mujer contratante es infértil y estéril. La madre sustituta entregará el hijo a la pareja después de su nacimiento. La filiación que se establece entre la esposa del padre y el hijo será una filiación artificial, pues carece la relación filial del vínculo genético necesario en la filiación natural. En este caso estamos ante una adopción prenatal.

¹⁰⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. P. 42.

Estos son los dos casos en los que procede la filiación natural y artificial en la maternidad subrogada, sin embargo, en esta técnica se presenta un caso más. Cuando el óvulo y la matriz provienen de dos mujeres distintas a la mujer que ha tenido el deseo de experimentar la maternidad, ¿a quién se le atribuye la maternidad?

Cuando se está ante este caso, la voluntad de la pareja infértil debe de imponerse a la filiación natural y adoptiva, y constituir así una fuente que determine la filiación por el elemento volitivo. Y en los casos en que los gametos provengan de la pareja contratante, autores como Miguel Ángel Soto Lamadrid y Díaz de Guijarro entre otros, se manifiestan a favor de quien tuvo el deseo de traer un hijo al mundo.

Miguel Ángel Soto Lamadrid plantea la situación siguiente: *“pero tampoco parece justo que quien aportó el óvulo ya fecundado por el semen de su marido, para que fuera colocado en el útero de otra mujer que admitió realizar la gestación sin ninguna pretensión sobre la criatura, no pudiera después reclamar su maternidad genética, a pesar de su manifiesta vocación parental, en virtud de que no fue ella quien dio a luz al hijo, cuya filiación será atribuida formalmente a una mujer que nunca tuvo el interés procreacional o que, eventualmente, por una vinculación afectiva nacida con posterioridad al contrato de subrogación, a causa del contacto físico con el feto, decidió quedarse con el recién nacido, frustrando, no ya el convenio, sino las expectativas de la pareja estéril y*

*sus derechos sobre la criatura, basados en la aportación genética y en su disposición de asumir la paternidad”.*¹¹⁰

El mismo autor señala que las legislaciones que han puesto el vínculo genético sobre el fenómeno del parto, beneficia a las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, pero dejan aún sin solución los casos en los que el vientre y los gametos son ajenos a la pareja contratante, al igual que los que reciben un embrión donado.

Bellusco dice: *“el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante y el óvulo fecundado, respectivamente”.*¹¹¹

Díaz de Guijarro señala: *“si el óvulo procede de una mujer y la gestación se desarrolla en otra, entonces cabrá preguntarse quién es la madre: si aquella cuyo óvulo fue fecundado o quien lo gestó. Mi respuesta es categórica, en cuanto a la maternidad jurídica de la primera, pues de ella surgió la semilla y la voluntad procreacional”.*¹¹²

Vemos entonces que aún no se establece un lineamiento que determine la maternidad en el caso de subrogación, las opiniones son diversas y no se manifiestan a favor de una sola posición por esta razón el principio del Derecho Romano sigue vigente y otorga la maternidad con base en supuestos que la ciencia ha volcado, es por esto que urge

¹¹⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. Cit. P. 349.

¹¹¹ Citado por Miguel Ángel Soto Lamadrid, ibídem. P. 354.

¹¹² Ídem.

una legislación que dé solución a los problemas de la filiación generada por maternidad subrogada en todas sus variantes, sobre todo en beneficio del menor.

Genético

Anteriormente, en la naturaleza la secuencia entre la concepción, la gestación y el nacimiento implicaba una unidad. La gestación es consecuencia de la fecundación y ésta se logra por la inseminación de forma natural o artificial, una vez realizada la gestación se da el nacimiento. Manuel Chávez Ascencio nos dice que *“este proceso natural se repite jurídicamente, asociado lo genético y lo obstétrico que hace establecer la presunción “juris tantum” , consignada en el artículo 324 del Código Civil, pues la filiación del hijo de matrimonio comprende estos tres eventos concepción, embarazo y nacimiento.”*¹¹³

Considero un poco obsoleto el argumento que este autor nos da, pues también los hijos que nacen fuera del matrimonio comprenden estos tres eventos. “El hecho del parto demuestra a la madre” es un principio emitido por los romanos en la antigüedad, pues la mujer que paría un hijo era su madre, este principio descansa sobre el vínculo biológico que implica la concepción y ésta nos lleva al embarazo y al nacimiento, por tal motivo no existía duda alguna de que la mujer que paría a un hijo era su madre, nunca se pensó que en el futuro el papel de la madre se pudiera desdoblar y como he comentado en capítulos anteriores, la mayor preocupación era determinar la paternidad.

¹¹³ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. Op. Cit. P.40.

Los criterios para determinar la paternidad de un hijo fueron establecidos y con los avances científicos la paternidad podía demostrarse con pruebas de ADN, lo cual demostraba la relación genética entre el hijo y el padre. Las técnicas de reproducción asistida se desarrollan día con día, y actualmente la ciencia ha logrado separar la unidad natural que implicaba la maternidad.

La concepción se puede separar de la gestación y es aquí donde surge el problema para determinar la maternidad, entonces las pruebas de ADN no sólo se aplican para demostrar la paternidad sino también la maternidad que ahora se ve compartida entre dos o más mujeres.

Las pruebas de ADN pretenden demostrar la paternidad o la maternidad en base al vínculo genético que en la concepción se establece con el hijo. A continuación esbozaré sobre el ADN para entender porqué el factor genético es el que sin lugar a dudas establece la filiación genuina.

El ADN fue aislado por primera vez de las células del pus y del esperma de salmón, y estudiado intensamente por el suizo Friedrich Miescher, en una serie de investigaciones comenzadas en 1869.

El ADN está formado por un azúcar (2- desoxi-D-ribosa), ácido fosfórico y bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina). Su estructura es la de una doble hélice en la que las bases se encuentran

situadas en el interior de la molécula y los grupos fosfato se disponen en el exterior. Las bases nitrogenadas se unen siempre del mismo modo (adenina con timina y guanina con citosina) a través de puentes de hidrógeno. La estructura se mantiene estable gracias al apilamiento de las bases en el centro de la molécula. Las dos hebras que forman la cadena presentan orientaciones opuestas.

El ADN es portador de la información genética, que está codificada en la secuencia de bases. Está presente en los cromosomas y en el material cromosómico de orgánulos celulares como mitocondrias y cloroplastos.

Se denomina cromosoma a cada uno de los corpúsculos, generalmente en forma de filamentos, que existen en el núcleo de las células y controlan el desarrollo genético de los seres vivos.

El cromosoma contiene el ácido nucleico, ADN, que se divide en pequeñas unidades llamadas genes. Éstos determinan las características hereditarias de la célula u organismo. Las células de los individuos de una especie determinada suelen tener un número fijo de cromosomas. El ser humano tiene 23 pares de cromosomas. En estos organismos, las células reproductoras tienen por lo general sólo la mitad de los cromosomas presentes en las corporales o somáticas. Durante la fecundación, el espermatozoide y el óvulo se unen y reconstruyen en el nuevo organismo la disposición por pares de los cromosomas; la mitad de estos cromosomas procede de un parental, y la otra mitad del otro.

EL ADN contenido en todas las células de cada persona es transmitido de los padres a los hijos de generación en generación.

Una sola cadena de nuestro ADN (localizado en nuestras células) contiene muchos genes. Todos estos genes son necesarios para construir cada uno de los órganos de nuestro cuerpo (corazón, hígado, estómago, pulmones, ojos, etc.) y hacerlos funcionar.

En ciertos puntos de nuestra secuencia de ADN, existen piezas de ADN que varían de persona a persona. Aun cuando todos somos similares, el ADN que heredamos de nuestros padres nunca se combina de la misma manera. Estas variaciones individuales en la secuencia del ADN, son lo que nos hace, a nivel genético, diferentes el uno del otro.

Todo el código genético se transcribe con tan sólo cuatro letras químicas o bases: la adenina (A) que hace par con la timina (T) y la citosina (C) que hace par con la guanina (G). El genoma humano está compuesto por entre 2,8 y 3,5 millones de pares de bases.

Los pares de bases A-T y C-G constituyen los escalones de la espiral de ADN o ácido desoxirribonucleico, elemento básico de todo ser vivo conocido. Al recorrer "de arriba abajo" la doble hélice, se puede "leer" el código de la vida.

El número total de genes que existe en cada célula humana no se conoce con precisión, aunque se estima que oscile entre 30.000 y 120.000. Todos ellos, conjuntamente con el restante material genético de deshecho, se distribuyen en "cápsulas" llamadas cromosomas. Cada ser humano cuenta con 23 pares de cromosomas.

El ADN (ácido desoxiribonucleico) es el material genético en las células de nuestro cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de esperma y el óvulo, que contiene solamente 23 cromosomas. En el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona, 23 del padre y 23 de la madre.

La prueba ADN es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único, está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

La prueba ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad y la maternidad. Si los modelos ADN entre el niño y los presuntos padres no aparecen en dos o más sondas, entonces los presuntos padres son excluidos 100% lo que significa que tienen una probabilidad de 0% de paternidad, no pueden ser los padres biológicos del niño.

Si los modelos ADN aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad de 99.9% o más.

La prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad.¹¹⁴

Volitivo

Al parecer el factor volitivo adquiere gran importancia en cuestiones de filiación, pues en la actualidad la mujer que dona un óvulo o que presta su vientre no experimenta el deseo de ser madre, al menos no con la misma intensidad con la que una mujer estéril o infértil lo desea.

La aparición de este factor para determinar la maternidad surge ante el desuso de los criterios que determinan la filiación natural, es decir, el vínculo biológico que une a la madre con el hijo y como se tenía comprendida en antaño, carece de la certidumbre que antes proporcionaba. Tal parece que hoy, la voluntad de tener un hijo es más fuerte que el lazo genético o biológico.

¹¹⁴ La información expuesta del ADN fue capturada en el sitio www.biotech.bioetica.org

Ante los conflictos jurídicos que se han suscitado en algunos países donde se lleva a cabo la maternidad subrogada, resulta injusto que la mujer que presto su vientre por dinero o por labor altruista (lo cual es muy poco probable) se quede con el hijo que otra mujer impedida busco para satisfacer su deseo maternal, pues invoca a su favor el hecho del parto.

La voluntad es definida por el Diccionario de la Lengua Española como *“a la potencia del alma que mueve a hacer o no hacer una cosa. Amor, cariño, afición, benevolencia o afecto.”*¹¹⁵

A menudo se escucha que una madre abandono a su hijo recién nacido, o que una joven murió al practicarse un aborto. Se trata de mujeres que cumplen con los criterios para determinar la filiación, son madres que conciben y dan a luz hijos no deseados o que deciden desecharlos porque no es su voluntad tenerlos. Obsérvese aquí la fuerza del factor volitivo, *“no quiero a mi hijo y me deshago de él”*.

Lo mismo sucede con la mujer que desea tener un hijo y no puede, hace hasta lo imposible para lograr traer ese hijo al mundo y después de todo ese esfuerzo, la mujer que lo gesta y lo trae a la vida decide quedarse con él por el sentimiento que surge al tenerlo en sus entrañas.

Aquí cabe hacerse la pregunta siguiente ¿quién o quiénes tuvieron el afecto y voluntad genuina para que ese niño naciera? podemos decir

¹¹⁵ “Diccionario de la Lengua Española” P. 2105.

que la madre genética, en este caso la que aporta el óvulo o la mujer contratante, es quién ha tenido la voluntad, la convicción y la que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera. La mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera no tuvo ese deseo.

También podríamos cuestionar cuál de las dos mujeres cuidaría mejor del hijo, ¿la que lo deseo o la que lo gesto sin desearlo, al menos no en su vida?

El fin primordial de las técnicas de reproducción asistida es dar la paternidad y la maternidad a las parejas que ha deseado tener un hijo y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese donante de espermia, óvulo o de vientre. Así, la maternidad subrogada como técnica de reproducción artificial tiene el mismo fin gestar un hijo para la mujer solicitante quien ha experimentado el deseo de ser madre.

Para determinar la maternidad generada por subrogación es necesario tomar en cuenta quién ha tenido la voluntad de que ese hijo naciera y quién quiere definitivamente asumir el rol materno, en este caso sería la mujer que ha aportado el óvulo y la que ha contratado el servicio, pues su voluntad ha sido expresada tácita y expresamente.

Podemos observar, que todavía no existe una opinión generalizada para determinar la maternidad generada por subrogación, pues algunos se manifiestan a favor de quien aportó el material genético y otros de quien tuvo la voluntad procreacional. En el caso de que la filiación se

determine por el vínculo genético, es decir, que los padres serán los dueños de los gametos, que pasa cuando el óvulo y el espermatozoide son donados y la identidad de los donantes es anónima, ¿a quién se le da la paternidad?

Cuando los gametos proceden de la pareja infértil, la filiación se determina por el vínculo genético y por el elemento volitivo. Cuando la mujer alquila su vientre y además dona el óvulo, el vínculo genético y el hecho del parto la benefician, sin embargo hay una ausencia del elemento volitivo de ser madre, en este caso hay una filiación natural que se convierte en filiación artificial cuando la madre sustituta entrega al hijo. Pero cuando los gametos son ajenos a la pareja estéril y a la madre sustituta, la paternidad del hijo ¿se da a la pareja estéril por que en ellos se da el elemento volitivo de ser padres?, ¿se da a la madre gestante porque en ella se da el supuesto del parto?, en este caso no se puede determinar la filiación genética, pues los donadores permanecen en el anonimato. Tal parece que el elemento volitivo se fortalece para figurar como una fuente que determine la paternidad y la maternidad cuando las técnicas de reproducción asistida aparecen en el campo de la filiación.

CONSECUENCIAS SOCIOJURÍDICAS DE LA MATERNIDAD GENERADA POR SUBROGACIÓN

Los avances de la biotecnología genética, nos sorprenden día con día, en especial aquellos descubrimientos que se refieren a las técnicas

de reproducción mismas que ocasionan diversos problemas que deben de ser resueltos por el derecho. En México ya se presentó un proyecto de ley que regula estas prácticas, el mismo incluye en su contenido la tan controvertida maternidad subrogada, controvertida debido a los problemas éticos, jurídicos, morales, religiosos y sociales que se plantean en torno a su práctica.

Como se ha explicado anteriormente, la madre subrogada es aquella mujer fértil que acuerda mediante contrato, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión formado con el óvulo de la mujer contratante y el espermatozoides del esposo de la mujer contratante, o puede estar formado por los gametos de una tercer pareja, para procrear o sobrellevar y dar a luz a la criatura. Una vez nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y renuncia a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.

El hecho de que una mujer fértil contratada, al margen de prestar el servicio de arrendamiento de útero u organismo, aporte también su óvulo, en este hecho en particular estaríamos frente a una venta de hijo, al existir de por medio una remuneración económica por que la madre contratada vendría a ser tanto la madre genética como la gestante, lo que genera diversas discusiones e inclusive la utilización de la maternidad subrogada por parejas de homosexuales o lesbianas. Estos hechos son criticados y rechazados por la sociedad, sin embargo, en otros países se permite el matrimonio entre homosexuales o lesbianas, sin que por esta

razón se les permita adoptar niños, ante esta negativa, estos matrimonios pueden requerir de los servicios de una madre subrogada.

También existe el problema de la mujer moderna, que se incorpora a las fuerzas productivas de la sociedad, muchas de ellas no desean embarazarse precisamente para desarrollarse profesionalmente, o porque se coartaría su libertad, pues consideran a la maternidad como un perjuicio u obstáculo para cumplir sus aspiraciones por lo que muchas de ellas pueden preferir una madre sustituta para la gestación de su bebé, o simplemente sea para evitar las molestias del embarazo, perder su silueta física o comodidad, razones que deberían ser rechazadas por la sociedad, por no ser válidas, sólo debería ser aceptada la maternidad por razones terapéuticas o patológicas como es la infertilidad.

La maternidad subrogada puede constituir también una nueva forma de trabajo por la remuneración económica que existiere, algunas mujeres prestarán su vientre por un factor meramente económico, otras con un fin altruista, y otras quizá por mitigar una culpa acaecida por la práctica de un aborto. Al margen de lo mencionado con la maternidad subrogada se distorsiona esa relación estrecha que existe entre madre e hijo ya que al cabo del periodo de gestación, del alumbramiento la madre subrogada debe de entregar al bebé a quienes hayan contratado sus servicios, lo que ocasionaría graves traumas psicológicos si no está adecuadamente preparada, en cuanto el niño es asemejado a una mercadería con componentes psicológicos para el niño.

Esta técnica de reproducción asistida ha ocasionado que la opinión pública se divida y adopte dos posiciones, la primera, desestimar la maternidad subrogada, pues constituye una grave lesión a la dignidad humana, la mujer no debe ser considerada como una incubadora humana, ni el niño como una mercadería. La segunda posición se manifiesta a favor de ellas y argumenta que las personas son mayores para decidir, pues al no permitirse se estaría atentando contra ese derecho que se tiene de maternidad o de paternidad, además las mujeres son libres para disponer de su cuerpo, siempre y cuando no les cause una lesión grave o permanente, pues el embarazo es algo natural para la mujer. Pero sobre todo la maternidad subrogada ofrece una serie de dudas en cuanto a la filiación del niño, existe un conflicto de maternidad, ¿quién es la madre?, ¿la mujer gestante, la genética o la que solicitó los servicios?

Existe una clara conciencia de que el desarrollo científico y tecnológico abre una puerta con toda una serie de posibilidades que, sin embargo, no son siempre éticamente aceptables, por ejemplo, una mujer menopaúsica que quisiera tener un hijo, puede utilizar la maternidad subrogada. Las consecuencias médicas son considerables, pero las sociales son aún más graves, pues llegarían niños al mundo que quedarían huérfanos en muy poco tiempo.

Las consecuencias socio-jurídicas que ocasiona la maternidad subrogada son diversas y observamos que aún no se tiene solución a los

problemas que la misma acarrea, mucho menos el control y las consecuencias pueden ser mucho más graves de lo que aquí se expone.

CONSECUENCIAS SOCIOJURÍDICAS DE LA FILIACIÓN CREADA MEDIANTE LA SUBROGACIÓN DE MATRIZ

Las consecuencias socio-jurídicas de la filiación creada mediante la subrogación de matriz, no sólo afectan al menor, sino a todo su entorno y esto incluye a sus “padres”. A continuación veremos algunas de esas consecuencias.

El criterio legal fundamental para establecer la filiación es el reconocimiento del hecho biológico de la generación. Se da así reconocimiento legal a las más frecuentes relaciones familiares, dentro de las cuales el hijo desarrolla su personalidad, se integra en la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica del padre y de la madre.

Los avances científicos en materia de reproducción asistida pueden provocar importantes alteraciones en el orden natural ordinario y, en algunos supuestos, pueden dar lugar a la aparición de otra categoría de filiación.

En el caso de la maternidad subrogada donde el óvulo es donado, el padre estará unido al hijo por filiación biológica, en tanto que, la esposa establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina

"voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea.

Ante un fenómeno como la maternidad subrogada, el jurista debe tomar en cuenta, como expresa Lledó Yagüe que: *"la ingeniería genética no puede ser enjuiciada desde una dirección puramente legalista, la cual resultaría insuficiente sino que tiene que apoyarse en datos aportados por otras ciencias"*.¹¹⁶ Agregaríamos la necesidad de tomar en cuenta las consecuencias extra-jurídicas que la maternidad subrogada produce como son las psicológicas.

Javier Hurtado Oliver menciona un reporte, publicado por el *American Journal of Psychological View of Artificial Insemination*, el cual registra que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos.¹¹⁷

Coloquémonos ahora en el caso de la maternidad subrogada, como vimos al principio de este capítulo, la inseminación artificial y la maternidad subrogada guardan cierta similitud, ¿qué es lo que haría imposible que las parejas que se sometieron a la maternidad subrogada quedarán exentas de sufrir algún trastorno psicológico? ¿Cómo sabemos si las parejas que recurrieron a los servicios de una madre sustituta

¹¹⁶ LLEDÓ YAGÜE. "Breve discurso sobre bioética y derecho. La revolución biogenética versus sistema familiar", Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, Vol. 34, núm. 2, P. 341.

¹¹⁷ HURTADO OLIVER. Javier. "Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana", Revista Judicial Jalisciense, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992. Pp. 47-81.

experimentan ciertos sentimientos?, por ejemplo, ¿qué sentimiento desarrollaría la mujer que cría al hijo de su marido y de otra mujer que dono su óvulo?, o ¿cómo se siente la mujer que tiene un hijo que no salió de sus entrañas (la gestación es una forma de experimentar la maternidad)?, ¿desarrollará los mismos sentimientos que una madre común y corriente tiene para sus hijos?, ¿la mujer se sentirá vinculada con el hijo o lo vivirá como una prueba de su incapacidad para engendrar?

¿Qué sentirá el marido al tener un hijo que no es de su esposa, sino de una perfecta desconocida?, ¿experimentará algún sentimiento de culpa por obtener un hijo a costa de la esterilidad de su mujer? Todos estos sentimientos pueden ocasionar un rechazo al hijo y propiciar un mal desarrollo en él.

La donante que entregó sus óvulos y desapareció ¿no se inquietará con el tiempo por tener noticias del o de los hijos que pudo haber engendrado?, ¿en ningún momento percibirá que donó no sólo una célula sino su carga genética?

En cuanto al menor, el desconocimiento de sus orígenes le puede crear problemas en su sentimiento de identidad por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás, ¿le inquietará saber quiénes fueron sus padres biológicos y dónde están? y si no puede obtener éstos datos ¿qué sentirá de tener progenitores anónimos?

Estas preguntas sólo serán resueltas en el transcurso de la vida de la pareja y del hijo nacido como resultado de una maternidad subrogada.

Desconocer el derecho de toda persona a conocer sus orígenes genéticos podría estar en contradicción con los derechos humanos fundamentales. El desconocimiento de los orígenes puede causar graves perjuicios psicológicos al menor, pero además, para la atención médica del individuo a lo largo de su vida es muy importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares "biológicos".

Es en interés del menor que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable. Las investigaciones más modernas concuerdan en que quizá ésta sea una de las condiciones más importantes para la buena socialización del menor. La separación del menor de sus padres sólo se justifica en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor, pero si ello no ocurre, no se debe privar al menor del ejercicio de su derecho.

A la sociedad entera interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para determinar los nexos jurídicos, los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes. Pero, además, la preocupación de la sociedad recae sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad, por ello, podemos hacer referencia de un interés público en el bienestar del menor.

Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente. La legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocer los de quienes lo hubieren hecho.

CAPÍTULO VI

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ARRENDADA O ASISTIDA

A lo largo de este trabajo, se ha demostrado la necesidad de crear una regulación específica sobre la maternidad subrogada. En el capítulo cuarto se habla de un Proyecto de Ley Sobre las Técnicas de Reproducción Asistida para el Distrito Federal, donde se tratan algunos aspectos de las diversas técnicas, sin embargo, considero que la mención que se hace sobre la maternidad subrogada no es suficiente para resolver los problemas que origina.

Con el desarrollo de esta investigación se ha tratado de plantear los principales puntos que, a mi juicio, considero deben ser tomados muy en cuenta para ser legislados. En nuestro país el interés por crear una ley que regule las técnicas de fecundación asistida es latente, sin embargo, los documentos que dejan antecedente del intento por legislar estos procedimientos resultan deficientes.

El presente capítulo expone algunas propuestas para legislar la maternidad subrogada, no para crear una ley con ellas, sino para que sean consideradas junto con otras propuestas que han sido emitidas por personas interesadas en el tema, y que así el legislador construya una ley que dé mayores soluciones a los problemas que la maternidad subrogada presenta.

CONTRATO POR MEDIO DEL CUAL SE ORIGINA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Sobre la existencia o inexistencia del contrato de maternidad subrogada y su denominación se ha dicho mucho, el hecho es que válido o no es un acto que existe y se lleva a cabo en la actualidad bajo una normatividad estrecha que deja desamparadas a las partes que participan en un acuerdo de esta especie.

Dar a la maternidad subrogada la categoría de contrato resulta difícil, pues esta figura no se adecua del todo a la teoría de los contratos. El consentimiento de las partes y el objeto en la maternidad subrogada son esenciales, pero estos elementos se pueden ver viciados quizá desde el inicio de este “contrato” o hasta la entrega del bebé.

La maternidad subrogada como contrato, levanta diversas opiniones en cuanto a su validez, habrá quien esté de acuerdo en llamarlo contrato de maternidad subrogada, y habrá quien no esté de acuerdo e implorará la buenas costumbres y la moral para oponerse a esta práctica.

Contrato o no, es necesario establecer su naturaleza jurídica para otorgar mayor seguridad a las partes, pues con una legislación o sin ella las parejas estériles recurrirán a la maternidad subrogada para realizarse como padres sin importar la legalidad del acto, ya que todos tenemos derecho a la paternidad y nadie puede oponerse a él.

No podemos tomar una actitud prohibitiva respecto a esta técnica, pues nos manifestaríamos en contra de los avances científicos y tecnológicos, recordemos además que el legislador de 1928 señala que la legislación debe modificarse de acuerdo a la realidad que rige. Tampoco se puede coartar así el derecho otorgado por el artículo 4º de nuestra Constitución Política.

Al acuerdo de maternidad subrogada debe de dársele validez, independientemente de si se está o no de acuerdo, pues al no hacerlo se ocasionarían diversos conflictos para los cuales la ley aún no tiene solución, es mejor controlar y dar solución al problema desde que inicia que acarrear con sus consecuencias a las cuales también se les debe dar solución.

Para regular esta técnica de reproducción asistida es necesario distinguir las situaciones siguientes:

- La mujer que presta únicamente su vientre para la gestación.
- La mujer que además de prestar el vientre para la gestación, aporta el óvulo fecundado.
- Cuando el óvulo y el vientre pertenecen a dos mujeres distintas a la que solicita la maternidad subrogada.

En el primer caso, estamos ante la subrogación de vientre o gestación subrogada, pues sólo se sustituye a la mujer infértil en el proceso gestacional. En el segundo caso, estamos ante la venta o

donación del producto de la concepción o adopción prenatal, pues la mujer que gesta al embrión es la madre auténtica y por tanto no subroga nada. En el tercer caso, estamos ante la maternidad subrogada pues la mujer que solicita el servicio, es subrogada genéticamente por la mujer que dona el gameto y biológicamente por la mujer que gestará al embrión.

Explicado lo anterior, la denominación “maternidad subrogada” para esta técnica de reproducción asistida, en general, está mal empleada, por lo que habrá de establecer un término que se refiera a todas las situaciones. Sin embargo, esta técnica de procreación asistida se ha dado a conocer bajo el nombre de “maternidad subrogada” y sus similares (maternidad asistida, alquiler de vientre o matriz, maternidad arrendada, etc.) en el ámbito médico, jurídico y social. Quizá el término más correcto sea el de “maternidad asistida”, pues es otra mujer la que asiste a la mujer infértil o estéril para que pueda ser madre.

La maternidad asistida debe entenderse como un acuerdo entre la pareja estéril y la mujer que prestará su vientre para gestar al hijo, sin que medie una retribución económica.

Así podemos definir la maternidad asistida como: el acuerdo que la pareja estéril establece con otra mujer, la cual prestará su cuerpo de forma gratuita, para gestar al embrión producto de los gametos donados o de la pareja solicitante, con el compromiso de entregarlo al momento del alumbramiento.

Dicho acuerdo se hará por escrito ante una autoridad que de plena validez del acto, y que vigile el cumplimiento del mismo.

La gratuidad de este acuerdo, servirá para desalentar a las mujeres a prestar su vientre por dinero, así la mujer que geste al hijo lo hará con una intención meramente altruista. El hecho de que se prohíba la maternidad subrogada onerosa, no quiere decir que está no se realice pero puede carecer de toda protección legal para la madre sustituta.

Los conceptos a considerar en la regulación de la maternidad asistida son los siguientes:

- *Células germinales o gametos*: a las células reproductoras masculinas o femeninas necesarias para dar origen a un ser humano.
- *Maternidad asistida*: técnica por medio de la cual el embrión es gestado en el vientre de una tercera persona que presta su cuerpo para anidarlo y llevar a término el embarazo, con el compromiso de entregar el niño a la pareja solicitante en el momento del alumbramiento.
- *Pareja solicitante*: al matrimonio que por alguna causa de esterilidad o infertilidad, busca lograr la concepción y el desarrollo de un embarazo mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida o de subrogación de vientre.

- *Madre sustituta*: la mujer que presta su cuerpo, de forma gratuita, para gestar el embrión producto de los gametos donados o de la pareja solicitante.
- *Gestación*: al periodo de tiempo que transcurre desde la implantación del embrión en el útero de la mujer, hasta el momento del alumbramiento.
- *Esterilidad*: a los problemas reproductivos consistentes en la incapacidad de una pareja para tener células germinales.
- *Infertilidad*: a los problemas reproductivos consistentes en la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fecundación y la implantación.¹¹⁸
- *Producto de la concepción*: término empleado para referirse al embrión y sus membranas. Incluye todas las estructuras que se desarrollan a partir del cigoto, tanto embrionarias como extraembrionarias. Por ello, no sólo incluye al embrión, sino a la placenta y sus membranas asociadas.¹¹⁹
- *Embrión*: término que se refiere al desarrollo humano en las etapas iniciales de la diferenciación, es decir, de la segunda a la octava semana de gestación.
- *Feto*: término que se refiere al desarrollo humano después del periodo embrionario, es decir, de la novena semana hasta el alumbramiento.

¹¹⁸ Estos conceptos fueron tomados del Proyecto de Ley de Reproducción Asistida para el Distrito Federal, presentado por el Partido de Acción Nacional el 25 de abril de 2002, ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

¹¹⁹ MOORE, Keith L. Op. Cit. P. 6.

La maternidad asistida se puede dar en las siguientes modalidades:

- Subrogación de vientre o matriz. Es el proceso mediante el cual una mujer presta su cuerpo para gestar el embrión formado por los gametos de la pareja solicitante, para que al término del embarazo entregue el producto de la gestación a la pareja solicitante.
- Maternidad subrogada. El proceso mediante el cual la mujer presta su vientre, para gestar al embrión, formado por uno o ambos gametos donados, que no le pertenecen a ella o a la pareja solicitante, para que al final del embarazo entregue el producto de la concepción a la pareja solicitante.
- Adopción prenatal. El proceso mediante el cual la mujer que presta su vientre para la gestación, también aporta el óvulo fecundado que dio origen al embrión, con la intención de entregarlo, al finalizar el periodo de la gestación, a la pareja que la contrato.

Esta última hipótesis debe quedar prohibida. Lo que si se permite es que el óvulo donado provenga de una mujer distinta a la que va a gestar.

La mujer que presta su vientre y la que dona el óvulo, nunca deben de recaer en la misma persona, pues así se evitaría la donación, venta del hijo o la adopción prenatal. Situaciones a las que todavía no está preparada la sociedad, por ir en contra de las buenas costumbres y de la moral.

En el caso de que la mujer que aporta el óvulo y que gesta al hijo recaiga sobre la misma persona, el acuerdo maternidad asistida quedará

absolutamente invalidado, pues no constituye una maternidad asistida, sino una adopción prenatal, una donación o una venta del hijo, esto depende de si la madre recibió o no dinero por este servicio.

La ley que se emita para regular la maternidad asistida, deberá prohibir la constitución de agencias intermediarias que se encarguen de contactar a las parejas solicitantes con las madres sustitutas, así como también la publicidad de cualquier tipo que se haga para ofrecer los servicios de una madre sustituta.

Por supuesto que esto es sólo una idea de cómo se puede regular el “contrato de maternidad subrogada”, claro que hay mucho que definir en este tema para regular esta nueva figura. También sería muy conveniente realizar un estudio sobre las ventajas o desventajas de que la pareja solicitante conozca a la madre sustituta, tal estudio aportaría bastante para regular este aspecto de la maternidad asistida.

RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

El Diccionario de la Lengua Española define responsabilidad como sigue: *“deuda, obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”*.¹²⁰

¹²⁰ “Diccionario de la Lengua Española” P. 1784.

Para hablar de la responsabilidad de las partes es necesario dejar establecido quiénes son las partes que participan en la maternidad asistida.

Podemos decir que forman parte del procedimiento los médicos, la pareja solicitante y la madre sustituta, estos últimos a su vez los podemos considerar como padres genéticos, biológicos o sociales, o pueden darse las tres hipótesis en un caso.

Del médico

“El médico será aquella persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina”¹²¹, y que cuenta con los conocimientos necesarios sobre las técnicas de reproducción asistida.

Además de la responsabilidad médica general, el médico o médicos que intervengan en el proceso de la maternidad asistida, tendrán la obligación de conformar un expediente clínico de la pareja solicitante, el cual debe contener los requisitos siguientes:

- Certificado en el cual conste:
 - a) Ser una pareja unida en matrimonio civil, en caso de concubinato demostrar ser una pareja estable, ser mayores de edad, manifestar bajo protesta de decir verdad que viven juntos y que no han iniciado trámite de divorcio.

¹²¹ Ibidem. P. 1345.

- b) Estar en condiciones físicas y mentales óptimas con el fin de que se aseguren sólidos beneficios para el hijo que pueda nacer.
 - c) La esterilidad o infertilidad de la mujer.
 - d) Su consentimiento para hacer uso de la maternidad asistida.
 - e) Que se ha brindado asesoría a la pareja solicitante sobre procedimientos y posibilidades para optar por la adopción.
 - f) Que se ha brindado asesoría a la pareja estéril en materia de legislación vigente en el Distrito Federal relativa a la maternidad asistida.
 - g) Que se ha brindado la asesoría a la pareja estéril sobre el procedimiento médico al cual se someterán, sus beneficios y sus riesgos.
- Certificado médico en el que conste la mención detallada de los estudios, tratamientos y resultados a los que ha sido sometida la pareja solicitante, que justifiquen la realización de la maternidad subrogada como último recurso para concebir.
 - Certificado médico que demuestre que la pareja estéril no padece enfermedades que confieran riesgos al ser humano producto de la concepción.

Cuando se trate de células germinales donadas, el médico tendrá la obligación de adjuntar al expediente lo siguiente:

- Certificado que conste la esterilidad de la pareja o de uno de ellos. Por lo cual la donación de gametos es el último recurso para realizar la maternidad asistida.

- Manifestación del consentimiento por escrito de la pareja estéril para hacer uso de las células germinales donadas.

Además, el médico asumirá la responsabilidad de comprobar que el gameto femenino no proviene de la mujer que va a prestar su cuerpo para la gestación, en caso de que así fuera, se negará a realizar la maternidad subrogada, de lo contrario se hará acreedor a una sanción.

Los requisitos que la madre sustituta debe reunir también deben de incorporarse al expediente y son los siguientes:

- Ser mayor de 18 años y contar con capacidad plena.
- Si la madre sustituta es casada, deberá de contar con el consentimiento de su cónyuge.
- No ser transmisora de enfermedades que confieran riesgos al nuevo ser.
- No haber sido madre gestadora con anterioridad.
- Presentar certificado donde conste:
 - a) Que se ha brindado la asesoría médica y jurídica sobre la maternidad asistida, su procedimiento, riesgos, descripción de las posibles molestias, secuelas, peligros y beneficios.
 - b) Que se han realizado los estudios necesarios para considerarla apta para la gestación.
 - c) Que está preparada psicológicamente para asumir lo que implica la gestación subrogada.

En el mismo expediente, el médico adjuntará los documentos que acrediten que los donadores cubren los requisitos siguientes:

- Ser mayores de edad y contar con capacidad plena.
- En caso de que el donante sea casado, deberá de contar con el consentimiento de su cónyuge.
- Certificado médico en el cual conste que el donador no es portador de enfermedades infectocontagiosas u otras que confieran riesgo al producto de la concepción.
- No haber efectuado donación de células germinales con anterioridad.
- Manifestación del consentimiento, por escrito, del donante para que se haga uso de sus gametos.

El médico, deberá conformar otro expediente, mismo que se anexará al primero, con la historia clínica de los donadores para que en un futuro se puedan determinar las causas de algunos padecimientos del nuevo ser, heredados por la información genética del donador. En este expediente debe cuidarse celosamente la identidad de los donadores.

También será responsabilidad del médico, la selección del donante para que éste cuente con la máxima similitud fenotípica e inmunológica de la pareja solicitante, así como las condiciones óptimas de los gametos a emplearse.

El expediente que se conforma con los requisitos anteriormente descritos, deberá permanecer en el archivo de la clínica donde se

efectuará la maternidad asistida, asimismo deberán integrarse los datos del médico responsable y el acuerdo de maternidad asistida.

A falta de alguno de los requisitos antes mencionados, el médico se negará a realizar la maternidad asistida, por insignificante que parezca el requisito, de lo contrario se hará acreedor a una sanción y a enfrentar su responsabilidad por algún daño ocasionado por la omisión de un requisito.

Se recomienda la creación de un Registro de Madres Sustitutas, con el fin de que éstas presten su cuerpo una sola vez y al cual tenga acceso el médico para corroborar dicha información. Por tal motivo, el registro deberá estar siempre vigente.

La maternidad asistida al igual que algunas de las demás técnicas de reproducción humana, hace posible que el ser humano producto de estas técnicas cuente con dos padres y hasta tres madres, por esta razón es necesario establecer los derechos y las obligaciones de cada uno.

De los padres genéticos

Se consideran padres genéticos a aquellas personas que han proporcionado sus gametos para la concepción del nuevo ser. Los padres genéticos pueden ser los donadores de las células germinales, los cuales nunca adquirirán ninguna obligación con el producto de la concepción, pues permanecen en el anonimato, y mucho menos derechos. Los

gametos también pueden provenir de la pareja solicitante, en este caso adquieren derechos y obligaciones sobre el menor.

Es responsabilidad de los padres genéticos, cuando éstos son los que solicitan la maternidad asistida, comprometerse a lo siguiente:

- Presentar la manifestación de su consentimiento, para hacer uso de la maternidad asistida.
- Cumplir con los requisitos antes señalados para la maternidad asistida.
- No dar remuneración alguna a la gestadora o a la madre subrogada.
- A pagar los gastos que genere el embarazo de la gestadora o madre subrogada, así como las secuelas del mismo, hasta el total restablecimiento de su salud.
- Se harán responsables del producto de la gestación, aun cuando éste presente alguna enfermedad congénita, defectos o malformaciones imputables al médico, a la madre sustituta o gestadora o a ellos mismos, independientemente de la responsabilidad que se les pueda fincar a aquéllos.
- Se harán responsables del producto de la gestación y de los gastos que se generen en caso de la muerte del mismo.
- Aceptar que la vida de la madre sustituta está por encima de la vida del producto de la gestación.

Al momento de la concepción e implantación del producto, los padres genéticos (o pareja solicitante) asumirán los derechos y las

obligaciones que la ley confiere a los padres, tales como: alimentación, guarda y custodia del menor, derechos sucesorios, etc. así como la filiación.

De los padres biológicos

Si se habla de padres biológicos en cuestión de definiciones estrictas, los padres biológicos se equiparan a los padres genéticos, toda vez que éstos se determinan por el ADN (incluido en los gametos), y los padres biológicos se refieren a aquellos de los cuales provienen los gametos que dan origen a la nueva vida.

Sin embargo, en la maternidad asistida podemos considerar también padres biológicos a la madre sustituta y a su esposo, pues la madre sustituta al aportar el medio (matriz) para la gestación del embrión, proporciona las condiciones para generar la vida. El esposo de la madre sustituta sin tener una participación directa, también aporta un medio durante la gestación del embrión, es decir, la convivencia diaria y el amor que le proyecta a la madre sustituta que sin duda afecta al nuevo ser.

Estrictamente, el término "padres biológicos" está mal empleado, la denominación correcta es la de padres gestantes, pero sin ser tan rígidos en la terminología, padres biológicos se puede equiparar a padres gestantes, toda vez que proporcionan un medio para generar la vida.

Así los padres biológicos o gestantes son, la madre sustituta y el esposo de ésta. De aquí en adelante nos referiremos a los padres gestantes, es especial a la madre gestante por ser ésta la que mayor importancia tiene en la maternidad asistida.

La madre gestante no adquiere ningún derecho sobre el menor, pero si una gran responsabilidad durante la etapa de la gestación, pues de ella depende en gran medida el éxito o fracaso del embarazo. Las principales obligaciones de la madre gestante son las siguientes:

- Antes de la implantación del embrión, deberá mantener su cuerpo en óptimas condiciones para el mejor desarrollo del embarazo.
- Gestar al embrión proveniente de las células germinales de la pareja solicitante o de los donantes y llevar a término la gestación mientras ésta dure.
- No aportar su óvulo para la fertilización.
- Cumplir con los requisitos necesarios para la maternidad por sustitución.
- Tomar los cuidados necesarios para que la gestación se lleve a cabo en óptimas condiciones.
- Entregar al producto de la gestación a la pareja solicitante en el momento del alumbramiento o en el plazo pactado.
- No recibir remuneración alguna por el servicio prestado.
- No establecer ningún lazo de filiación con el nuevo ser.

El cónyuge de la madre sustituta, deberá proporcionar a su mujer un ambiente sano durante la gestación, y aunque su participación no sea directa en la maternidad asistida, compartirá con su mujer las últimas cuatro obligaciones que arriba se señalan. Durante la gestación tendrán esas obligaciones y después de ésta no tendrán ni derechos ni obligaciones sobre el menor.

Quizá habría que establecer algunas sanciones es caso de aborto o problemas congénitos en el producto de la gestación ocasionados por la madre gestante o su cónyuge, ya sea por golpes, ingesta de alcohol, drogas, fármacos o tabaquismo.

De los padres sociales

Los padres sociales son aquellos que sin tener ningún vínculo con el producto de la concepción, se obligan al cuidado y a la educación del menor.

La paternidad social puede recaer en la pareja solicitante cuando ambos son estériles y recurren a las técnicas de reproducción heterólogas para ser padres.

Los padres sociales no guardan ningún vínculo genético o biológico con el producto de la concepción, salvo la voluntad procreacional que los lleva a someterse a la maternidad subrogada para realizar su deseo paternal. Los padres sociales coinciden con la pareja solicitante, por lo

que asumirán las mismas obligaciones y los mismos derechos que se señalan para los padres genéticos.

Los padres sociales estarán unidos al hijo por el vínculo volitivo y jurídico que los reconoce como padres ante la sociedad.

BASES PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN

La regulación de la filiación en nuestro Código Civil, necesita reformarse para adecuarse a la realidad que presentan las técnicas de reproducción asistida y para que este ordenamiento se encuentre en armonía con las futuras legislaciones que respecto al tema se emitan.

Las reglas generales de la filiación surten efectos sobre los hijos nacidos de forma natural, pero habrá que establecer las reglas que determinen la filiación de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida sin que se contrapunte una con otra.

Para determinar la filiación derivada de la maternidad asistida, es necesario hacer mención a los tres factores que se explicaron en el capítulo anterior. La filiación se determina (a mi juicio) por:

- Factor jurídico: el embarazo y el parto muestra a la madre, este principio descansa en el factor biológico de la gestación y alumbramiento.
- Factor genético: el ADN contenido en los genes que son heredados al nuevo ser, a través de los gametos, determina la filiación.

- Factor volitivo: la voluntad procreacional establece la filiación del hijo.

La filiación se puede determinar por el vínculo genético entre los padres y los hijos. Es decir, la pareja solicitante de la maternidad subrogada, que proporciona sus gametos para la fecundación y concepción del hijo, establecerá una filiación natural que descansa en el vínculo genético que los une.

La voluntad procreacional que la pareja ha tenido para convertirse en padres, genera una filiación artificial. Es decir, cuando los gametos que dan vida al embrión proceden de donadores, en este caso no existe un vínculo genético o biológico que una a los padres con el hijo, pero existe la voluntad procreacional que establece una filiación artificial, una adopción prenatal.

En el caso de que la madre gestante haya donado su óvulo para la fecundación, la filiación que se establece respecto al padre será natural, pues descansa en el vínculo genético, y la madre será quien aportó el óvulo y lo gestó, pues en ella descansa el vínculo biológico y genético. Respecto a la esposa del padre no puede establecerse una filiación, pues cada ser humano proviene de una madre y de un padre y en este caso la maternidad es cierta.

También puede darse el caso de una filiación mixta, establecida por el vínculo genético y por la voluntad procreacional. Cuando el embrión

que ha sido gestado, es el producto de la unión de los gametos donde uno de ellos es donado. Por ejemplo, la pareja que solicita la maternidad subrogada, la mujer aporta el óvulo para ser fecundado por el semen de un donante y ser gestado por la madre sustituta. La filiación respecto a la madre será natural, pues existe un vínculo genético y respecto al padre será artificial, pues se da la voluntad procreacional y no existe un padre determinado.

En estos últimos dos casos, el principio romano *“mater semper certa est pater est quod demonstrat”*¹²² sigue vigente y se aplica, pues en el primer caso la maternidad queda determinada por el parto y en el segundo la paternidad corresponde al esposo de la madre.

Los donantes de células germinales, así como la madre gestante o subrogada quedarán relevados de todo lazo de filiación con el hijo producto de la maternidad asistida, por lo que no tendrán derecho u obligación alguna sobre el mismo.

CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA MATERNIDAD SUBROGADA

En este apartado, me referiré a los casos en los cuales se debe permitir la maternidad asistida en cualquiera de sus modalidades: subrogación de vientre o matriz, y maternidad subrogada.

La maternidad asistida debe proceder ante los casos siguientes:

¹²² La madre siempre es cierta, el padre es el que demuestra las nupcias o las nupcias muestran al padre.

- Esterilidad de la pareja. Cuando después de un año la pareja no ha logrado concebir, se les considera una pareja estéril, posterior a esto, se realiza una serie de estudios para determinar la causa de la esterilidad, misma que puede recaer en uno u otro o en ambos. Para que la maternidad asistida proceda, la esterilidad debe de recaer en ambos, es decir, ninguno de los dos produce células germinales debido a problemas de tipo fisiológicos, etc.
- Esterilidad de la mujer. Consiste en que la mujer no produce óvulos, por tal motivo, necesitará de la donación de un óvulo para realizar su deseo de ser madre. Cabe hacer mención, que una mujer puede ser estéril pero fértil, es decir, puede llevar a término el embarazo.
- Infertilidad de la mujer. Consiste en la incapacidad de la mujer para llevar a cabo el embarazo, las causas pueden ser diversas, malformación en los órganos reproductivos, etc.

Para que la maternidad asistida tenga lugar, es necesaria la infertilidad y esterilidad de la mujer.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La filiación es una de las figuras más importantes del Derecho de Familia, pues determina el origen y la identidad de cada individuo.

Desde la antigüedad es notoria la necesidad de establecer la filiación de los hijos, saber quién era hijo de quién, pues debido a la promiscuidad sexual que caracterizaba a las sociedades antiguas, sólo la mujer sabía quienes eran sus hijos, el embarazo y el parto lo determinaban.

SEGUNDA

Ya establecida la monogamia, el hombre tiene mayor certeza sobre la filiación de sus hijos esto se debe a que la unión conyugal es más sólida y su disolución muy difícil. Con esta nueva organización el problema de determinar la filiación está prácticamente resuelto.

Una vez que la filiación no encuentra mayor problema para ser determinada, la condición de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio adquiere tal fuerza en la sociedad y su legislación que en la actualidad persisten estas diferencias.

Los hijos fuera del matrimonio nunca fueron bien vistos, por tal motivo se les privo de los derechos sucesorios, alimenticios y el derecho

al nombre y adquieren diversos calificativos, impuestos por una sociedad severa, que en la actualidad han sido superados.

Hoy día, los hijos fuera o dentro del matrimonio gozan de los mismos derechos, a pesar de que esta clasificación aún persiste se ha logrado establecer una igualdad entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de éste.

TERCERA

Las legislaciones vigentes resuelven los problemas concernientes a la filiación, sin embargo la mayoría de ellas se han quedado estancadas, pues los adelantos científicos presentan una realidad distinta a la que se legisla.

La ciencia contribuye de gran manera en el desarrollo de los países y al mismo tiempo influyen en el pensamiento del hombre, quien hace uso de los avances científicos y tecnológicos para satisfacer sus deseos y necesidades, es así como también cambian conceptos albergados por la sociedad que de cierta forma obstruyen el crecimiento de una nación.

CUARTA

El desarrollo de las técnicas de reproducción humana avanza de tal forma, que día a día se descubren más técnicas que posibilitan la paternidad que se ve impedida, estas técnicas son un claro ejemplo de la

perseverancia del hombre por saber más y manipular a la naturaleza, lo cual produce calurosos debates.

La reproducción o procreación asistida, consiste en todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un medio distinto al de la cópula. El desarrollo de estas técnicas se debe al interés científico por superar la esterilidad y la infertilidad en las parejas que desean ser padres.

Lo que comenzó como la búsqueda de un remedio a la esterilidad de las parejas, se convirtió en una vasta posibilidad de técnicas para crear vida por medios no naturales, dentro de éstas encontramos a la inseminación artificial, la fecundación in vitro, transferencia de gametos o embriones, maternidad subrogada, etcétera en sus formas homólogas o heterólogas y en sus diferentes variables.

QUINTA

La maternidad subrogada, maternidad por encargo, arrendamiento o préstamo de vientre o maternidad asistida, entre otras denominaciones merece mención aparte, pues además de colapsar la figura de la filiación genera la necesidad de que se modifiquen conceptos elementales, tales como la maternidad.

El vocablo de madre o maternidad nunca había presentado problemas en cuanto a su definición, es con la aparición de las técnicas

de reproducción asistida que se ve afectado dicho concepto, pues al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida es necesario establecer qué es la maternidad para saber quién ejercerá este papel frente al producto de la concepción.

Además de los problemas de filiación, la maternidad por sustitución se enfrenta a las discusiones que genera el contrato por el cual se da origen a este acto, y al que se le debe dar plena validez ya que no lesiona interés alguno, en cuanto se trate de un óvulo ajeno a la mujer que va a gestar.

SEXTA

Las técnicas de reproducción asistida encabezan diversas discusiones que implican aspectos éticos, morales y filosóficos, todas y cada una de ellas han tenido su espacio en los medios de comunicación, en los foros han sido rechazadas, discutidas, juzgadas, condenadas y finalmente aceptadas.

Además de los problemas jurídicos, la maternidad arrendada genera problemas médicos y sociales, que se encuentran fuera del alcance de la ley, pues en México además de no contar con una legislación que regule esta práctica, se carece de una investigación profunda que analice los efectos y el alcance de los mismos en la sociedad, lo que ocasiona la ignorancia de las consecuencias que esta práctica trae consigo.

SÉPTIMA

La legislación que al respecto se ha emitido en distintos países, se manifiesta en contra de la maternidad arrendada. Ante los problemas que genera, se prefiere tomar una actitud prohibitiva que evite las consecuencias que se han tratado en este trabajo.

Los legisladores han sobrepuesto el principio romano "*mater semper certa est*" por encima de la realidad científica. Legislar en la materia no es fácil, pues las posturas que en el tema intervienen son diversas.

Alemania es un caso aparte, pues al igual que el resto de los países, prohíbe la práctica de la maternidad subrogada. Dicha prohibición se fundamenta en la ignorancia de los eventos que se dan entre el hijo y la madre durante la gestación, lo cual representa una imposibilidad para determinar la maternidad.

Los Estados de la Unión Americana que en su régimen jurídico admiten la maternidad subrogada, permiten la práctica de ésta bajo una legislación que no ofrece seguridad a ninguna de las partes, por lo que se entiende que es una legislación deficiente que no da solución alguna a los problemas que se originen.

En México la ausencia de una ley que regule la maternidad subrogada y demás técnicas de procreación asistida, ocasiona que las controversias que se susciten al respecto se resuelvan con preceptos que

fueron establecidos para resolver conflictos ocasionados por otras circunstancias, que distan mucho de las técnicas de reproducción asistida. Así los juzgadores se ven obligados a interpretar el contenido de dichas normas para ser adaptadas a las realidades que los avances científicos presentan.

OCTAVA

La maternidad subrogada es una técnica de fertilización asistida, donde la maternidad reposa sobre dos o más mujeres, lo cual puede originar diferentes tipos de filiación, mismos que deben ser establecidos por la ley para determinar la maternidad del menor.

La voluntad procreacional toma fuerza frente al vínculo biológico que une a los padres con sus hijos, por esta razón es necesario establecer los lineamientos que la determinen para que este factor sea de gran peso al momento de establecer la maternidad.

Las bases que determinan la filiación del producto en la maternidad subrogada, no se han establecido, por lo que se siguen las reglas generales de la filiación, lo cual es inadecuado ya que no atienden al mejor desarrollo del menor.

NOVENA

La dificultad para establecer una regulación integral que abarque las innumerables posibilidades y los casos que puede presentar la

maternidad subrogada es enorme, y también enorme la necesidad de establecer las pautas y las prohibiciones para la realización de ésta. Al prohibirla se coartaría el derecho a la paternidad, el cual establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º para todos sus ciudadanos, ya que la maternidad subrogada es una solución más para la esterilidad y la infertilidad de las mujeres que desean ser madres.

Mis propuestas para dar solución a las realidades planteadas por esta investigación son las siguientes:

- La creación de una Ley Federal que regule la práctica de la maternidad subrogada, misma que debe ser en forma gratuita.
- Crear un instrumento jurídico con plena validez que dé origen a la maternidad asistida y que proporcione seguridad a las partes.
- Dicha ley deberá controlar a las mujeres que presten su útero para la gestación, de tal forma que las mujeres no se subroguen más de una vez, y que no se haga de la maternidad subrogada una fuente de trabajo.
- La maternidad subrogada con donación del óvulo de la mujer gestante, debe quedar prohibida para evitar la donación, venta o adopción prenatal del menor.
- Establecer la responsabilidad de las partes que intervienen en la maternidad asistida, sus derechos y obligaciones.
- Establecer las bases para determinar la filiación del producto de la maternidad subrogada. Dichas bases deben atender al mejor interés del menor.

- Crear un Registro de Madres Sustitutas, para tener mayor control sobre la práctica de esta técnica.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA RAMÍREZ, Vicente *"De la Responsabilidad Civil Médica"* Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1990.

BEREK, Jonathan et. al. *"Ginecología de Novak"* 12ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2000.

BIALOSTOSKY, Sara *"Panorama del Derecho Romano"* 3ª ed., Ed. UNAM, México, 1990.

BORDA, Guillermo A. *"Tratado de Derecho Civil"* Tomo II. 9ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, s.a.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María *"Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana"* Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl *"Código Penal Anotado"* 21ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

CARRILLO FABELA, Luz María R. *"La Responsabilidad Profesional del Médico"* 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999.

CASTÁN TOBEÑAS, José *"El Derecho Civil Español"* Tomo I Vol. I Ed. Reus, Madrid, 1962.

CRUZ BARNEY, Oscar *"Historia del Derecho en México"* Ed. Oxford, México, 1999.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel *"La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales"* 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.

"Descripción de Grecia" Vol. 1 Ed. Orbis, Barcelona, 1986.

"El Nacimiento de un Niño" Ed. Salvat, España, 1975.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego et. al. *"El Nuevo Derecho de Familia Español"* Ed. Reus, Madrid, 1982.

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio *"Medicina Legal y Toxología"* 4ª ed., Ed. Salvat, España, 1991.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián *"Derecho Familiar"* 2ª ed., Ed. UNACH, México, 1980.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. *"Instituciones de Derecho Civil"* Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1987.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge M. *"Instituciones de Derecho Civil"* Tomo III. Ed. Porrúa, México, 1988.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio *"El Derecho Precolonial"* 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976.

MOORE, Keith L. *"Embriología Clínica"* 4a ed., Ed. Interamericana / Mc Graw- Hill, México, 1992.

MUCIO AGUADA, Ángel M. (editor) et al. *"Ingeniería Genética y Reproducción Asistida"* Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1989.

PETIT, Eugene *"Derecho Romano"* 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

RUIZ VELAZCO, Víctor (editor) et al. *"El Manejo de la Pareja Estéril"* IMSS, México, 1975.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón *"De los Contratos Civiles"* 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993.

SOTO LAMADRID, Miguel A. *"Biogenética, Filiación y Delito"* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

TRINIDAD GARCÍA *"Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho"* 16ª ed., Ed. Porrúa; México, 1980.

TURBET, Silvia *"Figuras de la Madre"* Ed. Cátedra, Madrid, 1996.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.) *"Bioética y Derecho. Fundamento y Problemas Actuales"* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

LLEDÓ YAGÜE, *"Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familiar"*, Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, P. 341.

LEGISLACIÓN

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884

Código Civil para el Distrito Federal de 2003.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iniciativa de Decreto de Ley de Reproducción Asistida para el Distrito Federal.

Ley General de Salud

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Los Códigos Españoles. Concordados y anotados. T. VI Madrid, 1849.

Los Códigos Españoles. Concordados y anotados. T. III Madrid, 1848.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud.

Surrogacy Arrangements Act 1985.

PÁGINAS DE INTERNET

www.bioeticaweb.com

www.biotech.bioetica.org

www.comteruel.org

www.congreso.gob.pe

www.el-mundo.es

www.encolombia.com

www.geocities.com.

www.lucreciamonteagudo.com.ar

www.revistapersona.com.ar

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael *"Diccionario de Derecho"* 18ª ed., Ed. Porrúa, México, 1992.

"Diccionario de Medicina" Ed. Espasa Siglo XXI, España, 2000.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo XII. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s.a.

"Pequeño Larousse Ilustrado" 5ª ed., Ed. Larousse, Colombia, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *“Diccionario de la Lengua Española”* 21ª ed., Ed. Espasa – Calpe, Madrid, 1992.

OTRAS FUENTES

GARCÍA MENDIETA, Carmen *Fertilización extracorpórea, aspectos legales*. Revista *“Ciencia y Desarrollo”*. CONACYT, Noviembre-Diciembre, 1985, Año XL, núm. 65.

HURTADO OLIVER, Javier, *“Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana”*, Revista Judicial Jalisciense, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992. Pp. 47-81.