



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**TESINA:
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO
SOBRE MATERNIDAD ASISTIDA ENTRE
LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA,
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

PRESENTA: LIC. YADIRA ALEJANDRA YAH BARRERA

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

ASESORA: MTRA. ELMA DEL CARMEN TREJO GARCÍA

MÉXICO, D.F.

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS:

Porque he aprendido a creer en él y a comprender que nuestros errores no son culpa de él, sino de nuestra conducta humana que no deseamos mejorar.

A la UNAM:

Por todas las cosas buenas que me ha dado y permitido realizar a lo largo de mi vida personal, estudiantil y profesional, en especial por albergarme en sus aulas desde mi edad juvenil. MIL GRACIAS POR ESTA ENORME OPORTUNIDAD.

A MIS PADRES:

Por ser los seres más buenos de este planeta, soportarme y apoyarme en todos mis proyectos, aunque cuando no están de acuerdo. Por quererme y por todas sus enseñanzas habidas y por haber. GRACIAS, PERO MUCHAS GRACIAS Y LOS QUIERO MUCHO.

A MIS HERMANOS:

Porque los quiero, aunque no es muy común que se los diga, y porque espero seguir contando con ellos durante mucho más tiempo. GRACIAS POR SOPORTARME Y ESTAR SIEMPRE CONMIGO, LOS QUIERO MUCHO.

A MIS MASCOTITAS:

Porque aunque muchos digan que loca, no tienen idea de la inmensa alegría que trajeron y contagian a mi vida. MIS BEBITAS LINDAS, MUCHAS GRACIAS.

A MIS AMIGOS:

Por aceptarme tal cual, por su apoyo moral, y por estar en los momentos que más los necesito, aún cuando sea nada más para escucharme y darme una palmadita en la espalda, hasta cuando me regañan. GRACIAS POR SER MIS AMIGOS Y SER TAN BUENA ONDA CONMIGO.

A MI ASESORA:

Por el enorme voto de confianza y amistad que me ha otorgado, por ayudarme a recuperar mi seguridad intelectual, cuando más la necesitaba.

Por apoyarme en los momentos difíciles,
por dedicarme su tiempo y conocimiento,
y porque ser uno de mis mejores
ejemplos profesionales a seguir.
GRACIAS, MUCHAS GRACIAS
MAESTRAZA DE MI ALMA.

A MIS PROFESORES:

Por todas y cada una de sus
enseñanzas, que me han servido en lo
personal, laboral e intelectual de mi vida
cotidiana. GRACIAS, PERO MUCHAS
GRACIAS.

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual vive en una era de tecnología y descubrimientos científicos constantes, con el objeto de permitirnos disfrutar de una calidad de vida inimaginable en otras épocas.

Innovaciones que no dejan de sorprendernos, toda vez que no solamente abarcan los bienes muebles e inmuebles, sino que además afectan y repercuten en los humanos, un ejemplo de ellos son los avances médicos, verbigracia: curas en contra de enfermedades como: la diabetes, hipertensión, cáncer en todos sus aspectos, sida-VIH; así como, tratamientos en contra de la esterilidad, tratamientos de reproducción, reproducción *in vitro*, maternidad asistida, etc.

Estos progresos se han observado alrededor del mundo y necesitan ser regulados, toda vez que generan consecuencias jurídicas que en algunas legislaciones, como la de nuestro país, todavía no han sido contempladas, en virtud, de que se carece de una normatividad efectiva para resolver los conflictos suscitados por ellos.

Ahora bien, nuestro tema se enfoca a la reproducción asistida que se puede originar, o quizás ya acontece en nuestro país, en específico a la maternidad asistida, que se debe comprender en ella a la maternidad y paternidad.

Este avance médico, consiste por lo general en dos supuestos, como lo son:

1.- El que una mujer u hombre, done material genético, como pudiera ser un óvulo o esperma para la procreación de un ser vivo, a personas estériles, o

2.- El que una mujer preste su vientre para la concepción de un embrión humano, con el cual una vez nacido, no deberá tener lazos emocionales, ni filiales; en virtud, de que sus progenitores biológicos no serán sus padres reales.

Esto es, en nuestro país existen personas que no pueden procrear biológicamente, a pesar de haberse sometido a diversos tratamientos de reproducción genética; lo cual los puede desmoralizar pero no disminuye su deseo de ser padres biológicos, aunado a ello no tienen el deseo de adoptar porque quieren tener sus propios hijos sanguíneos, lo que trae como consecuencia que recurran a la genética reproductiva asistida para alcanzar sus aspiraciones maternas y paternas.

La maternidad asistida o reproducción asistida a la que se someten las personas no se encuentra debidamente regulada en nuestra legislación civil mexicana, toda vez que se carece de una normatividad eficiente para resolver los posibles conflictos que se pudieran suscitar en el ámbito del Derecho.

Por tal motivo, es necesario crear una legislación eficaz que nos permita estar a la vanguardia de los avances médicos y científicos que se originan por los tratamientos de genética reproductiva.

De lo anterior, se deduce la necesidad de estudiar, como sería el crear una normatividad especial en la legislación mexicana que regule las dificultades generadas por la maternidad asistida, en virtud, de que las conductas de las personas que solicitan el auxilio de la tecnología de la reproducción genética no pueden quedar aisladas del Derecho.

Con ello, se les pueda otorgar una mayor seguridad jurídica a los individuos de los derechos y obligaciones generados por el acto de la maternidad asistida en el ámbito del Derecho, que permitan y faciliten la comprensión y regulación de la maternidad asistida o reproducción genética en la legislación mexicana, para evitar conflictos jurídicos de familia (principalmente) creados por la reproducción genética.

Además, es necesario la normatividad que regule la maternidad asistida, toda vez que los avances tecnológicos repercuten en las conductas de los seres humanos, y el no abarcarlos produciría una deficiencia en nuestra legislación, en especial ante actos que se han suscitado entre la población mexicana.

En este orden de ideas, el objetivo primordial de la presente investigación consiste en proponer una normatividad que contemple soluciones a los problemas originados en el ámbito del Derecho por la maternidad asistida, para obtener una legalización de las conductas originadas por los particulares al acudir a este medio científico para la procreación de sus hijos, la cual tratará de abarcar los aspectos más significativos de la maternidad asistida como serían:

1.- El análisis de los derechos y obligaciones derivados del parentesco y la filiación en relación con la maternidad asistida, así como, de la patria potestad, guarda y custodia, alimentos y sucesiones, toda vez que son figuras unidas e independientes entre sí. **2.-** El tratado de los diferentes tipos de maternidad asistida que se pueden suscitar por donación de material genético y subrogación de útero. **3.-** Las diferencias entre maternidad asistida y adopción; y, **4.** El estudio de Derecho Comparado de las reglamentaciones nacionales, extranjeras e internacionales que permitan examinar las ventajas y desventajas de la maternidad asistida, entre otras.

Para alcanzar los objetivos propuestos, en el presente estudio analizaremos lo siguiente:

Aspectos Generales de la maternidad-paternidad asistida, como: la institución jurídica de la familia en sus conceptos biológico, sociológico y jurídico, así como en sus diversas evoluciones: salvajismo, familia consanguínea, familia punalúa¹, barbarie, familia sindiásmica² o extensa, civilización, familia monogámica, familia monoparental, familia reconstruida, familia dirigida por personas del mismo sexo. Así como sus derechos y obligaciones de patria potestad, guarda y custodia, alimentos, sucesión y filiación materna y paterna, derivados del parentesco.

Los antecedentes de la maternidad-paternidad asistida de las instituciones de: familia, parentesco, filiación y maternidad en el Derecho Romano, España, Estados Unidos de América y México.

Seguido del marco teórico-conceptual de la reproducción humana y maternidad-paternidad asistida que comprenderá: la reproducción humana natural y asistida, fertilidad, infertilidad y esterilidad, tipos de técnicas de reproducción asistida, como serían: inseminación artificial, transferencia intratubárica de gametos, fecundación extracorpórea o *in vitro* con transplante de embriones, la finalidad y riesgos médicos de las técnicas de reproducción asistida, los casos en los que proceden y/o autorizan la utilización de técnicas de reproducción asistida, sus sujetos y elementos biológicos de las técnicas de reproducción asistida, antecedentes de la reproducción humana asistida, definición de maternidad-paternidad tradicional y asistida, sus clasificaciones, los supuestos que se generan en la maternidad-paternidad asistida en relación con los sujetos que intervienen, precedentes sociales de la maternidad-paternidad asistida, problemas, derechos y obligaciones que se generan con la maternidad-paternidad asistida y su naturaleza jurídica.

¹ "Punalúa, es compañero íntimo." Término establecido por los sociólogos Morgan y Bachofen en la obra de ENGELS, Federico, ***El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado***, México, Editorial Distribuidora Fontamara, S.A., 2005, p.35

² Sindiásmica, es el término sociológico que establecieron Morgan y Bachofen, para determinar el período de transición en que la institución de la familia pasó de un derecho materno a un derecho paterno, en la obra de ENGELS, Federico, op. cit., p. 25

En cuanto al análisis de la legislación nacional e internacional de la maternidad-paternidad asistida se manifestarán los casos reales de maternidad y paternidad asistida que se reportan en cada nación, y sus legislaciones, ejemplo de algunas de ellas son: constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, ley general de salud, código civil federal, código penal federal, ley federal del trabajo, entre otras; así como: iniciativas de ley, tesis y jurisprudencias. Las tres leyes españolas de técnicas de reproducción asistida. Algunas legislaciones de los Estados Unidos de América. Aunado a ello, los organismos nacionales e internacionales que intervienen en la maternidad-paternidad asistida.

Derivado del estudio teórico y legislativo se realizará un estudio de Derecho Comparado entre las legislaciones de España, Estados Unidos de América y México de maternidad-paternidad asistida, para conocer las ventajas y desventajas en relación con las consecuencias o problemas jurídicos de la maternidad y paternidad asistida, y proporcionar las conclusiones y propuesta pertinente.

La hipótesis de este estudio es: Por medio de un estudio de Derecho Comparado de las legislaciones existentes de maternidad asistida entre los países de España y Estados Unidos de América en relación con los Estados Unidos Mexicanos, podremos proponer una normatividad mexicana que contemple y resuelva los posibles problemas originados por la reproducción asistida a nivel nacional e internacional.

Por último, para comprobar esta hipótesis utilizaremos los métodos deductivo e inductivo, a través de un análisis de las legislaciones existentes en nuestro país, España y Estados Unidos de América.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

Antes de iniciar nuestro estudio de derecho comparado sobre maternidad asistida entre las legislaciones de Reino de España (en adelante España), Estados Unidos de América (en adelante EUA) y los Estados Unidos Mexicanos (en adelante México), es relevante hacer un breve análisis de las instituciones jurídicas del Derecho de familia, que se encuentran relacionadas con la maternidad asistida, como lo serían la familia, parentesco, filiación, patria potestad, guarda y custodia, alimentos y sucesión primordialmente.

1.1 Institución jurídica de la familia

La institución jurídica de la familia existe en todas las sociedades, por ser el núcleo de todas las civilizaciones, al ser que el linaje materno y paterno proviene de la reproducción generada por sus individuos, la cual origina lazos emocionales, derechos y obligaciones recíprocos en el aspecto jurídico, en razón del parentesco que surge entre ellos; por tal motivo, es importante su análisis en el presente estudio.

La familia es el elemento vital y trascendental de las sociedades y/o civilizaciones, toda vez que la familia ha evolucionado de acuerdo al pensamiento y actuar de los individuos de cada época, la modificación de esta unidad repercute en los aspectos sociales, económicos, políticos, religiosos, culturales y jurídicos, directos e indirectos con las estirpes de cada pueblo; como lo serían los derechos y obligaciones que se generan en relación con las líneas y grados de parentesco.

1.1.1 Definición de familia

“La etimología de *familia* es desconocida; pero podría estar en *famulus*, que significa lo que ‘siervo o esclavo’,...”¹ de acuerdo con el Derecho Romano es “el conjunto de personas que están bajo la *potestas* (potestad) de un jefe único, el *paterfamilias* (cabeza de familia), todos ellos integran la *domus* (casa).”²

Para el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, la familia es: “(Del lat. *familiā*). 1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. 4. f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común... 5. f. Conjunto de objetos que presentan características comunes. 6. f. Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa. 7. f. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 8. f. coloq. Grupo numeroso de personas. 9. f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes...”³

Los doctrinarios Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, consideran que “la familia es el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas se hallan las que se refieren directamente, en lo individual, a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación o por vínculos jurídicos, como ocurre con la unidad familiar en su totalidad.”⁴

¹ GUZMÁN Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Santiago-Chile, Editorial jurídica de Chile, marzo de 2004, Tomo I, p. 288

² PADILLA Sahagún, Gumesindo, *Derecho Romano I*, México, Editorial Mc Graw-Hill, 1996, p. 46

³ “Familia”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

⁴ BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, Edición revisada y actualizada por Rosalía Buenrostro Báez. De la obra de familia y sucesiones, de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, primera reimpresión: abril de 2006, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 5

Por su parte, el doctrinario Rafael De Pina Vara, define a la familia como el “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. // Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar.”⁵

Por último, Federico Engels en su obra: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* cita a Morgan, quien establece: “La Familia... es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia.”⁶

En conclusión, la familia es el conjunto de individuos unidos por lazos sanguíneos en grados de ascendencia, descendencia y colateral, que se encuentran vinculados por relaciones de parentesco materno y paterno, surgidas por relaciones sexuales y filiales, lo cual origina grupos de linajes con derechos y obligaciones jurídicos de carácter recíproco entre los sujetos que pertenecen a la estirpe, grupo que le permite al ser humano desarrollarse en sus aspectos psicológicos, emocionales, personales, sociales, culturales, religiosos, económicos y políticos.

Cabe resaltar, que la familia es el elemento medular de toda civilización que ha evolucionado y modificado sus métodos de reproducción y formación de acuerdo a la época y necesidades de cada sociedad, conductas progresivas que en ocasiones originan alteraciones radicales en las instituciones jurídicas del parentesco, por tal motivo es importante el estudio de la familia en el aspecto jurídico.

1.1.1.1 Concepto biológico

⁵ DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 25ª ed., actualizada por Juan Pablo De Pina García, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 287

⁶ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., 2005, p. 27

La noción biológica de familia, se origina principalmente de la idea de lazos sanguíneos existentes entre los ascendientes con sus descendientes, relación que surge de la procreación sexual de una pareja normal, compuesta por un hombre y una mujer.

La percepción biológica de la familia siempre se producirá de la unión sexual de una pareja heterosexual con deseos de procreación, sujetos que provocan la existencia de ascendientes y descendientes en común, unidos por lazos sanguíneos; dicho en otras palabras, el significado biológico de la familia comprende la conducta natural que la propia naturaleza asigna a todas las criaturas que dependen de una reproducción sexual para la continuidad de su especie.

1.1.1.2 Concepto sociológico

El enfoque sociológico de la familia se refiere a la forma de organización de los conglomerados humanos para sobrevivir, fenómeno que depende del tiempo y espacio de cada civilización; es decir, el punto de vista sociológico de la familia depende de la evolución y modificación que sufra la misma en cada sociedad en sus aspectos sociales, económicos, políticos, morales, religiosos, culturales y jurídicos.

Para los sociólogos, economistas y jurisperitos, la familia y sociedad en su concepción sociológica se desarrolla, estudia y puede comprender en tres etapas de la evolución humana, como lo serían: el salvajismo, la barbarie y la civilización.

1.1.1.2.1 Salvajismo

En la etapa del salvajismo se comprenden las sociedades industriales, cuya organización se estructura por las familias nucleares, este tipo de familia se compone “exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos, los cuales, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva familia y aunque vivan separadas, están engranadas de una forma típica en redes alargadas de familiares por diversas partes.”⁷ De lo anterior, se desprende que las familias nucleares se clasificaron primero como familias consanguíneas, que con el tiempo y la evolución del criterio humano dieron pauta posteriormente a la familia punalúa.

1.1.1.2.1.1 Familia consanguínea

Las características de la familia consanguínea fueron de una conducta primitiva, promiscua y de animal irracional, porque en ella se encontraba a los *matrimonios por grupos*, como los definen *Morgan y Bachofen* en la obra de *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* de Federico Engels; toda vez que “los grupos conyugales se clasificaban por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres, los hijos de éstos forman a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes (pudiéramos decir) del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco.”⁸

Es decir, en la familia consanguínea primitiva prolifera la promiscuidad con matices de incesto, endogamia, poligamia y poliandria; toda vez que el clan se reproduce entre sí; porque sus únicos objetivos son: la procreación de la especie y

⁷ BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, op. cit., nota 4, p. 6

⁸ ENGELS, Federico, op. cit., nota 6, pp. 33 y 34

satisfacción sexual; derivado de estas conductas, se observa que el único parentesco posible de reconocer de manera indubitable es el materno; por tanto, la forma de administración y gobierno que prevaleció fue el matriarcado.

1.1.1.2.1.2 Familia punalúa

El progreso de la familia punalúa⁹ consistió en la exclusión de los padres e hijos en el comercio sexual recíproco del mismo clan, probablemente se inició con la exclusión de los hermanos maternos, debido a que era el único linaje posible de reconocer, y concluyó con la prohibición de matrimonio entre los hermanos colaterales; sin embargo, no limitó el matrimonio en grupos con otros clanes, lo cual dio como consecuencia lógica la existencia de la exogamia.

Esto es, las matriarcas restringieron *el matrimonio* hacia los individuos del sexo opuesto del mismo clan que tenían parentesco materno; por tal motivo, el género opuesto escaseaba para ambos sexos, y por naturaleza para la continuidad de la especie hubo la necesidad de satisfacer ese factor sexual y reproductivo en otra raza, lo cual dio como consecuencia la reproducción con mujeres y hombres de otras tribus.¹⁰

La familia consanguínea y punalúa quedaron comprobadas con los estudios del misionero inglés Lorimer Fison, quien durante años analizó la forma de la familia en su tierra clásica, Australia. “Entre los negros donde encontró el grado más bajo de desarrollo. La tribu entera se divide allí en dos grandes clases: los krokis y los kumites. Está terminantemente prohibido el comercio sexual en el seno de cada una de estas dos clases, en cambio, todo hombre de una de ellas es marido nato de toda mujer de la otra, recíprocamente. No son los individuos, sino grupos enteros, quienes están casados unos con otros, clase con clase. Y nótese que allí no hay en ninguna parte restricciones por diferencia de edades o de

⁹ “Punalúa, es compañero íntimo.” Término establecido por los sociólogos Morgan y Bachofen en la obra de ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Editorial Distribuidora Fontamara, S.A., 2005, p.35

¹⁰ Cfr. ENGELS, Federico, op. cit., nota 6, p. 35

consanguinidad especial, salvo la que se desprende de la división en dos clases exógamas. Un kroki tiene de derecho por esposa a toda mujer kumite; y como su propia hija, como hija de una kumite, es también kumite en virtud del derecho materno, es, por ello, esposa nata de todo kroki, incluido su padre.”¹¹

De lo anterior se desprende que los tipos de familia en la sociedad industrial se regían por matriarcados, debido a que era el único parentesco comprobable; en atención a la proliferación de la promiscuidad cuyas características eran de incesto, endogamia, exogamia, poligamia y poliandria.

Cabe resaltar, que los sociólogos, economistas y jurisconsultos basaron sus hipótesis y resultados de la familia y sociedad industrial en la época del salvajismo, en: el principio de la selección natural, en el estudio de las conductas animales de los mamíferos, y en la observación de las conductas de las tribus americanas y austriacas de los años de 1880 y 1890 aproximadamente; la primera por la Teoría de la Evolución de Darwin, la segunda porque los humanos a pesar de ser animales racionales, tenemos vínculos de evolución relacionada con los animales mamíferos y, la tercera por las conductas sociales y culturales que descubrieron en este tipo de clanes.

1.1.1.2.2 Barbarie

Durante la época de la barbarie se desarrollaron las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, las familias que integraban este tipo de sociedades se clasificaron como familia sindiásmica, la cual, con posterioridad fue definida en un término más técnico como familia extensa; cuya característica principal consistía en la agrupación de distintas parejas y sus descendientes pertenecientes a la misma familia originaria, es decir, al fundador o del *pater*.

¹¹ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, nota 6, pp. 30 y 41

Es en esta etapa humana, cuando desaparecen los matrimonios por grupos y la poliandria; sin embargo, se prosigue con la conducta de la poligamia, y surgen los matrimonios por raptos e interés económico; es decir, el matrimonio podía surgir por dos supuestos; el primero del raptos cometido por los hombres de una tribu hacia las mujeres de otra tribu con disposición sexual para todas; y, por un arreglo socio-económico y político de clases, celebrado por las matriarcas, con el objeto de aumentar los bienes de trabajo y propiedad en la familia, conducta social que prevaleció hasta inicios del año 1900 de nuestra era aproximadamente.

1.1.1.2.2.1 Familia sindiásmica o extensa

El elemento más destacado en la familia sindiásmica¹² fue la introducción del reconocimiento paterno por parte de las matriarcas, con el objeto primordial de que sus hijos tuvieran derechos a la sucesión de los padres; porque “con arreglo a la división del trabajo en la familia de entonces, correspondía al hombre procurar la alimentación y los instrumentos de trabajo necesarios para ello; consiguientemente, era por derecho, el propietario de dichos instrumentos y en caso de separación se los llevaba consigo, de igual manera que la mujer conservaba sus enseres domésticos. Por tanto, según las costumbres de aquella sociedad, el hombre era igualmente propietario del nuevo manantial de alimentación, el ganado, y más adelante, del nuevo instrumento de trabajo, el esclavo. Pero según la usanza de aquella misma sociedad, sus hijos no podían heredar de él, porque,... - de acuerdo con el- ...derecho materno,... y según la primitiva ley de herencia imperante en la gens,... Sus bienes debían quedar... en la gens... Así, a la muerte del propietario de rebaños, éstos pasaban en primer término a sus hermanos y hermanas y a los hijos de estos últimos o a los descendientes de las hermanas de su madre, en cuanto a sus propios hijos, se veían desheredados.

¹² “Sindiásmica” es el término establecido por los sociólogos Morgan y Bachofen, para determinar el período de transición de la familia del derecho materno al derecho paterno, citado en la obra de ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, nota 6, p.25

“Así, pues, las riquezas, a medida que iban en aumento, daban, por una parte, al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia y, por otra parte, hacían que naciera en él la idea de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido... este tenía que ser abolido, y lo fue.”¹³ Con la admisión de esta nueva forma de sucesión paterna, se generó una merma en el Derecho Materno.

El nuevo Derecho Paterno inició en las culturas griega y romana; según Bachofen, concretamente en la cultura griega a consecuencia de un concepto religioso, debido a la interpretación que realiza de la *Orestíada* de Esquilo, en específico al “cuadro dramático de la lucha entre el derecho materno agonizante y el derecho paterno, que nació y logró la victoria sobre el primero en la época de las epopeyas. Llevada de su pasión por su amante Egisto, Clitemnestra mata a Agamenón, su marido, al regresar éste de la guerra de Troya; pero Oreste, hijo de ella y de Agamenón, venga al padre quitando la vida a su madre. Ello hace que se vea perseguido por las Erinias, seres demoníacos que protegen el derecho materno, según el cual el matricidio es el más grave e imperdonable de los crímenes. Pero Apolo, que por mediación de su oráculo ha incitado a Orestes a matar a su madre, y Atenea, que interviene como juez (ambas divinidades representan aquí el nuevo derecho paterno), defienden a Orestes. Atenea escucha a ambas partes. Todo el litigio está resumido en la discusión que sostienen Orestes y las Erinias. Orestes dice que Clitemnestra ha cometido un crimen doble por haber matado a su marido y padre de su hijo. ¿Por qué las Erinias le persiguen a él, cuando ella es mucho más culpable? La respuesta es sorprendente: No estaba unida por los vínculos de la sangre al hombre a quien ha matado.

“El asesinato de una persona con la que no se está ligado por lazos de sangre, incluso si es el marido de la asesina, puede expiarse y no concierne en lo más mínimo a las Erinias. La misión que a ellas corresponde es perseguir el

¹³ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, nota 6, pp. 52 y 53

homicidio entre consanguíneos, y el peor de estos crímenes, el único imperdonable, según el derecho materno, es el matricidio. Pero aquí interviene Apolo, el defensor de Orestes. Atenea somete el caso al areópago, el tribunal jurado de Atenas; hay el mismo número de votos en pro de la absolución y en pro de la condena; entonces Atenea, en calidad de presidente del tribunal, vota a favor de Orestes y lo absuelve. El derecho paterno obtiene la victoria sobre el materno,...”¹⁴

Son los romanos quienes realmente permiten el esclarecimiento y surgimiento del Derecho Paterno, con base en su derecho escrito reconocen las instituciones de patria potestad y sucesión por parentesco del padre con sus descendientes y ascendientes, en especial porque fue esta civilización la que creo la institución jurídica del *paterfamilias* como dirigente de la familia, asimismo, fue esta civilización la que permitió comprender el sentido de la familia extensa; toda vez que “los integrantes de este tipo de familia no siempre han estado unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso ..., - de que los- siervos y clientes vivían bajo el mismo techo que el matrimonio y los hijos.”¹⁵

En resumen, la época de la barbarie tuvo bastantes avances en el concepto sociológico de la familia, en virtud de que empiezan a surgir matrimonios más definidos y definitivos, que permiten reconocer y distinguir a sus progenitores maternos y paternos, con ello se eliminan los efectos de promiscuidad en la humanidad; y amplía el criterio de familia, toda vez que ya no lo reduce a los lazos consanguíneos.

1.1.1.2.3 Civilización

Durante esta etapa surge la familia monogámica, la cual prevalece todavía en muchas de nuestras sociedades actuales, es en esta misma época cuando germinan las familias diversas que de acuerdo a las necesidades sociales,

¹⁴ Ibidem, pp. 8 y 9

¹⁵ BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, op. cit., nota 4, p. 6

culturales, psicológicas y emocionales de cada sociedad puede ser clasificadas en monoparental, reconstruida y dirigida por personas del mismo sexo.

1.1.1.2.3.1 Familia monogámica

La familia monogámica es el “triumfo definitivo... de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre, - y tiene- ... una solidez mucho más grande de los lazos conyugales,”¹⁶ unión marital que puede ser disuelta por la pareja, cuando la fidelidad e igualdad se vea menoscabada, toda vez que son estos principios de lealtad y paridad los que tutela y pretende hacer prevalecer la familia monogámica.

El canon principal de esta familia “se basa en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio – o concubinato- y estabilidad a la familia,”¹⁷ es decir la unión conyugal radica en la relación habitual, amorosa, constante y respetuosa que se da entre sus dos integrantes (hombre y mujer), con el objeto de la procreación por medio de la reproducción sexual biológica.

1.1.1.2.3.2 Familias diversas

Las sociedades actuales presentan variantes en las conductas de los integrantes de sus castas, lo cual produce el estudio y existencia de familias diversas como podrían ser: la familia monoparental, reconstruida y dirigida por personas del mismo sexo.

1.1.1.2.3.2.1 Familia monoparental

¹⁶ ENGELS, Federico, op. cit., nota 6, p. 59

¹⁷ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, México, Editorial Porrúa, 1987, p. 16

Es la familia “compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de las madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nuevas nupcias o se unen en concubinato,...”¹⁸

1.1.1.2.3.2.2 Familia reconstruida

La familia reconstruida, “es el resultado de la unión (matrimonio o concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad, ya habían formado otra familia. Generalmente este último tipo de familia se compone por la nueva pareja (padre y madre), los hijos de ambos y los hijos de cada uno procreados con la pareja anterior.”¹⁹

1.1.1.2.3.2.3 Familia dirigida por personas del mismo sexo

Como su nombre lo indica es la familia cuyos padres tienen preferencia sexual por personas de su mismo sexo: hombre y hombre, mujer y mujer. Estas uniones amorosas tienen trascendencia en el aspecto social y cultural, porque sus integrantes forman parte de las civilizaciones contemporáneas y no pueden quedar aisladas o ignoradas, toda vez que estos individuos también tienen el deseo de procrear su linaje y utilizan los avances de la ciencia médica a su favor, para lograrlo.

Por último, “la familia –en cualquier etapa de la humanidad - tiene en todas, o por lo menos en la mayor parte de sus formas, las siguientes características: 1) Una relación sexual continuada. 2) Una forma de matrimonio, o institución equivalente, de acuerdo con la cual se establece y se mantiene la relación sexual. 3) Deberes y derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos. 4) Un sistema de nomenclatura que comprende modo de identificar a la prole. 5) Disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las

¹⁸ BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, *Derecho de Familia*, nota 4, p. 6

¹⁹ Ídem

necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos. 6) Generalmente un hogar...”²⁰

En consecuencia, el concepto sociológico de familia siempre dependerá de los factores socio-económicos, políticos, morales, culturales, educativos, y psicológicos de cada tiempo y lugar, en los que se desarrollan los individuos en relación con su sociedad, con el objeto de proteger y perpetuar la especie por medio de aglomeraciones sociales que le permitan un desarrollo y supervivencia al individuo.

1.1.1.3 Concepto jurídico

El ser humano es un animal social, al vivir en sociedad se deben de normar sus conductas para efectos de lograr una sana convivencia con los de su especie.

El concepto jurídico de familia se funda y origina en los conceptos biológicos y sociales de la misma, como se explicó con anterioridad, la familia evolucionó desde sus aspectos primitivos (animales irracionales) hasta lograr una estructura basada en la monogamia, que dio como fruto el origen de una familia con base en la pareja conyugal, en atención al desarrollo del intelecto humano en conjunto con los factores biológicos, socio-económicos, políticos, morales, culturales, educativos y psicológicos de cada época.

En este orden de ideas, nuestra sociedad se basa en la pareja conyugal o de concubinato, por tal motivo “el núcleo base de la familia, es una *asociación* en la cual los dos cónyuges entran voluntariamente y libremente por virtud de su consentimiento al celebrar el contrato matrimonial,”²¹ o concubinato, con el objeto principal de la procreación, para la continuidad de la especie, así como, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua entre sus miembros, de tal

²⁰ RECASENS Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 31ª ed., reimpresión de la tercera ed., México, Editorial Porrúa, 2006, p. 470

²¹ *Ibidem*, p. 471

manera que quedan unidos los factores biológico y sociológico de la familia, al mismo tiempo el hecho de la procreación genera conductas que afectan a terceros, lo cual obliga al Estado a normalizarlas, para la debida convivencia de nuestra sociedad, con el fin de que la familia sea estable, con funciones definidas, con derechos y obligaciones recíprocas para sus integrantes; por ser esta figura el núcleo de nuestra sociedad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16, numeral 3 establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Sin embargo, la legislación civil que a su vez es el área jurídica encargada de tutelar las instituciones del Derecho de Familia, como lo serían el matrimonio, concubinato, parentesco, así como los derechos y obligaciones derivados de estos, no define lo que es familia.

Aunque la Ley General de Salud (en adelante LGS) tampoco la conceptualiza, en su artículo 77 bis 4 establece quienes la integran: “La unidad de protección será el núcleo familiar, la cual para efectos de esta Ley se puede integrar de cualquiera de las siguientes maneras:

- I. “Por los cónyuges;
- II. “Por la concubina y el concubinario;
- III. “Por el padre y/o la madre no unidos en vínculo matrimonial o concubinato, y
- IV. “Por otros supuestos de titulares y sus beneficiarios que el Consejo de Salubridad General determine con base en el grado de dependencia y convivencia que justifiquen su asimilación transitoria o permanente a un núcleo familiar.

“Se considerarán integrantes del núcleo familiar a los hijos y adoptados menores de dieciocho años; a los menores de dicha edad que formen parte del

hogar y tengan parentesco de consanguinidad con las personas señaladas en las fracciones I a III que anteceden; y a los ascendientes directos en línea recta de éstos, mayores de sesenta y cuatro años, que habiten en la misma vivienda y dependan económicamente de ellos, además de los hijos que tengan hasta veinticinco años, solteros, que prueben ser estudiantes, o bien, discapacitados dependientes.

“A las personas de dieciocho años o más se les aplicarán los mismos criterios y políticas que al núcleo familiar.

“El núcleo familiar será representado para los efectos de este Título por cualquiera de las personas enunciadas en las fracciones I a III de este artículo.”

Por tal motivo, el enfoque jurídico de la familia consiste en que de “la simple pareja – se- forma una familia, porque entre ambos miembros se establecen relaciones jurídicas familiares que los rigen, ya que constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos que les son propios. Claro está que sus descendientes también son parte de la familia, aun cuando falten progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia. - Cabe resaltar que- el derecho de cada sociedad es el que establece la extensión de los vínculos familiares, mediante su legislación.”²²

1.1.2 Derechos y obligaciones

La familia tiene determinadas características, las cuales sin importar el enfoque jurídico, biológico o social, desglosan responsabilidades recíprocas para sus miembros en atención a factores sociales, económicos, culturales y psicológicos de la sociedad en la que se desenvuelvan, además, estos compromisos bilaterales

²² BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, op. cit., nota 4, p. 7

los mantienen unidos por lazos de parentesco, amor y moral, con el objeto de protección, supervivencia y desarrollo de su propia familia.

La creación de una familia origina derechos y obligaciones recíprocas para los individuos que la integran, mismos que se deben de cumplir de manera voluntaria u obligatoria en atención a los lazos de parentesco, amor y moral que los une, para cumplir con las funciones morales, educativas, culturales, económicas, sociales, emocionales, psicológicas, jurídicas y políticas que exige la civilización en la cual se desenvuelven los individuos.

Entre estos derechos y obligaciones recíprocos, tenemos: 1. fidelidad sexual entre la pareja conyugal, 2. reconocimiento de parentesco entre los ascendientes y descendientes, 3. procuración de respeto e igualdad entre sus integrantes, 4. ayuda mutua entre sus miembros, como lo sería la manutención y educación de los hijos y, 5. protección del patrimonio adquirido.

Derechos y obligaciones que se encuentran tutelados y reglamentados por la ciencia del Derecho, toda vez que la familia es, como se ha dicho en múltiples ocasiones, el elemento vital de toda civilización, por tanto, el Estado tiene como deber esencial su protección.

1.2 Instituciones jurídicas inherentes a la familia

La familia en relación con la ciencia del Derecho “es la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social del ser humano; es una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores) constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones, reguladas por el derecho; relaciones que deben darse en un

ambiente de consideración, solidaridad, respeto a su dignidad física y psíquica, que el Estado está interesado en proteger.”²³

Las instituciones jurídicas inherentes a la familia tienen un carácter público, irrenunciable e imprescriptible con observancia obligatoria para su debido cumplimiento.

Entre las instituciones jurídicas inherentes a la familia encontramos al matrimonio y concubinato como origen de la misma, derivadas de ellas el reconocimiento de los hijos por medio del parentesco y la filiación, que a su vez conglomeran los siguientes derechos y obligaciones relacionados con la familia, como son: patria potestad, guarda y custodia, alimentos y sucesión del patrimonio adquirido.

1.2.1 Parentesco

El ser humano por naturaleza para subsistencia y perpetuación de su especie, como cualquier otro ser vivo del reino animal depende de la reproducción sexual para lograrlo, lo cual origina lazos de sangre y emocionales con otros individuos de su propia especie, en virtud, de que tienen una relación de ascendencia y descendencia recíproca; conducta que se encuentra normada en la ciencia del Derecho como parentesco.

1.2.1.1 Definición de parentesco

Es el Derecho Civil el área jurídica que establece las normas relacionadas con el parentesco, sin embargo, nuestra legislación Civil no define lo que es el parentesco, sólo establece cuales son los tipos de parentesco que reconoce, por tal motivo, recurriremos a los doctrinarios para comprender el concepto de parentesco.

²³ Ibidem, p. 9

El parentesco es el “vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil).”²⁴

“El parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones, tanto entre los miembros de la relación como entre ellos y otras personas, esto es, terceros (parientes consanguíneos y políticos). El parentesco se conoce como *estado civil o familiar* y se le considera atributo de la personalidad. De esta manera, representa siempre una opción respecto de los miembros del grupo social: se es o no pariente respecto a una determinada familia.”²⁵

En conclusión, el parentesco es el vínculo jurídico general, permanente y abstracto que existe entre los ascendientes y descendientes recíprocamente, así como con terceros relacionados entre ellos, simultáneamente les otorga derechos y obligaciones bilaterales, es el punto de conexión el que todos pertenezcan a una familia en común.

1.2.1.2 Tipos de parentesco

Nuestra legislación civil federal no define lo que es el parentesco, pero especifica cuales son los tipos de parentesco que reconoce en su artículo 292 (Código Civil Federal, en adelante CCF): “La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.”

1.2.1.2.1 Consanguíneo

De acuerdo con nuestra legislación civil, el parentesco consanguíneo es:

²⁴ DE PINA Vara, Rafael, op. cit., nota 5, p. 395

²⁵ BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, op. cit., nota 4, p. 19

“El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

“En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”
(Art. 293 CCF)

Por consiguiente, el parentesco consanguíneo tiene dos supuestos:

1.- El que se origina por el aspecto biológico entre padres e hijos, que a su vez provengan del mismo progenitor. El ejemplo más nítido es el de la familia tradicional, toda vez que su relación se genera porque los abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, tíos, primos, sobrinos y hermanos tienen lazos sanguíneos en común, así como, un antecesor en común.

2.- Por adopción.

1.2.1.2.2 De afinidad

El artículo 294 del CCF establece como parentesco de afinidad “... el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.”

En términos coloquiales es el parentesco político, es decir, los cuñados, concuños, suegros, abuelos, tíos y primos políticos.

1.2.1.2.3 Civil

El parentesco civil de acuerdo con el CCF es "... el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado." (Artículo 295)

Cabe resaltar, lo establecido en el párrafo segundo del artículo 293 del CCF, "en el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo."

En este orden de ideas, se observa que la adopción plantea dos supuestos de parentesco, uno civil tratándose de una adopción simple, y otro consanguíneo cuando se realiza una adopción plena; lo antes expresado atiende al hecho de que en algunas legislaciones estatales de la materia civil todavía existe la clasificación de la adopción simple, plena e internacional.

En consecuencia el parentesco civil de los individuos en relación con los efectos jurídicos de otras instituciones del derecho, dependerá del lugar en donde habiten los sujetos.

1.2.1.3 Derechos y obligaciones

Los derechos y obligaciones que se originan en relación con el parentesco, están dirigidos a la protección de la familia, en específico a sus miembros y patrimonio, los cuales se encuentran tutelados en las normas civiles que establece el Estado.

Los beneficios y deberes personales y pecuniarios relacionados con el parentesco se verán afectados por la cercanía o lejanía existente entre cada familiar.

En este tenor, la proximidad o separación del parentesco con base en la normatividad civil federal establece:

“Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.” (Art. 296 CCF)

“La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.” (Art. 297 CCF)

“La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea recta es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.” (Art. 298 CCF)

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

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

La estructura de generaciones es la que separa a un pariente de otro, dividiéndose en grados y líneas de parentesco, es el caso que los grados pueden ser en línea recta ascendente y descendente, o línea colateral.

Por último, reitero que es la cercanía o lejanía existente entre los familiares, en su grado y línea de parentesco la que les atribuye los derechos y obligaciones personales y pecuniarias.

1.2.1.3.1 Patria potestad

La institución jurídica de la patria potestad se encuentra contemplada en los artículos 411 al 448 del CCF, apartados que abarcan los efectos personales y de bienes en relación con los hijos, así como, las causas de terminación; sin embargo, nuestra legislación no nos proporciona una definición de ella, por tal motivo, recurriremos a los conceptos doctrinarios para comprenderla.

“Patria potestad viene del latín *patrius*, lo relativo al padre y potestas, potestad.”²⁶

“La patria potestad es una institución de Derecho Civil que tiene por objeto la guarda y protección de los hijos menores y de sus bienes.”²⁷

La patria potestad es el “conjunto de las facultades - que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.”²⁸

“La patria potestad es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir con... el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal período.”²⁹

Conforme a los apartados 411 al 448 del CCF, los sujetos de esta institución jurídica son: 1. pasivos, hijos menores de edad, hijos no emancipados,

²⁶ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, nota 17, p. 264

²⁷ SOTO Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 21ª Ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 1993, p. 149

²⁸ DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, nota 5, p. 400

²⁹ BAQUEIRO Rojas, Edgard *et al.*, *Derecho de Familia*, nota 4, p. 268

adoptado, e hijos o padres con alguna incapacidad y, 2. como activos, el padre y madre biológicos, los padres adoptantes y, en caso de muerte de ellos, los parientes en segundo grado que designe la autoridad competente.

Su objetivo es la protección de los hijos en su aspecto personal y patrimonial; el primero punto comprende la seguridad y formación física, psicológica, emocional, educacional y sexual idónea para el descendiente, y el segundo la correcta administración de los bienes que el descendiente adquiriera por su trabajo o cualquier otro título.

La patria potestad se acaba y pierde por: 1. muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, 2. cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción, 3. por divorcio, 4. por resolución judicial, y 5. por excusa a causa de incapacidad por edad o salud.

La patria potestad se define como la facultad otorgada por la ley a los ascendientes en primer y segundo grado de parentesco consanguíneo y civil, para cumplir cabalmente con sus obligaciones de protección, cuidado y administración de bienes, en relación con sus descendientes.

Se observa que la institución jurídica de la patria potestad se relaciona con el parentesco, toda vez que son los parientes consanguíneos o biológicos, y civiles, en línea ascendiente en primer y segundo grado, quienes tienen la facultad de tutelar por los derechos personales y pecuniarios de los descendientes relacionados con ellos.

1.2.1.3.2 Guarda y custodia

La ley de la materia contempla la institución jurídica de guarda y custodia junto con la patria potestad, debido a ello, éstas instituciones jurídicas se vuelven un poco

complejas en su explicación, toda vez que ambas están muy unidas en su proceder, no obstante lo anterior, los preceptos que permiten su apreciación son entre otros, los artículos 282 fracción VI, 283, 284, 416, 417, 418, 422 y 423 del Código Civil Federal, que establecen:

Artículo 282: “Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:...

“VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

“Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.”

Artículo 283: “La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

“La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia

familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

Artículo 284: “Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.”

Artículo 416: “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

Artículo 417: “Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

“No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos

de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

Artículo 418: “Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

“La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.”

Artículo 422: “A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.”

Artículo 423: “Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.”

La institución de guarda y custodia al igual que la de patria potestad puede ser desempeñada por uno sólo de los ascendientes o por ambos, con el objeto de procurar en la crianza de su descendiente: 1. seguridad física, psicológica y sexual, 2. fomentar hábitos adecuados de alimentación, higiene personal y desarrollo físico, que impulsen sus habilidades de desarrollo intelectual y escolares, 3. tener un trato afectivo basado en el respeto, y 4. determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Aunado a ello, la doctrina jurídica establece que guardar significa: “cuidar, custodiar, vigilar. /// Cumplir,”³⁰ y custodia. “guarda o cuidado de una cosa ajena. // Vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”³¹

³⁰ DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, nota 5, p. 304

Al tenor de estas ideas, la institución de guarda y custodia es la obligación impuesta por el Estado a los ascendientes para procurar en la crianza de sus descendientes seguridad y desarrollo físico, psicológico y sexual normal, basada en hábitos adecuados de alimentación y disciplina que le permitan el progreso personal e intelectual, por medio del trato afectivo basado en el respeto.

Por otra parte, la patria potestad y, guarda y custodia parecen lo mismo, pero no es así, toda vez que la primera es una aptitud moral y legal otorgada por el Estado para lograr el cuidado personal y la administración idónea de los bienes del descendiente y, la guarda y custodia es la imposición del Estado para cumplir con el desarrollo normal del sucesor.

El acto jurídico que permite diferenciar de manera nítida e inequívoca estas nociones de Derecho es el divorcio, ejemplo: cuando una pareja conyugal con hijos se separa o divorcia, tiene la obligación de establecer quien conservará de manera definitiva la guarda y custodia de los menores, la cual puede ser compartida o definitiva a favor de un solo padre, en esta figura influye el hecho del lugar y la persona con la que vivirán los menores; en el supuesto de que sea sólo el padre o la madre quien conserve la guarda y custodia definitiva, no excluye al otro de la facultad de hacer valer la patria potestad que conserva en relación con la tutela personal y administración de los bienes inherentes a sus sucesores, al ser que tiene el derecho y obligación moral y legal de seguir preocupándose por ellos.

Desde este punto de vista, se puede afirmar que la institución jurídica de la guarda y custodia se relaciona con el parentesco, toda vez que son los parientes consanguíneos o biológicos, y civiles, en línea ascendiente en primer grado, mejor conocidos como progenitores-padres, quienes tienen la obligación de procurar la crianza de sus descendientes, basada en el desarrollo emocional e intelectual mediante la disciplina y respeto afectuoso y respetuoso.

³¹ Ibidem, p. 207

1.2.1.3.3 Alimentos

Alimentos coloquialmente se entiende como comida, sin embargo, el punto de vista jurídico comprende una connotación más amplia, toda vez que es: la obligación recíproca, irrenunciable e inajenable, que existe entre el acreedor y deudor alimentario, unidos por una relación de parentesco consanguíneo o civil hasta el cuarto grado, con el objeto de cubrir los elementos de comida, vestido, habitación, atención médica en sus conceptos de hospitalización por enfermedad o gastos de embarazo y parto tratándose de una pareja conyugal, así como, el pago de egresos para la educación de los descendientes con el fin de proporcionarles un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; sustentado su existencia en la conservación de la vida y el principio de solidaridad familiar de ayuda mutua para la supervivencia de la especie.

La definición anterior, se desglosa del contenido de las enumeraciones 301 al 323 del Código Civil Federal, concepto que engloba los sujetos, objeto, objetivos y relación existente entre todos ellos.

En conclusión, se tiene que la obligación alimentaria se origina por las relaciones de parentesco consanguíneo y civil que existen en un núcleo familiar.

1.2.1.3.4 Sucesión

La sucesión es la “sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra. // *Inter vivos*, la que se produce como consecuencia de los contratos traslativos de los bienes y derechos. // *Mortis causa*, subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.”³²

³² Ibidem, p. 464

El Código Civil Federal en sus preceptos 1281, 1282, y 1602 fracción I, establece:

Artículo 1281: “Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.”

Artículo: 1282: “La herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.”

Artículo 1602: “Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario,...”

La herencia transmisible, dicho de otra manera es el patrimonio que en vida adquirió el difunto, término que se integra por: “El patrimonio de las personas está formado por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero,”³³ principalmente.

En concreto, la sucesión es la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos, mediante un proceso testamentario o legítimo ante las autoridades competentes. Institución jurídica que se encuentra íntimamente ligada con el parentesco, toda vez que los herederos, son aquellos parientes consanguíneos hasta el cuarto grado del difunto.

1.2.2 Filiación

El ser humano siempre ha procurado vivir en sociedad para sobrevivir, en especial por ser un animal racional sociable, conducta que origina el deseo de pertenecer a un grupo determinado para sentirse identificado y aceptado.

³³ SOTO Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, nota 27, p. 141

1.2.2.1 Definición de filiación

El Código Civil Federal no precisa lo que es la filiación, simplemente establece los lineamientos que se deben de tomar en consideración para constituir la relación e identidad de hijos para con sus progenitores en los supuestos de matrimonio, concubinato o hijos nacidos fuera de matrimonio o concubinato.

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

Noción que para su mayor comprensión, robusteceré con la doctrina jurídica que establece: “La filiación es la institución mediante la cual el derecho establece vínculos jurídicos entre el hijo y sus padres - toda vez que- es la situación jurídica – o estado civil- que guarda cada individuo dentro de la familia, que genera uno de los vínculos jurídicos que se encuentra en las relaciones familiares, que califica a la persona y le otorga una categoría dentro de la familia, de donde se derivan deberes, derechos y obligaciones.”³⁴

“El estado civil o vínculo jurídico se define como: “la situación que tiene el individuo dentro de la sociedad y dentro de su propia familia, situación que produce efectos jurídicos de muy diversa índole (casado, soltero, viudo, divorciado, hijo, padre, hermano, menor de edad, mayor, etc.).

Según sea el estado civil de las personas, así serán sus derechos y deberes con respecto a determinados sujetos; así, el hijo menor de edad tiene el derecho de recibir alimentos (habitación, comida, ropa, diversiones, educación,

³⁴ PEREZNIETO Castro, Leonel y SILVA Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado, parte especial*, México, Editorial Oxford University Press, 2000, Colección Textos Jurídicos Universitarios, pp. 151 y 149

atención médica, etc.) de parte de sus padres; el casado tiene las obligaciones derivadas del matrimonio; el divorciado tiene aptitud legal para contraer nuevas nupcias, transcurridos los plazos señalados por el Código Civil; el mayor de edad tiene plena capacidad para disponer libremente de su persona y de sus bienes, etc.

El estado civil de las personas sólo puede probarse con las constancias relativas del registro, a cuyo cargo corre el asentamiento, en los libros correspondientes, de las actas de: nacimiento y reconocimiento de hijos, adopción, tutela, emancipación, matrimonio, divorcio, defunción, inscripción de las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o que se ha perdido la capacidad para administrar bienes.”³⁵

La filiación es la institución jurídica encargada de regular las conductas del estado civil del sujeto, encaminadas a normar las relaciones de los progenitores y los hijos, así como los derechos de estos últimos frente a la familia, con base en la filiación biológica o parentesco consanguíneo principalmente, institución de Derecho que se encuentra contemplada en los artículos 324 al 389 del Código Civil Federal.

1.2.2.2 Tipos de filiación

La filiación se origina por el parentesco consanguíneo, es decir es el lazo que tiene un descendiente en relación con sus progenitores biológicos, en consecuencia se clasifica en dos supuestos: paterno y materno.

El vínculo tiene validez legal cuando los ascendientes reconocen a su descendiente, este acto se debe al factor de que nuestra normatividad Civil Federal en sus artículos 340, 342 y 360, contempla como orígenes y causas de la filiación a los hijos que nacen dentro o fuera de un matrimonio o concubinato, son

³⁵ SOTO Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, nota 27, p. 142

estas instituciones las que dan pauta para reconocer el parentesco entre un padre y madre con su respectivo hijo.

Artículo 340 del CCF: “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.”

Artículo 342 del CCF: “Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer,... no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos, o que por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.”

Artículo 360 del CCF: “La filiación de los hijos nacidos fuera de 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.”

En conclusión, sin importar si existe matrimonio, concubinato o se trate de un hijo fuera de alguno de estos supuestos, la filiación siempre será de dos tipos: paterna y materna.

1.2.2.2.1 Paternidad

La ley no establece de manera lisa y llana una definición de paternidad, no obstante es una institución existente y relevante para la sociedad del mundo jurídico, toda vez que de los artículos 338 y 360 de nuestra norma civil federal, establece que el reconocimiento de un hijo puede ser voluntario o forzoso por parte del padre, y da como consecuencia una relación de filiación paternal, entonces tenemos que: La paternidad es la relación jurídica de reconocimiento

voluntario, o en ocasiones forzoso dentro o fuera del matrimonio o concubinato, que hace un hombre respecto de sus hijos, con el objeto de otorgar a favor de estos, la filiación paterna, para que tengan derechos y obligaciones de carácter personal y pecuniarios con el patrimonio y familia de su progenitor, es su fundamento la presunción de que las uniones matrimoniales y de concubinato se basan en la fidelidad y habitualidad sexual de la pareja.

La paternidad se puede acreditar con el acta de nacimiento, tal como lo constituye el apartado 340 del Código Civil Federal.

1.2.2.2 Maternidad

Esta institución, al igual que la paternidad carece de una definición en la norma, así que con base en los artículos 338 y 360 de nuestra norma civil federal, estableceré que la definición de maternidad es: La relación jurídica de reconocimiento voluntario, o en ocasiones forzoso, dentro o fuera del matrimonio o concubinato, que hace una mujer respecto de sus hijos, con el objeto de otorgar a favor de estos la filiación materna, para que tengan derechos y obligaciones de carácter personal y pecuniarios con el patrimonio y familia de su progenitora, goza a su favor con la prueba directa del embarazo y parto para acreditar su parentesco consanguíneo con su descendiente desde su nacimiento.

La maternidad al igual que la paternidad se puede acreditar con el acta de nacimiento, tal como lo constituye el apartado 340 del CCF.

1.2.2.3 Supuestos en los que se reconoce la filiación

Como se menciono, la filiación paterna y materna puede ser mediante reconocimiento voluntario y forzoso, de ahí que dichas declaraciones se encuentran contempladas en los numerales 324, 369, 360 y 383 del CCF.

Los principales reconocimientos pueden ser por cuatro supuestos:

1.- Cuando sean hijos de matrimonio que: a) hayan nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y b) hayan nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

2.- Se puede reconocer hijos fuera de matrimonio, mediante: a) partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; b) acta especial ante el mismo juez; c) escritura Pública; d) testamento; y e) confesión judicial directa y expresa.

3.- Cuando sean hijos de concubinato que: a) hayan nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato, y b) hayan nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó el concubinato.

4.- Cuando lo declare una sentencia ejecutoriada.

1.2.2.2.4 Diferencias entre paternidad y maternidad

Las diferencias que existen entre la filiación por paternidad y maternidad son:

1.- La paternidad se basa en una presunción de fidelidad y habitualidad sexual generada por el vínculo de matrimonio o concubinato.

2.- La maternidad goza de la prueba directa de filiación con su hijo, debido al embarazo y parto, al ser estos acontecimientos naturales los que permiten el reconocimiento de posesión del estado de hijo dentro o fuera del matrimonio o concubinato desde su nacimiento.

1.2.2.3 Derechos y obligaciones

Con fundamento en el artículo 389 del Código Civil Federal, los efectos del reconocimiento materno y/o paterno voluntario o forzoso de la filiación, dan como consecuencia a los hijos: a) a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca, b) a ser alimentado por las personas que lo reconozcan, c) a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley, y d) los demás que se deriven de la filiación.

1.2.2.3.1 Patria potestad

La institución jurídica de la patria potestad, se encuentra contemplada en los numerales 411 al 448 del CCF.

La patria potestad se define como la facultad otorgada por la ley a los ascendientes en primer y segundo grado de parentesco consanguíneo y civil, para cumplir cabalmente con sus obligaciones de protección, cuidado y administración de bienes, en relación con sus descendientes.

El nexo de patria potestad en relación con la filiación consiste en otorgar el derecho a los hijos de exigir a sus progenitores cumplan con sus obligaciones de protección, cuidado de su persona, así como de la debida administración de bienes que forman parte de su patrimonio.

1.2.2.3.2 Guarda y custodia

La institución de guarda y custodia es la obligación impuesta por el Estado a los ascendientes para procurar en la crianza de sus descendientes seguridad y desarrollo físico, psicológico y sexual normal, basada en hábitos adecuados de alimentación y disciplina que le permitan el progreso personal e intelectual, por medio del trato afectivo basado en el respeto.

El nexo de guarda y custodia en relación con la filiación consiste nuevamente en otorgar el derecho a los hijos de exigir a sus progenitores cumplan con sus obligaciones de procurar una crianza basada en la disciplina y respeto, para que los hijos se desarrollen con seguridad y normales en sus aspectos físicos y psicológicas.

1.2.2.3.3 Alimentos

Los alimentos se encuentran contemplados en los artículos 301 al 323 del Código Civil Federal.

Por lo tanto, la conexión de la institución en relación con la filiación se origina de la obligación alimentaria recíproca ocasionada por el parentesco consanguíneo o biológico que se da entre los integrantes de un núcleo familiar, además, el vínculo jurídico directo surge del artículo 389 fracciones II y III del CCF, que cita:

“El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:... II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan; III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley.”

1.2.2.3.4 Sucesión

La sucesión es la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos, mediante un proceso testamentario o legítimo ante las autoridades competentes. Institución jurídica que se encuentra íntimamente ligada con el parentesco y la filiación, toda vez que los herederos, son aquellos parientes consanguíneos hasta el cuarto grado del difunto que hayan sido reconocidos por sus progenitores, para tener con ello derecho de herencia.

Toda vez, que la igual que la institución de alimentos, la ligadura jurídica directa con la filiación surge del artículo 389 fracción III del CCF, que otorga a los hijos reconocidos por sus progenitores el derecho a percibir la porción hereditaria que les corresponde.

1.3 Institución jurídica de la maternidad

La maternidad es un acto jurídico que no sólo comprende el aspecto femenino, en virtud de que desde los tiempos primitivos de la humanidad, los sexos femenino y masculino han evolucionado a la par, con ello propician una complementación como individuos de una misma especie, en el tiempo y espacio de una sociedad.

1.3.1 Definición de maternidad

La ley no establece una definición, pero de los artículos 338 y 360 del CCF se puede establecer que el concepto de maternidad no puede ser exclusivo del acto materno, toda vez que las relaciones de procreación humana dependen en igualdad de circunstancias biológicas de los sexos, es decir, del hombre y la mujer, en consecuencia, se debe concretar que la maternidad es: La relación jurídica de reconocimiento voluntario, o en ocasiones forzoso dentro o fuera del matrimonio o concubinato, que hace una mujer, hombre o ambos respecto de sus descendientes, con el objeto de otorgar a favor de estos, la filiación maternal y paternal, para que tengan derechos y obligaciones de carácter personal y pecuniarios con el patrimonio y familia de sus progenitores.

1.3.2 Clasificaciones de la maternidad

Por lo expresado a lo largo del presente capítulo, se observa que las instituciones jurídicas de parentesco y filiación, necesitan del estudio biológico y sociológico para comprender los avances en el área del Derecho de Familia. Por ello, las connotaciones jurídicas del parentesco y filiación de los individuos tienen su

fundamento en los aspectos naturales de la reproducción y en los medios de evolución social de las comunidades en la que se desarrollan. Por eso la maternidad y/o paternidad puede ser consanguínea o civil.

1.3.2.1 Maternidad por parentesco consanguíneo

De acuerdo con el artículo 293 del CCF, el parentesco consanguíneo tiene dos supuestos:

1.- El que se origina por el aspecto biológico entre padres e hijos, que a su vez provengan del mismo progenitor.

2.- Por adopción.

1.3.2.2 Maternidad por parentesco civil

Este parentesco se encuentra contemplado en el artículo 295 del CCF, señala que el parentesco civil es el que nace de la adopción.

1.3.3 Derechos y obligaciones

Los derechos y obligaciones inherentes a la institución jurídica de maternidad y/o paternidad han sido explicadas a lo largo del presente capítulo, tal como se aprecian en los puntos de parentesco y filiación, los cuales consisten en: patria potestad, guarda y custodia, alimentos y sucesiones.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

La importancia de investigar los antecedentes sociales y jurídicos de la familia, así como de las instituciones jurídicas de parentesco, filiación y maternidad inherentes a ella, en las legislaciones de España, EUA y México radica en que la historia es arbitraria y artificiosa.

La humanidad no cambia en fecha establecida y programada, cada época atiende a diversos factores sociales, económicos, políticos culturales, morales, religiosos, científicos, geográficos, ambientales y psicológicos entre otros, los cuales afectan y modifican las instituciones jurídicas de las civilizaciones de una manera parcial o total.

2.1 Familia

La familia en esencia es el elemento medular de toda civilización, integrado por diversos individuos que se encuentran unidos a su vez por un lazo consanguíneo entre sí. Unidad que ha evolucionado y modificado su estructura socio-económica, política y cultural conforme al espacio y tiempo de las necesidades de cada sociedad, procura conservar valores recíprocos de amor, respeto, responsabilidad, igualdad y equidad entre sus integrantes, con el objeto de subsistir y proliferar su estirpe en la especie humana.

Este núcleo puede ser objeto de alteraciones parciales o radicales que se encuentran influenciadas por aspectos de carácter geográfico, ambiental, económico, social, cultural, científico, político, psicológico o religioso entre otros,

que depende del tiempo y espacio en el cual se encuentre ubicado, mismos que pueden afectar sus organizaciones y estructuras sociales y jurídicas de forma mediana o total en un corto o largo plazo.

Toda vez que el objeto de nuestro estudio es de carácter jurídico, estudiaremos de manera breve y concisa los historiales de familia, parentesco filiación y maternidad en las civilizaciones romana, española, norteamericana y mexicana, para poder realizar con posterioridad un estudio comparado entre sus instituciones legales inherentes a la familia y maternidad.

2.1.1 Orígenes de la familia

Los principios de la familia tienen su base en el aspecto biológico de los lazos consanguíneos existentes entre ascendientes y descendientes, relación que surge de la procreación sexual de una pareja normal, compuesta por un hombre y una mujer. “Para muchos sociólogos es un hecho indiscutible que la sociedades primitivas atravesaron un largo periodo de filiación uterina, en la que la determinación de la parentela se hacía partiendo de la madre, que constituía el centro de la familia.”¹

Esta connotación tiene sus bases en los aspectos orgánicos del ser humano, es decir su necesidad de reproducción para la perpetuación de su linaje, así como en el deseo de supervivencia que sólo se puede lograr por medio de la agrupación de individuos que le permite repartir labores para un mejor desarrollo emocional, laboral, económico, político, social, cultural y jurídico.

La supervivencia y subsistencia del ser humano ha radicado en su habilidad intelectual para la repartición de trabajos, en especial a su destreza social, esta pericia es inherente al hombre desde que era un ente primitivo, toda vez que desde sus orígenes ha vivido en pequeños o grandes grupos que le han permitido

¹ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, México, Editorial Porrúa, 1987, p. 266

su persistencia, individuos que a su vez se iban integrando con otros hasta formar conglomeraciones humanas más elaboradas, mismas que exigían una estructura socio-económica, política y cultural detallada para cubrir sus necesidades.

Por supuesto que estas familias tendrán sus propias características dependiendo del tiempo, lugar y espacio de cada sociedad en la cual se hayan desarrollado.

2.1.2 La familia en el Derecho Romano

Los doctrinarios son unánimes en cuanto a que la organización social y jurídica de la familia romana era el patriarcado, igualmente en que el vocablo familia en la antigua Roma tenía connotaciones concernientes a personas y cosas, sociedad que tuvo sus orígenes en la *gens*.

La *gens* era “un grupo familiar muy extenso que descende de un antepasado común lejano y lo que caracteriza a los descendientes como miembros de una misma *gens* es que llevan el mismo *nomen gentilitium*...”

“Cuando el fundador de la *gens* hubo muerto, sus hijos se hicieron jefes de sus respectivas familias, que son otras tantas ramas que descienden de un mismo tronco común y que por tanto llevan el mismo *nomen gentilitium*, estando unidas por el parentesco civil o *agnatio*. Cada una de estas familias así formadas queda bajo la autoridad de un jefe al que los romanos llamaban paterfamilias...”²

“La etimología de *familia* es desconocida; pero podría estar en *famulus*, que significa lo que ‘siervo o esclavo’, si se supone que en una época muy arcaica con tal nombre se designa no sólo a los que son propiamente esclavos, sino a todas las personas dependientes de un ‘padre (de familia)’.

² BRAVO González, Agustín y BRAVO Valdes, Beatriz, *Derecho Romano, Primer Curso*, 16ª ed., México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 33 y 34

“A veces designa un patrimonio, y en tal sentido es usada en la Ley de las XII Tablas para indicar que, muriendo alguien intestado y no dejando *sui heredes*, ‘el agnado próximo tenga la familia’ (*adgnatus proximus familiam habento*), es decir, el patrimonio hereditario. A veces se refiere a las personas, como cuando la misma ley, con referencia al patrono y al liberto, empleaba las expresiones ‘de esta familia a esa familia’ (*ex ea familia in eam familiam*), para indicar el grupo familiar del cual el liberto se había liberado por la manumisión, y al cual cuyos bienes debían revertir, en caso de morir intestado y sin hijos. La palabra también designa al conjunto de esclavos, y así es utilizada en la cláusula del edicto pretorio.”³

No obstante lo anterior, la mayoría de los autores definen a la familia romana como “el conjunto de personas que están bajo la *potestas* (potestad) de un jefe único, el *paterfamilias* (cabeza de familia), todos ellos integran la *domus* (casa).

“Las personas consideradas en familia se dividen en *sui iuris* y *alieni iuris*, *Sui iuris* es la persona independiente, en tanto que está libre de toda potestad. El hombre *sui iuris* es llamado *paterfamilias*, aunque no tenga hijo, como dice Ulpiano, esto implica que un recién nacido será *sui iuris* y por tanto *paterfamilias*, si no está bajo la potestad de alguien. El varón *sui iuris* tiene la posibilidad de ejercer las cuatro clases de poderes: *dominica potestas* (§31); *patria potestad* (§48); *manus* (§58) y *mancipium* (§36,4). La mujer *sui iuris*, igualmente es llamada *materfamilias*, sea casada o no, solo puede ejercer la *dominica potestas*,”⁴ en relación con la *Mater familias* cabe resaltar que “es,... la mujer casada y en especial si tiene hijos; tal designación posee valor más social, y muy alto, que jurídico...”

³ GUZMÁN Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Santiago-Chile, Editorial jurídica de Chile, marzo de 2004, Tomo I, p. 288

⁴ PADILLA Sahagún, Gumesindo, *Derecho Romano I*, México, Editorial Mc Graw-Hill, 1996, p. 46

“*Alieni iuris* o *alieno iure subiectus*, por estar sujeta al derecho de otro - mejor conocido como la potestad de un *sui iuris*.- Tales son: la mujer casada ‘*cum manu*’, los hijos (naturales o adoptivos) y los descendientes de éstos, y las hijas (no sus descendientes), en todos los casos de cualquier edad y siempre que no hayan sido emancipados por el *pater*, las personas *in mancipio* o *in causa mancipi* y los esclavos. Cuando estos últimos son liberados (*manumissio*) se convierten en *libertini*, pero son *sui iuris*.”⁵

En la sociedad romana existían la *familia proprio iure* de la *communi iure*, en las cuales se puede apreciar mucho mejor la figura del *sui iuris* como *pater familias*.

“a) La *familia proprio iure* se caracteriza por una estricta unidad conferida por la potestad del *pater familias*, que ofrece rasgos de absolutismo. Sólo el *pater* es *sui iuris* y todos los demás miembros son *subiecti* y, en consecuencia, *alieni iuris*. En realidad, este poder que sujeta a los miembros de esta familia presenta un perfil unitario, no obstante lo cual se distingue nominativamente: (i) tratándose de la mujer, toma el nombre específico de *manus* y se dice de ella estar *in manum* (*in manum esse*); (ii) con respecto a los hijos y demás descendientes, se llama *patria potestas*, y ellos *in potestate sunt*; (iii) en relación con los libres adquiridos a su propio padre, la potestad del adquirente adopta la denominación de *mancipium* y entonces se trata de personas *qui in mancipio o in causa mancipi sunt*.

“Todos estos poderes son vitalicios, - e incluyen un poder de vida y muerte sobre los sometidos-, y no se extinguen con alcanzar alguna edad el dependiente, aun cuando el *pater* puede disponerlos mediante especiales actos que liberan a aquél.

“Esta unidad jurídica determina una estricta unidad patrimonial: sólo el *pater* es titular del dominio, de derechos reales y de créditos y deudas; sus

⁵ GUZMÁN Brito, Alejandro, op. cit., nota 3, p. 275

dependientes disponen de ‘capacidad de ejercicio’, sentido en el cual vienen a ser como órganos vivientes suyos, pero cuando adquieran entre vivos o por causa de muerte lo adquieren para su jefe y no pueden obligarlo. Desde un punto de vista social, pues, la *familia proprio iure* constituye lo que podríamos denominar una unidad económica.

“La *familia proprio iure* – es- el conjunto de personas libres que por legítimo nacimiento (*natura*) o en virtud de un acto jurídico (*iure*) se encuentran actualmente sometidas a la potestad de un *pater (familias)*, y entonces, además del mismo padre, se cuenta en ella a la mujer *in manu*, los hijos y las hijas naturales y adoptivas y a todos los demás descendientes por vía masculina (siempre que no estén emancipados ni casadas *cum manu* las mujeres). A la muerte del *pater* su mujer que estaba *in manu* y todos sus descendientes, hombres y mujeres, que de él dependían directamente (es decir, sin la intermediación de otro, como, por ejemplo, un nieto cuyo padre murió antes) se hacen *sui iuris*, pero cada varón, además, se hace *pater* e inicia una nueva *familia proprio iure* autónoma, independiente de si ya estaba casado o no y de que tenga o no hijos. Pero el conjunto de estas nuevas familias, cuyos *patres* una vez estuvieron sometidos a una misma potestad paterna, forman una *familia communi iure*, que continua ligada por un vínculo parental llamado *adgnatio*.

“b) La familia *communi iure*, en cambio, careció de unidad jurídica y no tiene un jefe del cual dependan unos *subiecti*, precisamente porque se compone de varias familias más pequeñas a cuya cabeza hay un *sui iuris*, jurídicamente igual, en consecuencia, a los demás. De ahí que las reglas que la toman en cuenta para determinados efectos siempre parten de una estricta solidaridad.”⁶

En conclusión, la familia romana se encontraba integrada por personas de parentesco civil y consanguíneo, esclavos y patrimonio, linaje basado en una administración patriarcal absoluta, vitalicia y autoritaria, su cabecilla tenía poderes

⁶ Ibidem, pp. 288-290

de vida y muerte sobre toda su familia; de ahí que la familia romana sea considerada una sociedad basada en los rigores de la política y economía, no una unidad afectuosa.

2.1.3 La familia en España

Como buen país europeo, España tiene influencia social y jurídica en su unidad familiar del Derecho Romano; así como predominio de la legislación germánica, en “el antiguo Derecho alemán pueden distinguirse dos círculos familiares, uno amplio y otro estricto. El círculo estricto la casa (*das-haus*) es una comunidad erigida sobre la potestad (*mnt*) del señor de la casa y que abraza además de él mismo, la mujer, los hijos, los siervos, los extraños acogidos a la hospitalidad de la casa. La esfera más amplia es la ‘Sippe’, comunidad representada originalmente por los ganados no sujetos a la ajena potestad, y cuyos vínculos, no sólo de hecho sino también de derecho, se manifiestan en servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, en el culto y por el juramento y que posteriormente es título de la potestad sobre los miembros de la *sippe*, huérfanos y necesitados de tutela y fuente de todo derecho sucesorio... El matrimonio, a diferencia del romano, se basa en un acuerdo de voluntades que una vez concluido no puede disolverse.”⁷

La *mnt* “en el Derecho Germánico – era- un derecho y un deber de protección del padre sobre el hijo, inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo’.

‘La potestad del padre no es vitalicia, como en el Derecho Romano, sino que termina cuando el hijo ya crecido comience una vida económica independiente.’

⁷ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1990, pp. 40 y 41

‘El Derecho Alemán, conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste haciéndose valer después de la muerte del mismo’.”⁸

En la actualidad tenemos que la familia española “en sentido estricto, es según Messineo, ‘el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario’. Frente a este concepto estricto de familia, en un sentido más amplio, se incluyen, en la familia, según el mismo autor, personas difuntas (antepasados) o meramente concebidas (*nasciturus*), para significar la familia como descendencia o continuidad de sangre; o en otro sentido, las personas unidas entre sí por un vínculo legal (adopción), que imita el vínculo de parentesco de sangre y constituye la familia civil.

“El derecho de familia se basa en el concepto estricto de la familia que se ha expuesto, y, por tanto, parte de ese vínculo colectivo recíproco e indivisible entre varias personas que forman un todo unitario, pero también comprende el sentido amplio, ya que no puede excluirse ni los antepasados, ni los futuros descendientes, ya que el derecho toma en cuenta para diversos aspectos esta noción amplia.

“Por otra parte, la procreación dentro o fuera de matrimonio representa la continuidad de la familia y adquiere en la época actual una eficacia igualitaria en todos los países al evitarse distinciones discriminatorias por razón del nacimiento, como acontece en nuestra constitución...

“Por tanto, la familia comprende tanto las relaciones jurídicas nacidas del matrimonio y la procreación en el mismo, como las relaciones jurídicas nacidas por la procreación fuera del matrimonio, así como por la adopción.”⁹

⁸ Ibidem, p. 267

⁹ ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Ediciones de Derecho reunidas, 1984, Volumen IV: Familia, pp. 3 y 4

Bajo esta concepción tenemos que el Derecho Español conceptualiza a la familia como aquel grupo de individuos entrelazados por relaciones de parentesco consanguíneo o civil, en donde la procreación es la principal fuente de relación jurídica entre progenitores y descendientes, sin importar si proviene de una unión legal o ilegal, como lo sería un matrimonio o concubinato reconocido social y jurídicamente.

Por sus antecedentes germánicos otorga cierta igualdad entre los progenitores respecto de sus hijos, y una potestad limitada.

2.1.4 La familia en los Estados Unidos de América

De acuerdo con los doctrinarios, “en la época del descubrimiento, los indios de toda la América del Norte estaban organizados en gens con arreglo al derecho materno. Sólo en algunas tribus, como entre los dacotas, la gens estaba en decadencia y en otras, como entre los ojibwas y los omahas, estaba organizada con arreglo al derecho paterno.”¹⁰ De ahí que los antecedentes más fidedignos de la familia norteamericana provengan de la *gens* iroquesa y especialmente de la tribu de los senecas.

En la tribu seneca había ocho gens que llevaban nombres de animales. En cada gens existían las siguientes costumbres:

“1. Elegían a un “sachem (representante en tiempo de paz) y el caudillo (jefe militar). El sachem debe elegirse en la misma gens y sus funciones son hereditarias... debe ratificarse por las otras siete gens,... El poder del sachem en el seno de la gens es paternal, de naturaleza puramente moral. No dispone de ningún medio coercitivo.

¹⁰ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., 2005, p. 87

“2. Ningún miembro tiene derecho a casarse en el seno de la gens.

“3. La propiedad de los difuntos pasaba a los demás miembros de la gens, pues no debía salir de ésta... la herencia se dividía entre los parientes gentiles más próximos, es decir, entre sus hermanos y hermanas carnales y el hermano de su madre, si el difunto era varón, y si era hembra, entre sus hijos y hermanas carnales, quedando excluidos sus hermanos. Por el mismo motivo, el marido y la mujer no podían ser herederos uno del otro, no los hijos serlo del padre.

“4. Los miembros de la gens se debían entre sí ayuda y protección, y sobre todo auxilio mutuo para vengar las injurias hechas por extraños.

“5. La gens tiene nombres determinados, o una serie de nombres que sólo ella tiene derecho a llevar en toda la tribu, de suerte que el nombre de un individuo indica inmediatamente a qué gens pertenece.

“6. La gens puede adoptar a extraños en su seno,... admisión solemne en la gens era necesaria en concepto de ratificación... Entre los iroqueses, la admisión solemne en la gens verificábase en sesión pública del consejo de tribu, lo que hacía prácticamente de esta solemnidad una ceremonia religiosa.

“7. La gens tiene un consejo, la asamblea democrática de los miembros adultos, hombres y mujeres, todos ellos con el mismo derecho de voto.”¹¹

Sabemos que los Estados Unidos de América fueron colonizados por Inglaterra, comunidad que exterminó a las culturas nativas de esa región, por consiguiente es posible que las organizaciones de la familia de la *gens* en su mayoría hayan desaparecido, evento que propicia una estructura social y jurídica apegada a la formación parlamentarista de Gran Bretaña, acontecimiento que al

¹¹ Ibidem, pp. 84-87

momento de su independencia los obliga a constituirse con un modelo de república federal.

Este nuevo orden gubernamental tiene como “fuentes y/o instituciones... en el ámbito jurisdiccional – *el common law*- que, sobre todo, anida en el derecho privado y que se forma por todo el acervo de las resoluciones judiciales con carácter de obligatorias; y, la otra, de naturaleza prioritariamente de orden público, que lo es el parlamentarismo basado, tanto en el *derecho* llamado *estatuario*..., como en *prácticas, costumbres y convenciones* que, sin texto positivo expreso, se reiteran a través de los siglos.”¹²

Estas leyes y principios de derecho decantados en siglos se fundamentan en:

“a) El *derecho estatuario* – escrito- contenido en la *Carta Magna, Bill y Petition of Rights, Acta de Habeas Corpus* (1979), etc.

“b) Las *resoluciones judiciales*, basadas tanto en el *common law* como en la interpretación del derecho estatuario anterior (toda vez que son los jueces quienes hacen la ley, no la ley a los jueces.).

“c) Las convenciones, emanadas de precedentes no judiciales repetidos por siglos como costumbre consistente y aceptada.”¹³

Debido a la colonización de Inglaterra, considero que la familia de la sociedad denominada norteamericana contempla rigurosos parámetros sociales y morales, algunos han desaparecido; asimismo, no escapa de la estructura jurídica romana, como lo sería el que padre sea el eje central de la cuna en la sociedad. Ejemplo de ello es:

¹² RABASA, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los Tratados. Los textos positivos*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003, pp. 3 y 4

¹³ *Ibidem*, p. 5

a) Sólo prevalece el apellido paterno, acto fehacientemente acreditado cuando la mujer contrae nupcias, toda vez que adquiere el apellido paterno de su marido, cuando se divorcia lo pierde y vuelve a utilizar el apellido de su progenitor (padre); la descendencia sólo procura el apellido paterno.

b) En relación con la patria potestad de un hijo legítimo, era el padre quien la ejercía de manera única: “En los inicios del siglo veinte era claro y simple. El padre de un niño legítimo tenía derecho exclusivo para ejercer la autoridad paterna sobre el niño, y la madre del niño no tenía derecho legal para guarda o cuidado y control.”¹⁴ (Traducción)

En conclusión, la familia de la sociedad norteamericana tiene una figura paterna como eje central de la misma y la existencia de un parentesco con filiación rigurosa sobre la legitimidad e ilegitimidad del producto para con el padre.

2.1.5 La familia en México

En los Estados Unidos Mexicanos, la institución de la familia también evolucionó en atención a las etapas históricas, para poder satisfacer las necesidades económicas, sociales, políticas, culturales y jurídicas de nuestro país.

De la época precortesiana “es muy poco lo que realmente conocemos..., debido fundamentalmente a tres factores: A su carácter de sistema jurídico consuetudinario, lo cual hace, si no se pone por escrito, que el mismo tienda a perderse con el paso del tiempo; la destrucción de la mayor parte de fuentes de conocimiento y demás testimonios originales, precisamente en la Conquista, y porque, a medida que avanzó la dominación española en nuestra patria, los indios se vieron en la necesidad de ir abandonando sus costumbres para adoptar las

¹⁴ “At the beginning of the twentieth century was clear and simple. The father of a legitimate child was exclusively entitled to exercise parental authority over the child; and the child’s mother had no legal right to custody or care and control.” (Traducción propia.) CRETNEY, Stephen, *Family Law in the Twentieth Century a History*, Great Britain, Editorial Oxford, University Press, 2003, p. 566

européas,... Por todo ello es difícil conocer el derecho indígena..., lo que sabemos es mínimo y superficial como consecuencia de la escasez de datos.”¹⁵

Entre las tradiciones nativas de las culturas mesoamericanas tenemos: “El matrimonio fue potencialmente poligámico, pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartir la sucesión del padre... El divorcio era posible,... Los hijos se quedaban con el padre, y las hijas con la madre... Predominaba el sistema de separación de bienes... En materia de sucesiones, la línea masculina excluía la femenina.”¹⁶

La familia mexicana en la época colonial transitaba por un movimiento de lucha social en el Derecho, toda vez que sus pobladores se interesaban en que “no pusieran trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas ya fueran indios, negros, o castas, y antes bien expresamente se autorizaba por Cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556,... los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos,...”¹⁷

“En el México independiente, hasta las leyes de reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la Iglesia...- hecho que generó una- lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII.”¹⁸

El México contemporáneo tiene una estructura social familiar consolidada en valores de amor, respeto e igualdad jurídicos recíprocos entre sus contratantes, para que sus integrantes tengan un desarrollo psicoemocional, cultural, social y

¹⁵ SOBERANES Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 10ª ed. revisada, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 31

¹⁶ MARGADANT S., Guillermo Floris, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, 18ª ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 2001, pp. 32 y 33

¹⁷ CHÁVEZ Ascencio, Manuel F., op. cit., nota 7, pp. 55

¹⁸ *Ibidem*, pp. 56 y 57

económico estable, porque antes de las reformas de 1983, era el varón quien tenía la autoridad suprema en la familia.

En la actualidad, la familia mexicana tiene una estructura jurídica basada en el padre para efectos de apellido y sucesiones, esto se debe a que nuestra estructura familiar también tuvo influencia del Derecho Romano, debido a que nuestros colonizadores españoles introdujeron sus costumbres y ordenanzas, sin embargo no debemos omitir el hecho de que nuestros ancestros mesoamericanos en cuestión de herencia anteponían la línea de parentesco masculina a la femenina.

2.2 Parentesco

El ser humano como ente social, siente el deseo de sentirse aceptado e identificado a un grupo determinado, quizá por protección, supervivencia o satisfacción de un anhelo afectivo, es el parentesco la figura que le permite cubrir esas necesidades, al ser un privilegio del cual gozamos desde que nacemos en relación con nuestros padres, hermanos, abuelos, tíos, primos entre otros.

El parentesco se define como el “vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil).”¹⁹

Este vínculo legal ha sufrido variaciones históricas que atienden a elementos sociales, culturales, geográficos, económicos y políticos en un tiempo y lugar específico, es decir depende de la sociedad la forma en que se establecerá la unión entre los naturales de una comunidad.

¹⁹ DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 25ª ed. actualizada por Juan Pablo De Pina García, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 395

2.2.1 Parentesco en el Derecho Romano

“Parentesco viene de *parens, parentis*, el padre o la madre, el abuelo u otro ascendiente de quien se desciende.”²⁰

“Cuando dos personas se relacionan entre sí por un modo de pertenencia a una misma familia, decimos que existe entre ellas un ‘parentesco’ (*cognatio, es genérica para designar todo parentesco y específica para el parentesco de sangre*).

“El derecho romano conoció dos tipos de parentesco: la *cognatio civiles* o *legítima*, propiamente llamada *adgnatio*, y la *cognatio naturalis* (o simplemente *cognatio*); a ellos se agrega la *adfinitas*, que no es estrictamente un parentesco.”²¹

“1. *Adgnatio* (agnación). Es el parentesco civil, fundado en la potestad paternal. La familia agnaticia comprende a quienes están bajo la *patria potestas* o la *manus* del *paterfamilias*, este parentesco se establece por vía de varones, por ejemplo: si un *paterfamilias* tiene un hijo y una hija, los hijos del varón serán agnados entre sí y agnados de su padre y abuelo; en una palabra, tendrán parentesco civil con todos sus familiares por vía paterna; por el contrario, los hijos de la hija no, ya que estarán bajo la potestad de su propio *paterfamilias* y de él serán agnados.

“Los hijos serán agnados de su madre, sólo si ésta se ha casado *in manu*.

“2. *Cognatio* (cognación). Es el parentesco fundado en los vínculos de sangre, son los descendientes de un tronco común sin distinción de sexos. ”²²

²⁰ BRAVO González, Agustín, *et al.*, **Derecho Romano**, nota 2, p. 138

²¹ GUZMÁN Brito, Alejandro, **Derecho Privado Romano**, nota 3, p. 292

²² PADILLA Sahagún, Gumesindo, **Derecho Romano I**, nota 4, pp. 46 y 47

“La ley de las Doce Tablas llama agnados,... por la vía paterna y dentro de la misma familia, en tanto los parientes por vía femenina se denominan sólo cognados. Así pues, entre agnados y cognados hay la misma relación que entre el género y la especie: el agnado es también cognado, pero el cognado no es siempre agnado, pues la agnación es civil y la cognación es natural.”²³

“3. *Adfinitas* (afinidad). Es el parentesco que surge entre un cónyuge y los parientes del otro, por ejemplo, el padre del esposo es suegro de la mujer y ésta será nuera con respecto a aquél.

“Parentesco en línea recta o directa. Son las personas descendientes unas de otras. Puede ser ascendente, si se mide de la prole a los progenitores, por ejemplo, padre, abuelo, bisabuelo, etc., también puede ser descendente si se mide de los progenitores a la prole, por ejemplo hijo, nieto, bisnieto, etcétera.

“Para computar el grado de parentesco en línea recta ascendente o descendente se contará el número de personas, o sea de generaciones, descontando el tronco, de manera que padre e hijo serán parientes en primer grado, abuelo y nieto en segundo y así sucesivamente.

“Parentesco en línea colateral. Colaterales son las personas que descienden de un mismo tronco pero no unas de otras. Para establecer el grado de parentesco se subirá al tronco y se descenderá hasta encontrar a la persona con quien se desea saber el parentesco, sumando todas ellas excepto el tronco. De manera que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado; tíos y sobrinos en tercero; entre primos, cuarto grado; etcétera.”²⁴

2.2.2 Parentesco en España

²³ BRAVO González, Agustín, *et al.*, op.cit., nota 2, p. 139

²⁴ PADILLA Sahagún, Gumesindo, op.cit., nota 4, pp. 46 y 47

En el reino Español, el “parentesco en sentido estricto hace referencia a la comunidad de sangre, es decir, a la *consanguinidad* o parentesco de consanguinidad que liga a las personas que descienden unas de otras o bien de un antepasado común.

“Pero en un sentido más amplio se llama también parentesco al vínculo derivado del matrimonio (o de la cópula lícita) que existe entre cada cónyuge y los parientes del otro (entre varón y parientes de la mujer, o entre ésta y parientes de aquél), parentesco que se denomina de *afinidad*.

“Por ficción de la ley, existe parentesco por virtud de la adopción entre adoptante y adoptado, denominándosele *parentesco civil*. Según el Código la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción.

“En el derecho histórico se conocía también el parentesco de *cuasi afinidad*, originado por los esponsales entre los prometidos.

“La computación del parentesco se basa en nuestro Código en el sistema romano y, por tanto, en la distinción entre línea y grado y en el cómputo de todas las generaciones... El Derecho canónico, por influencia del sistema germánico de cómputo del parentesco, no contaba en la línea colateral más que las generaciones de la rama más larga o una sola si ambas son iguales.

“El nuevo Código de Derecho canónico de 25 de enero de 1983 sigue ya el sistema romano de computación.

“La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

“La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral.

“Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

“Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

“Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

“En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor.”²⁵

2.2.3 Parentesco en los Estados Unidos de América

No obstante que el Derecho Estadounidense se rige por el *common law*, podemos decir con certeza que su institución jurídica de parentesco (*parentage*) no quedo aislado de los lineamientos establecidos por el Derecho Romano, consistentes en la existencia de un parentesco de sangre, civil y afinidad.

2.2.4 Parentesco en México

Las normas mexicanas en relación con la institución del parentesco, no quedan excluidas de las influencias romanas, por tal motivo nuestra legislación contempla al parentesco como el vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil). Clasificado en consanguíneo, civil y de afinidad.

2.3 Filiación

²⁵ ESPÍN, Diego, op.cit., nota 9, p. 498 y 499

La filiación es el lazo natural que relaciona a un infante con sus progenitores, toda vez que “está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras. Su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por la que particularmente toma el nombre de filiación.

Como hechos jurídicos relacionados con la filiación tenemos la concepción, las gestación y el nacimiento - al ser hechos biológicos que crean vínculos jurídicos-, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico.

Con el nacimiento se inicia el estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubino. También se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado de hijo.”²⁶

2.3.1 Filiación en el Derecho Romano

La filiación es el lazo natural que relaciona a un infante con sus progenitores, clasificándose en paternidad y maternidad, en Roma dependía de una concepción en *iustum matrimonium* o de la *adoptio*. Sí “la creatura (sic) concebida por el marido de la mujer que la dio a luz, si su concepción se produjo durante el *iustum matrimonium* de ambos, es, por un lado, un *filius naturalis* (en oposición al adoptivo) y, por otro, un *iustum filius* (en oposición al *spurius* o *vulgo conceptus*).

En el derecho justiniano se llama *filii legitimi* a los nacidos en matrimonio, *naturales* a los nacidos de una unión concubinaria y *spurii* a los nacidos de uniones ocasionales.”²⁷

²⁶ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho...*, nota 1, pp. 21 y 22

²⁷ GUZMÁN Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, nota 3, p. 358

“Un registro público de los nacimientos fue creado en Roma en tiempos de Augusto,... Con base en él se otorgan ‘certificados de nacimiento’ (*testationes*) en que se indican la fecha del nacimiento, el nombre del niño y de sus padres y la ciudadanía.”²⁸ Dependiendo del sexo del ciudadano, las *testationes* contenían cuando se trataba de un varón: “El *nomen gentilicium*, que señala la pertenencia a una *gens* y que por ende lo llevan todos los integrantes de aquella de la cual se trata; le precede un *cognomen*, indicador de la familia, el cual también puede ser común a muchos, y le antecede un *praenomen*, que es individual de cada sujeto. Las mujeres sólo llevan el *nomen gentilicium*.”²⁹

En conclusión, en Roma la filiación del hijo en relación con su padre dependía de su estado legítimo e ilegítimo, es decir si nacía dentro de un matrimonio, la adquiría por adopción, o en concubinato o relación accidental.

2.3.2 Filiación en España

La evolución histórica jurídica de la filiación en España la clasificaba de acuerdo con el modelo de codificación civil decimonónica “en legítimas e ilegítimas, según procedieran de la concepción en matrimonio o fuera del mismo. A su vez, la filiación ilegítima se subdividía en natural y no natural, según pudiesen contraer matrimonio los padres o les estuviese prohibido, bien por incapacidad absoluta, bien por incapacidad relativa, para casarse entre sí. La filiación ilegítima no natural comprendía, por alusión a sus respectivas prohibiciones, la filiación adulterina, incestuosa o sacrílega.

“Las diferentes clases de filiación originaban situaciones jurídicas muy distintas, en cuanto a los derechos que conferían a los hijos respecto al nombre, alimentos y derechos sucesorios.”³⁰

²⁸ Ibidem, p. 279

²⁹ Ídem

³⁰ ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, nota 9, p. 332

Por supuesto que la diferenciación en la filiación generó debates, inconformidades y problemas morales y sociales primordialmente en los hijos ilegítimos, lo cual generó movimientos sociales que permitieran reformas legislativas sobre este tema, son las feministas las principales activistas, así como la destacada intervención “de organismos internacionales, que a partir de la segunda guerra mundial han proclamado la igualdad de los hijos ante la ley, cualquiera que sea la situación de sus padres, casados o no.”³¹ Estos beneficios de igualdad se vieron plasmados en la Ley 13 de mayo de 1981.

2.3.3 Filiación en los Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de Norteamérica tuvieron influencia de sus colonizadores en sus ordenanzas, por lo tanto, su institución jurídica de filiación tuvo un factor moral extremo, en virtud de que divide a la filiación en legítima o ilegítima:

“El common law de Inglaterra (gusto totalmente virtual de otro sistema legal) distingue entre hijos legítimos, reconocidos como miembros totales de la familia, e hijos ilegítimos o bastardos. Pero el common law, en una opinión, mucho más severa que el derecho canónico y civil: Estos derechos reconocen que un niño, nacido ilegítimo, puede adquirir el estatus de legitimidad si sus padres se casan; mientras que para el common law tendrá una ‘condición indispensable’ que un niño sólo podrá ser legitimado si él ha nacido después de que sus padres se casen.”³² (Traducción)

2.3.4 Filiación en México

³¹ Ibidem, p. 334

³² “The common law of England (like virtually all other legal systems) distinguished between legitimate children, recognized as full members of the family, and illegitimate children or bastards. But the common law, in one respect, much more severe than the canon and civil laws: those laws recognize that a child, born illegitimate, could acquire the status of legitimacy if his parents married; whereas for the common law it was an ‘indispensable condition’ that a child could only be legitimate if he were born after his parents’ marriage.” (Traducción propia.) CRETNEY, Stephen, *Family Law in the Twentieth Century a History*, nota 14, p. 543

Nuestra legislación expresa que “la filiación está fundada y cimentada en el matrimonio y con base en la unión conyugal produce sus más amplios efectos, pero no puede desconocerse que también está cimentada en la relación natural derivada de los hijos nacidos fuera de matrimonio. En nuestro Derecho la filiación no se concreta sólo a los hijos habidos de matrimonio, sino que ‘por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron del matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen’.

“Se ha borrado ya de nuestro Código ‘la distinción y la clasificación de hijos naturales en *adulterinos*, los ilegítimos habidos de la unión de personas, de las cuales, al menos una de ellas, estuviera casada con persona distinta; *incestuosos*, los habidos entre personas que no pudieron contraer matrimonio entre sí, sin la obtención de dispensa por razón de parentesco. Los hijos *nefarios* eran los habidos entre parientes que, ni aun con dispensa podían contraer matrimonio entre sí.’

‘En el Derecho anterior se llamaban hijos *sacrílegos* los habidos entre personas de las cuales una o ambas estuvieran ligadas por voto solemne de castidad. Hijos *manceres* eran los habidos de prostitutas cuya denominación era precisa para distinguirlos en el Derecho anterior, en que por tradición del Derecho romano se reconocían con eficacia jurídica el concubinato y la barraganía’.”³³

Nuestro país también adquirió para la filiación un carácter moral basado en el matrimonio como principal fuente de filiación entre el hijo y sus progenitores, ideal que fue modificado a favor de los hijos nacidos fuera de matrimonio, toda vez que son víctimas de los deslices de sus padres.

³³ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho...*, nota 1, p. 20

2.4 Maternidad

La maternidad es un acto jurídico que no sólo comprende el aspecto femenino, en virtud de que desde los tiempos primitivos de la humanidad, los sexos femenino y masculino han evolucionado a la par, con ello se propicia una complementación como individuos de una misma especie, en el tiempo y espacio de una sociedad. De ahí que contemple dos supuestos: maternidad y paternidad.

La maternidad y paternidad provienen del parentesco consanguíneo, hecho biológico que se acredita por parte de la madre con la concepción, embarazo y parto, del padre con la presunción de concepción y reconocimiento, dentro o fuera de un contrato de matrimonio o concubinato, con el objeto de otorgar al infante un estado civil de identidad jurídica con sus progenitores.

“En el antiguo Derecho existió la posibilidad de que las mujeres solteras que tuvieran hijos, pudieran elegir dentro de aquellos con los que tuvieron relaciones, unas simplemente amorosas sin llegar a ser sexuales, otras siendo sexuales, al hombre que mejor les conviniera para padre de su hijo. Fueron una verdadera plaga ‘las demandas de madres solteras frente a hombres ricos, acaudalados o que gozaban de cierta posición y se llegó al extremo de aceptar que si se trataba del primer hijo por existir la presunción de que la mujer era virgen, cuando tuvo relaciones con el hombre a quien imputaba la maternidad bastaba su dicho para condenarlo provisionalmente al pago de todos los gastos que ocasionaba el embarazo y el nacimiento; pero tenía que rendir después pruebas convincentes respecto a la paternidad para obtener una certeza favorable’.”³⁴

2.4.1 Maternidad en el Derecho Romano

³⁴ Ibidem, p. 168

En la antigua Roma “el vínculo del hijo con su padre sólo se establecía a través del matrimonio, de modo que el hijo habido fuera del matrimonio sólo adquiriría el vínculo de cognación con su madre.”³⁵

De ahí que la maternidad y paternidad “para producir cualquier efecto debe ser legalmente cierta; según los principios romanos esta certidumbre existe siempre con respecto a la madre porque el parto es un hecho fácil de constatar. En cuanto a la paternidad, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministra y éste es su gran fin social,... Combinando estas dos ideas: que la mujer ha debido cohabitar con su marido y que no ha debido hacerlo con otro, los romanos presumieron la paternidad del marido.”³⁶ Presunción máxima romana de paternidad postulada por “Paulo *pater est is quem nuptiae demonstrant*; o sea, que el hijo por haber sido concebido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien, consiguientemente, recae la presunción de paternidad,”³⁷ cuyos requisitos eran: “1) La existencia de matrimonio válido o putativo, entre la madre y la persona a quien se le atribuye la paternidad; 2) Que la filiación materna se encuentre acreditada; 3) La concepción dentro del matrimonio.”³⁸

“Para saber si la mujer ha podido concebir durante el matrimonio, los jurisconsultos determinaron los límites extremos de la duración del embarazo basados en los estudios de los médicos griegos. Según esto, el límite menor del embarazo será de ciento ochenta días y el mayor de trescientos; de suerte que el hijo será *iustum* si nace después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de las *iustae nuptiae* –del matrimonio legítimo-, plazos que han pasado a las legislaciones modernas.”³⁹

³⁵ Ídem

³⁶ BRAVO González, Agustín, *et al.*, **Derecho Romano. Primer Curso**, nota 2, pp. 142 y 143

³⁷ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., **La Familia en el Derecho...**, nota 1, p. 13

³⁸ *Ibidem*, p. 17

³⁹ BRAVO González, Agustín, *et al.*, *op.cit.*, nota 2, p. 143

2.4.2 Maternidad en España

Durante la vigencia de la codificación civil decimonónica española, la maternidad se instituía bajo el tradicional principio legal *mater semper certa est*, en atención al parto e identidad del hijo. La paternidad se basaba en la concepción de hijo dentro del matrimonio, o en el reconocimiento voluntario y forzoso cuando se trataba de hijos fuera del mismo, toda vez que se prohibía rigurosamente la investigación de la paternidad, sólo en casos de violación, estupro o raptó podía solicitarse, siempre y cuando primero se acreditará de manera indubitable el hecho ante autoridad judicial penal o civil; criterios jurídicos que fueron modificados con la Ley del 13 de mayo de 1981, toda vez que permitió la apertura para investigar la maternidad y paternidad.

La nueva normatividad contempla que la maternidad queda acreditada con la identidad de hijo mediante el embarazo y parto, características propias del género femenino.

En cuanto a la paternidad la ley establece dos supuestos:

a. Cuando existe matrimonio, “el marido de la madre es el padre de los hijos concebidos durante matrimonio por aquella (*pater est is quem nuptiae demonstrant*), presunción basada en el vínculo conyugal y su consecuente deber de fidelidad.”⁴⁰

b. Fuera del matrimonio, el reconocimiento voluntario que realice el padre, o reconocimiento forzoso dictado por una sentencia judicial.

2.4.3 Maternidad en los Estados Unidos de América

⁴⁰ ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, nota 9, p. 345

Las instituciones de maternidad y paternidad en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, se encuentran nuevamente influenciadas por el Derecho Romano, toda vez que contempla la presunción de que es hijo del padre, cuando está nazca de la mujer con la que el hombre sostiene matrimonio o concubinato.

a) “El *common law* aplica una fuerte presunción: El esposo de una mujer casada será el padre del niño nacido o concebido durante el matrimonio.”⁴¹
(Traducción)

b) “En los procesos de filiación donde una madre era una ‘mujer soltera’, se tenía por consiguiente a su hijo de ilegítimo. Estos factores no fueron dudablemente los pensamientos para justificar las demandas de Justicia con el objeto establecerle a un hombre la punidad de la paternidad. Por supuesto que estos lineamientos fueron muy distintos en la Suprema Corte, donde las resoluciones dictaminaban que el infante debía ser un bastardo (como la expresión era) quien debería ser considerado legítimo. Muchos casos involucraron el parentesco y terminaron en los Tribunales de Divorcios: ‘El hecho de que un marido fuera el padre de un hijo que no era de su esposa, evidenciaba claramente un adulterio.’”⁴² (Traducción)

2.4.4 Maternidad en México

“En nuestro Derecho, el Código de 1870 prohibía ‘absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto a favor como en contra del hijo’ (Art. 370)...

⁴¹ “The common law applied a strong presumption that a married woman’s husband was the father of any child born or conceived during the marriage.” (Traducción propia.) CRETNEY, Stephen, op.cit., nota 14, p. 533

⁴² “In affiliation proceedings the mother was by definition a ‘single woman’ and her child therefore necessarily illegitimate. These factors were no doubt thought to justify the Justices’ comparatively undemanding approach to making a finding that a man was the child’ putative father. But things were very different in the superior courts where the outcome might be to ‘bastardise a child’ (as the expression was) who would otherwise be legitimate. Many of the more sensational cases involving parentage were in the Divorce Court: the fact that the husband was not the father of a child born to his wife was the clearest evidence of adultery.” (Traducción propia.) Ídem

“El Código de 1884, en su artículo 343, contenía la misma prohibición absoluta, y también el siguiente artículo abría la puerta de la investigación en los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincidía con la concepción, pues entonces se podía acudir a los tribunales para la investigación de la paternidad.

“La Ley Sobre Relaciones Familiares, en su artículo 211, señala que en los ‘casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción, podrán los tribunales a instancia de parte interesada, declarar la paternidad’. El artículo 198 trataba de la posesión de estado de hijo natural que se justificaba ‘probando el hijo por los medios ordinarios, todos los hechos que constituyen aquélla, pero no se admitirán esas pruebas, si no hubiere un principio de prueba por escrito’.

“En el Código vigente en el artículo 382 se contienen los casos permitidos de investigación que significa una apertura en esta materia. De la prohibición debida a los abusos que dicen se cometieron, poco a poco se ha ido abriendo la posibilidad para que los hijos fuera de matrimonio puedan establecer se relación paterno-filial.”⁴³

La maternidad y paternidad en el Derecho Mexicano contemporáneo se reconoce de manera voluntario o forzosa.

⁴³ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., op. cit., nota 1, pp. 169 y 170

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA Y MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

Desde hace millones de años, el ser humano se procrea mediante dos células haploides, como lo son óvulo y espermatozoide; este acto biológico es conocido como reproducción humana o de la especie, misma que propicia la intervención de los gametos masculinos y femeninos propios de cada género, suceso que crea consecuencias biológicas, sociales y jurídicas, en relación con los progenitores que intervienen, a quienes se les denomina madre y padre del nuevo ente respectivamente.

En la actualidad las instituciones de maternidad y paternidad son auxiliadas por los avances científicos en las áreas biológicas, médicas y genéticas; cuando existen problemas relacionados con la fertilidad en el proceso orgánico, adelantos que en las sociedades contemporáneas son nombradas como maternidad asistida, para continuar con la reproducción humana.

3.1 Reproducción humana

La reproducción humana en términos generales es la “1. f. Acción y efecto de reproducir o reproducirse. // 5. prnl. Dicho de los seres vivos: Engendrar y producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos.”¹

“La reproducción humana, es el mecanismo biológico natural, mediante el cual, una pareja de seres humanos pueden procrear a un ser humano.”²

¹ “Reproducción humana”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22^a ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

En términos médicos el “concepto de reproducción - es la- reduplicación molecular, con posterior desarrollo anatómico, maduración bioquímica y complejización neurofisiológica.”³

En la actualidad, esta reproducción humana puede ser de dos tipos: natural y asistida.

3.1.1 Reproducción humana natural

La reproducción humana natural (en adelante RHN) “consiste en la unión íntima sexual de hombre y mujer,... a través del coito, es decir, por medio de la introducción del pene del varón en la cavidad vaginal de la mujer.

“El pene erecto introducido en la cavidad vaginal, expulsa semen (millones de espermias), que enfrentaran el primer reto natural, de alcanzar el óvulo de la mujer, con el objeto de fecundarlo.

“La mujer..., en su aparato reproductor denominado vagina, hace que sus ovarios secreten óvulos cíclicamente; en promedio de veintiocho días, trasladándose el óvulo por las trompas de falopio, hasta llegar a la matriz, donde espera ansiosamente la llegada de un solo espermia, (de entre millones), para que éste logre fecundarla, y así originar, la concepción (la fusión entre espermia y ovulo); una célula, que en cuestión de tiempo, se convierte en un ser humano mortal.”⁴

A) Órganos sexuales humanos

² ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, *Tesina: Las deficientes reformas del Código Civil en el Distrito Federal en materia de Inseminación Artificial* [en línea], México, ENEP ARAGON-UNAM, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030506000248.html>

³ LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida* [en línea], Argentina, Clínica virtual-Ginecológica, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://members.tripod.com/gineco/documentos>

⁴ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

Para que se dé el acto sexual en la reproducción humana natural intervienen dos aparatos reproductivos, el femenino y el masculino, cuyos componentes son:

“Los órganos del aparato reproductor femenino, son: a) ovarios, es el organismo en donde se producen y almacenan los óvulos; b) trompas de falopio u oviductos, son los conductos a través de los cuales el óvulo alcanza la cavidad uterina; c) útero, también conocido como matriz o vientre, es el órgano que en caso de fecundación del óvulo, lo retiene y gesta hasta el momento del parto; y d) vagina, es la parte genital externa del cuerpo femenino.”⁵

“Los órganos del aparato reproductor masculino, son: a) gónadas o testículos, es el organismo en donde se producen y almacenan los espermatozoides; b) conductos deferentes, son los ductos encargados de transportar las células germinales junto con la uretra y, c) pene, es la parte genital externa del cuerpo masculino.”⁶

B) Proceso biológico humano de concepción e incubación.

El proceso biológico humano desde sus células haploides, concepción, gestación y nacimiento, se compone de los siguientes pasos:

- 1) Células haploides. Óvulo y espermatozoide.
- 2) Fecundación. Se da con “la fusión del óvulo y el espermatozoide se constituye una nueva realidad, el cigoto.
- 3) “Cigoto... - Surge de dos- células germinales dotadas de una reducida vitalidad e incapaces de dar origen a un ser humano. Tiene un código genético en su complemento cromosómico de 46 cromosomas que preforma o prefigura al individuo humano que se desarrollará...

⁵ HELLMAN Louis M. y PRITCHARD, Jack A., *Williams Obstetricia*, reimpresión de la primera edición, México, Salvat editores, S.A., 1973, p. 39

⁶ GÓMEZ Gama, Roberto y MELGAREJO, Filiberto J., *Enciclopedia Ilustrada del Sexo*, Ojo de Agua, Estado de México, Editorial Procesos Tecnológicos, S.A. de C.V., pp. 40 y 41

4) “Organogénesis y corteza cerebral. A partir del segundo mes el embrión está perfectamente conformado y posee ya los órganos característicos de la especie humana; la formación del cerebro acontece en este periodo. La corteza cerebral es aceptada como el órgano central de todas las manifestaciones y actividades personales; y las teorías modernas afirman que la muerte del cerebro señala el término de la vida humana.

5) “Feto Vital. Un cierto número de autores mantiene que sólo se puede hablar de ser humano, cuando el feto adquiere capacidad de vivir fuera del seno materno, es decir, entre el sexto y séptimo mes de desarrollo.”⁷

6) Parto. “Comprende la serie de procesos mediante los cuales la madre expulsa los productos de la concepción maduros o casi maduros. Las palabras parto, parturición, dar a luz y apociosis son sinónimos. La palabra ‘parto’ se refiere al nacimiento efectivo del feto.”⁸

Durante esta etapa de desarrollo humano, el huevo atraviesa por los siguientes status biológicos:

a) Por cigoto, es la unión de los gametos, es la etapa en donde se define el código genético y sexo.

b) “Por Preembrión (o embrión preimplantatorio, por corresponderse con la fase de preorganogénesis) generalmente se designa al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero.

c) “Por ‘embrión’ propiamente dicho se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando lo anterior, si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio; se corresponde esta fase con la conocida como ‘embrión postimplantatorio’.

⁷ BÁEZ, Carlos, *Bioética* [en línea], [citado febrero 15, 2009], disponible en internet: bioetica.org/.48K

⁸ HELLMAN Louis M. *et al.*, op. cit., nota 5, p. 303

d) “Finalmente, por ‘feto’, como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados (del 3 mes en adelante), que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.”⁹

C) Lactancia

El período reproductivo no concluye con el nacimiento del producto, toda vez que le sigue un período de lactancia materna, este acto es una decisión personal con enormes beneficios para la madre y el hijo.

“De acuerdo con la Academia Estadounidense de Pediatría y la Asociación Nacional de Enfermeras Pediátricas y Médicos Asociados,... y la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Pediatría del Centro Médico Nacional Siglo XXI del IMSS,... la lactancia materna es la forma de nutrición más recomendable, al menos durante los primeros meses de vida.

“La leche materna es el alimento ideal para el bebé, ya que proporciona los nutrimentos necesarios para su crecimiento y desarrollo normales... - porque contiene anticuerpos de la madre que pueden ayudar al bebé a contrarrestar infecciones y enfermedades.

“Las madres que dan pecho a sus hijos pierden el peso ganado durante el embarazo más rápidamente y es más difícil que padezcan anemia tras el parto. Además, tienen menos riesgo de hipertensión y depresión posparto, así como una menor incidencia de osteoporosis y cánceres de mama y ovario.

“El tiempo ideal, según la Organización Mundial de la Salud, es de un año de lactancia materna, aunque la situación es distinta en nuestro país, debido a la necesidad de muchas madres de trabajar, por lo que este período frecuentemente

⁹ GAFO, Javier, *Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11, Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid, Editado por la Universidad Pontificia Comillas, 1998, pp. 174 y 175

se acorta a la mitad, incluso hasta una tercera parte, siendo en los mejores casos entre tres y seis meses.”¹⁰

En oposición a la lactancia, se encuentran las técnicas de alimentación artificial para los recién nacidos como: la leche de fórmula; sin embargo este tipo de comida no es muy benéfico para la madre y el infante, toda vez que ocasiona los siguientes malestares: “1. El niño digiere con mayor dificultad la leche preparada, así que tiende a dormir más. - Al ser que genera una intolerancia a los carbohidratos por la leche entera que injiere-. 2. Si una madre lactante no alimenta a su bebé cuando le toca, sus pechos pueden saturarse de leche y dolerle; a veces se irritan y derraman líquido. La madre podría, incluso, desarrollar una infección llamada mastitis, que suele ser muy dolorosa.”¹¹

Por otra parte, la fase biológica de la lactancia en un aspecto profesional para la mujer comprende un permiso de “reducción de jornada laboral a que durante un tiempo, tienen derecho los trabajadores para el cuidado de su hijo recién nacido.”¹²

3.1.1.1 Fertilidad

“Del latín fertilītas, -ātis. // 1. f. Cualidad de fértil.”¹³ Inherentes a esta condición se encuentra la fecundidad, la cual consiste en “la capacidad de participar en la concepción de un embarazo y depende de la edad de la pareja, la frecuencia del coito y la contracepción (o planificación familiar) empleada.”¹⁴

¹⁰ “Lactancia materna, ¡Fuera dudas!”, fuente: *The American Academy of Pediatrics*, **ADN, salud+vanguardia+estilo**, México, mayo 2007, pp. 13 y 14

¹¹ PEÑAS, José Antonio, “¿Pechos o biberones?”, **Muy interesante**, México, año XXI, núm. 8, agosto 2004, p. 42

¹² “Lactancia”, **Diccionario de la Lengua Española** [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹³ “Fertilidad”, **Diccionario de la Lengua Española** [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁴ “Infertilidad” [en línea], [citado noviembre 30, 2008], disponible en internet: <http://drgdiaz.com/eco/infertilidad.shtml>

“La fertilidad es la capacidad de un animal, planta o terreno de producir o sustentar una prole numerosa. En los animales, incluido el hombre, es el resultado de la interacción de numerosos factores, tanto biológicos - la edad, el estado de salud, el funcionamiento del sistema endocrino-, como culturales - las prescripciones respecto al sexo y el matrimonio, la división sexual del trabajo, el tipo y ritmo de ocupación-, que la hacen variar espectacularmente entre situaciones distintas.

“La fertilidad humana ha sido históricamente una cuestión culturalmente significativa. Al ser los hijos una fuente crucial de mano de obra en sociedades agrarias o de economía de subsistencia, la capacidad de ofrecer al núcleo familiar una prole numerosa era un rasgo muy valorado en las mujeres, y en muchas tradiciones el marido estaba autorizado a anular el matrimonio con una esposa infértil.”¹⁵

Fertilidad es “la capacidad biológica que tienen los seres humanos para reproducirse, no necesariamente significa, que toda mujer y hombre lo sean, pues no todos tienen esa capacidad natural para originar vida humana; esa incapacidad, a veces irreversible, es lo que los médicos denominan esterilidad”¹⁶ y/o infertilidad.

3.1.1.2 Esterilidad e Infertilidad

“La ambigüedad del término infertilidad... y el de ‘esterilidad’. Parecería que se hace un uso indistinto de las dos nociones.... según Gavarini:... la noción de esterilidad para evocar la incapacidad definitiva para concebir y que se prefiriese la noción de infertilidad para designar las dificultades e incapacidades provisorias de procrear. Pero esas dos categorías se fueron acercando progresivamente,

¹⁵ WIKIPEDIA, “Fertilidad”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado noviembre 30, 2008], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Fertilidad>

¹⁶ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

hasta confundirse,... culminó en la asimilación de estas diversas categorías en un todo, tapizado por una palabra comodín: ‘esterilidad’.”¹⁷

“Se emplea el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, aunque esto no es exacto. Desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de esterilidad, que indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, el de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa).”¹⁸

“Esterilidad es la incapacidad para procrear, y eso, exceptuando algunos casos (ausencia de ovarios, de trompas o de espermatozoides...) sólo se puede confirmar con total certeza al final de la vida reproductiva. Una persona estéril, sin intervención médica no tendría hijos/as nunca. Infertilidad es únicamente la dificultad para procrear en un periodo determinado, lo cual no quiere decir que se sea biológicamente incapaz de hacerlo.”¹⁹

De acuerdo con el Centro de Investigaciones en Medicina Reproductiva Mexicano “la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductor que afecta la capacidad corporal para desempeñar la función básica de la reproducción,...

“Se determina que una pareja tiene problemas para la concepción luego de haber transcurrido un año teniendo relaciones sexuales, periódicas y sin utilizar algún método anticonceptivo.”²⁰

¹⁷ GUTHMANN, Yanina, *El discurso bioético y la legitimación de las nuevas tecnologías reproductivas* [en línea], Argentina, Ensayo Ganador del primer lugar del Concurso Regional de Ensayos: “Nuevas tecnologías reproductivas”, [citado julio 07, 2008], disponible en internet: <http://www.cladem.org/espanol/novedades/primerlugarNTR.asp>

¹⁸ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Desalma, 1995, p. 83

¹⁹ ASSEMBLEA DE DONES D'ELX, *Mujeres y reproducción asistida* [en línea], Francia, Anuario 1994 [citado mayo 30, 2009], disponible en internet: <http://www.nodo50.org/doneselx/home.htm>

²⁰ NOTIMEX, “Sufre padecimientos relacionados con infertilidad 17% de mexicanos” [en línea], México, Yahoo, 2007 [citado noviembre 12, 2008], disponible en internet:

“La esterilidad puede ser un problema de uno de los miembros de la pareja, o bien, puede ser de ambos... no sólo es un problema de carácter medico, sino también de carácter emocional.”²¹

“Los casos más frecuentes de pareja infértil son aquellos en los cuales existe una causa masculina de menor importancia y una causa femenina también de menor importancia, que sumadas originan esterilidad. Por tanto el estudio ideal debe evaluar tanto al hombre como a la mujer.”²²

Entre las alteraciones femeninas que producen la esterilidad o infertilidad, se encuentran:

a) Malformaciones en ovarios, trompas de falopio, y matriz, de la tercera destacan casos de: “vaginismo (contracción intensa del músculo constrictor de la vagina generalmente de origen psicológico);... esterilidades cervicales: por deformación del cuello del útero e inexistencia de secreción cervical, por alteraciones de la zona debido a tratamientos.”²³

b) Ausencia de matriz en la mujer desde el punto congénito, “no tiene útero, o bien este útero le ha sido extirpado por presentar una tumoración o por un problema hemorrágico,”²⁴ cirugía que en muchas ocasiones se complementa con la extirpación de ovarios.

c) Esterilidad por infecciones del tracto genital posteriores a abortos mal realizados.

d) Falla ovárica irreductible, se da cuando los ovarios son incapaces de producir óvulos, porque padecen el síndrome de Turner (“Trastorno presente en

<http://mx.news.yahoo.com/s/12112007/7/mexico-sufre-padecimientos-relacionados-infertilidad-17-mexicanos.html>

²¹ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

²² “Infertilidad”, op. cit., nota 14, web

²³ LOYARTE, Dolores, *et al.*, op. cit., nota 18, p. 111

²⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. y MASSIGOGUE Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 1994, p. 89

mujeres causado por un defecto cromosómico... ausencia de un cromosoma X, generalmente... Este trastorno inhibe el desarrollo sexual y causa infertilidad.”²⁵⁾

e) Por óvulos post-maduros, atrésicos (quistes), con zona fracturada, toda vez que no sirven para fertilización.

f) Embarazos posibles pero riesgosos, porque la mujer durante la gestación manifiesta cardiopatía o neuropatía, es decir la preñez pone en riesgo su salud y no se le recomienda.

g) Cuando ha sufrido o se ha sometido a un tratamiento esterilizante de: salpingoclasia, esterilización por quimioterapia, etc.

h) “Edad avanzada. A medida que aumenta la edad por encima de los 35 años comienzan a reducirse las posibilidades de embarazo. Pero esto es muy relativo pues muchas mujeres quedan embarazadas sin problemas después de esta edad.”²⁶

Entre las alteraciones masculinas que producen la esterilidad o infertilidad, se encuentran:

a) “Azoospermia,... ausencia completa de espermatozoides por causas definitivas e irreparables.”²⁷

b) Malformaciones del pene.

c) Disfunción eréctil por diabetes, impotencia, esclerosis múltiple (“La esclerosis múltiple [EM] es una de las enfermedades más comunes del sistema nervioso central - SNC- [cerebro y médula espinal].”²⁸ Padecimiento que afecta el procedimiento de erección.

d) Trastornos en la eyaculación, como: “Eyaculación retrógrada o retardada, - o emisión del semen en la vejiga- que es la obstrucción de los conductos que trasladan al semen. Aneyaculación, es decir, el mal funcionamiento de las

²⁵ WIKIPEDIA, “Síndrome de Turner”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado noviembre 28, 2008], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Turner

²⁶ “Infertilidad”, op. cit., nota 14, web

²⁷ LOYARTE Dolores, *et al.*, *Procreación Humana Artificial...*, nota 18, p. 114

²⁸ “Infertilidad y/o esterilidad masculina” [en línea], [citado noviembre 28, 2008], disponible en internet: http://mx.answers.yahoo.com/question/index;_ylt=A0oGku1Q5U1H0iwBaAXD8Qt.;_ylu=X3oDMTFha2R2YTVrBHNIYwNzcgRwb3MDMgRjb2xvA3NrMQR2dGika01YQzAwMV8xMARsA1dTMQ--?qid=20061021111632AAfufGe

glándulas productoras de semen, condición en la que no se encuentran espermatozoides ni en la orina después del orgasmo.”²⁹

e) Escasez de cantidad y calidad en el semen, que genera espermatozoides con motilidad deficiente y/o mala morfología; acción que entorpece sus capacidades de fecundación.

f) Cuando ha sufrido o se ha sometido a un tratamiento esterilizante de: vasectomía, castración quirúrgica, esterilización radioterápica o quimioterapia, etc.

Entre las alteraciones de la esterilidad o infertilidad que repercuten en ambos sexos, tenemos:

a) Dificultad en el encuentro o interacción entre las células germinales (óvulo y espermatozoide),

b) Incompatibilidad inmunológica. “Puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debidos a la presencia del semen que es reconocido por anticuerpos de la mujer como un elemento extraño.”³⁰

c) Por infecciones del tracto genital debido a enfermedades sexualmente transmitidas y tuberculosis pelviana.

d) Por un factor de interés personal, como es el caso de algunos “atletas, bailarinas de ballet, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos, un contratiempo impertinente.”³¹

“El último informe de la Organización Mundial de la Salud (2002) - manifestó que- alrededor de 80 millones de personas son estériles y la mayor incidencia se

²⁹ “¿Embarazo sin semen?” [en línea], [citado agosto 10, 2008], disponible en internet: <http://estilosdevida.prodigy.msn.com/saludbienestar/Holdingpage.aspx?cp-documentid=5264624&wa=wsignin1.0>

³⁰ LOYARTE Dolores *et al.*, op. cit., nota 18, p. 89

³¹ “Ética médica” [en línea], Colombia, [citado mayo 22, 2009], disponible en internet: <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII-parte2.htm>

registra en los países pobres donde es más difícil el acceso a servicios de atención y a las TRA.”³²

En México “dos de cada 10 parejas... tienen problemas de infertilidad, padecimiento que afecta al 17 por ciento de la población, informó el Centro de Investigaciones en Medicina Reproductiva (CIMER)... De la población con ese padecimiento, 40 por ciento corresponde a hombres, una cifra similar a mujeres y el restante 20 por ciento a la pareja en conjunto, preciso... - Además-, destacó que 90 por ciento de las mujeres que se someten a un tratamiento logran embarazarse.”³³ De ahí que muchas personas solteras y parejas estables, me refiero a las segundas como los dúos que cohabitan en: matrimonio, concubinato o uniones de personas del mismo sexo; se sometan a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), para lograr con ello la procreación de un descendiente de sangre.

“En las sociedades occidentales antiguas, la maternidad era el punto culminante de la vida de una mujer, del mismo modo que en los casos de enfermedad, las mujeres recurrían a los santos para combatir su esterilidad: ‘La esterilidad de una pareja es una desgracia, a la cual en toda época se buscó remedio’ (CCNE - Comité Nacional de Ética de Francia-, Recomendación 18, 15 de diciembre de 1986).”³⁴

En la actualidad, algunos problemas de esterilidad e infertilidad femeninos y masculinos pueden ser resueltos mediante tratamientos farmacológicos o quirúrgicos.

3.1.2 Reproducción humana asistida

³² “Técnicas de reproducción asistida (TRA)” [en línea], México, [citado marzo 24, 2009], disponible en internet: http://www.eticacyt.gov.ar/reproducción_asistida.pdf

³³ NOTIMEX, op. cit., nota 20, web

³⁴ GUTHMANN, Yanina, *El discurso bioético y...*, nota 17, web

La reproducción humana asistida (en adelante RHA) ha sido definida por diversos autores, algunos de estos conceptos son:

La reproducción humana asistida “es el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito.”³⁵

La reproducción humana asistida es “el medio para poner en contacto dos elementos ontogénicos, la ‘fecundación’ será el resultado de ese contacto o la ‘unión o fusión de dichos elementos’.

“Una definición más sencilla, sería la de Vlaniming-Bender quien la define como ‘el modo de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural’.”³⁶

“La reproducción humana asistida es la creación de un ser humano, que se obtiene mediante la participación de terceras personas y empleo de técnicas permitidas legalmente...

“Haciendo uso de los recursos y medios tecnológicos que la ciencia ha aportado, con la única finalidad de generar, e inclusive, hasta manipular, la reproducción humana.”³⁷ Como lo son la “estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones - y embriones-, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.”³⁸

³⁵ GUTIERREZ y González, Ernesto, *Derecho sucesorio inter-vivos y mortis-causa*, México, Editorial Porrúa, 1995, p. 254

³⁶ MARTÍNEZ Calcerrada, Luis, *La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988)*, Madrid, España, 1989, p. 33

³⁷ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

³⁸ “Técnicas de reproducción humana asistida” [en línea], España, [citado marzo 1º, 2008], disponible en internet: http://www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/135_88.htm

Conjuntamente, “la procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga, cuando procede de un donante, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.”³⁹

En conclusión, la RHA es la creación de un ser humano por conducto de técnicas científicas en las ramas de biomedicina y biogenética, con la finalidad de generar e inclusive manipular la reproducción humana, la cual, puede ser homóloga (cuando la pareja estable y tradicional de hombre y mujer intervienen en el proceso biológico-científico), y heteróloga (cuando un tercero [hombre y/o mujer] interviene en el proceso biotecnológico.).

Las causas que originan la utilización de la reproducción humana asistida en los campos científicos de la biomedicina y biogenética, son la esterilidad e infertilidad masculina y femenina, que no pueden ser resueltos de manera farmacológica o quirúrgica.

En México, este acontecimiento quedó demostrado con el comunicado del Centro de Investigaciones en Medicina Reproductiva (en adelante CIMER) en el que “destacó que 90 por ciento de las mujeres que se someten a un tratamiento logran embarazarse, y las parejas que desean tener un hijo llegan a gastar hasta 300 mil pesos en promedio en los tratamientos. Actualmente México se encuentra a la vanguardia a nivel de Estados Unidos, Canadá, España, Francia, Inglaterra y Japón, aseguró el documento.”⁴⁰

3.1.2.1 Tipos o técnicas de reproducción asistida

Desde el “el último cuarto del siglo XX – la RHA ha desarrollado- diversos procedimientos en el campo más complejo y sofisticado de la biomedicina, en particular las TRA (Técnicas de Reproducción Asistida), casi un millón de niños

³⁹ ANSELMI Cabral, Graciela I., *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica* [en línea], Argentina, [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet: www.irestoscana.it/info/salud/reproducción_asistida/reproducciónasistida.php

⁴⁰ NOTIMEX, op. cit., nota 20, web

nacieron como resultado del uso de estas técnicas que en algunos países europeos involucra alrededor del cinco por ciento de los nacimientos.”⁴¹

“Los especialistas médicos clasifican la fertilización asistida como de baja, mediana y alta complejidad.”⁴² Las principales técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA) que se conocen y practican en las tecnologías de la biomedicina y biogenética hasta el momento son: 1. Inseminación artificial (IA), 2. Transferencia intratubárica de gametos (TIG), 3. Fecundación *in vitro* (FIV), y 4. Fecundación *in vitro* con transplante de embriones (FIVTE), son las dos últimas las de mayor complejidad porque requieren un laboratorio altamente especializado.

“Estos métodos tienen aplicación cuando la dificultad está en el encuentro o en la interacción entre las células germinales (ovocitos en la esposa; espermatozoides en el marido).”⁴³

Los médicos para lograr la interacción y unión de las células haploides, requieren hacer un análisis previo para conocer las condiciones de los gametos; para alcanzar este fin estilan las siguientes técnicas de recolección:

Para la recuperación de óvulos, la mujer es sometida a una estimulación ovárica: “que permite determinar con mayor precisión el momento de la ovulación, facilitar la organización del trabajo del equipo médico y de laboratorio y conseguir una súper-ovulación o maduración de varios óvulos simultáneamente, facilitando así la recogida y el éxito del procedimiento. - La recolección de ovocitos, es de dos modalidades:... Laparoscopia, es decir, mediante la introducción de un aparato óptico en la cavidad abdominal y la aspiración de ovocitos, se realiza mediante anestesia general, ocasionalmente local... Ecografía para la recuperación de los óvulos por vía vaginal (inserción de una aguja), procedimiento menos traumático.

⁴¹ GUTHMANN Yanina, op. cit., nota 17, web

⁴² LOYARTE Dolores *et al.*, **Procreación Humana Artificial...**, nota 18, p. 107

⁴³ ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

“Según informaciones científicas, como media, una mujer que se somete a estas técnicas genera entre 8 y 10 óvulos por ciclo menstrual: todos ellos se inseminan en el laboratorio con semen del marido. Lo que no quiere decir que todos ellos acaben fecundados, ya que la tasa de fracaso se acerca al 30 por 100. De los óvulos fecundados, tres o como máximo cuatro se transfieren a la mujer y el resto se congelan, por si fracasa el embarazo o a la vuelta de un tiempo decide tener un nuevo hijo sin tener que someterse nuevamente a las pesadas sesiones de estimulación ovárica por medio de hormonas.”⁴⁴

Por tal motivo, “se estimula hormonalmente la maduración de varios óvulos por ciclo a fin de aumentar las probabilidades de éxito en la aplicación de estas técnicas.”⁴⁵

En cuanto a la recolección de semen en hombres puede ser mediante masturbación o, en caso de imposibilidad para tener una erección normal; las principales técnicas son: eyaculación inducida por vibración, eyaculación inducida por estimulación eléctrica, y obtención de espermatozoides del testículo.

“a) Eyaculación inducida por vibración, este método consigue obtener muestras de semen incluso en pacientes con lesiones cervicales y torácicas, y consiste en la aplicación de una vibración continua a nivel de la base del glande, con objeto de enviar impulsos a través de los nervios que recogen la sensibilidad de esa zona del pene. Así, se consigue estimular el desarrollo de todo el proceso de eyaculación, con o sin erección.

“b) Eyaculación inducida por estimulación eléctrica (electroeyaculación). Consiste en la aplicación de una descarga eléctrica que busca estimular las fibras que circundan al aparato genital masculino, para lo cual se utiliza un aparato equipado con un electrodo en uno de sus extremos, el cual se introduce a través

⁴⁴ GAFO, Javier, *Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11...*, nota 9, pp. 163 y 164

⁴⁵ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 32, web

del recto para estimular la zona próxima a la próstata. Este método se lleva a cabo en el consultorio (algunos pacientes pueden requerir anestesia) y es útil para quienes no respondan a la técnica de vibración, sufran disfunción eréctil por diabetes, esclerosis múltiple (enfermedad en la que se daña la membrana que recubre a las fibras nerviosas que entran y salen del cerebro) y/u otros desórdenes neurológicos; 80% de los pacientes con lesiones en la médula espinal logran obtener eyaculación.

“c) Obtención de espermatozoides del testículo Esta técnica de reproducción asistida se ha desarrollado para hombres que producen espermatozoides de mala calidad, o cuando hay ausencia total, si es que sufren algún trastorno testicular, esclerosis múltiple o disfunción eréctil por diabetes; es importante indicar que los espermatozoides obtenidos por vibración o electroeyaculados pueden ser de mejor calidad.

“Los métodos disponibles en estos casos son: Aspiración de espermatozoides del epidídimo, Extracción de espermatozoides del testículo por biopsia, Aspiración atravesando la piel del epidídimo y, Aspiración con aguja fina de espermatozoides del epidídimo y del testículo.

- “Aspiración de espermatozoides del epidídimo (conducto en donde se almacenan los espermatozoides y terminan de madurar después de salir de los testículos) por microcirugía.
- “Extracción de espermatozoides del testículo por biopsia (muestra de un tejido sin necesidad de cirugía).
- “Aspiración atravesando la piel (percutánea) del epidídimo.
- “Aspiración con aguja fina de espermatozoides del epidídimo y del testículo.

“Para elegir la técnica de reproducción asistida, el médico toma una muestra de semen en la que se valorará concentración y movilidad espermática...

el uso de estos procedimientos, es de... una certeza del 75%, si no existe otro factor de infertilidad.”⁴⁶

3.1.2.1.1 Inseminación artificial

La inseminación artificial (en adelante IA) en un vocablo sencillo, se delimita como:

1. “la introducción de espermatozoides en la zona cervical de la mujer por método distinto de la unión sexual,”⁴⁷ 2. “la técnica de introducir el espermatozoide en la vagina de la hembra. Lográndose la fecundación dentro del vientre materno,”⁴⁸ 3. “el método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer.”⁴⁹

“Esta forma de reproducción asistida constituye un procedimiento a través del cual se introducen los gametos masculinos en el órgano genital femenino, sin recurrir a la relación sexual, con el fin de facilitar el encuentro del espermatozoide con el óvulo... termina con la sola implantación del componente genético, dejando que la fecundación se produzca al azar.”⁵⁰ Es decir, la IA se efectúa en el interior del cuerpo femenino, los pasos a seguir son:

“a) Es imprescindible antes de proceder a un estudio de la pareja para tratar de detectar las causas de la infertilidad - o esterilidad-.

“b) Para realizar la inseminación se necesita disponer del semen humano, fresco o congelado; no debemos olvidar que el procedimiento médico para obtenerlo ha de ser, de última instancia, la masturbación.

⁴⁶ “¿Embarazo sin semen?”, op. cit., nota 28, web

⁴⁷ “Inseminación artificial”, definición de la Ley Noruega sobre Procreación Artificial que obra en el trabajo de ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

⁴⁸ GUTIERREZ y González, Ernesto, op. cit., nota 35, p.255

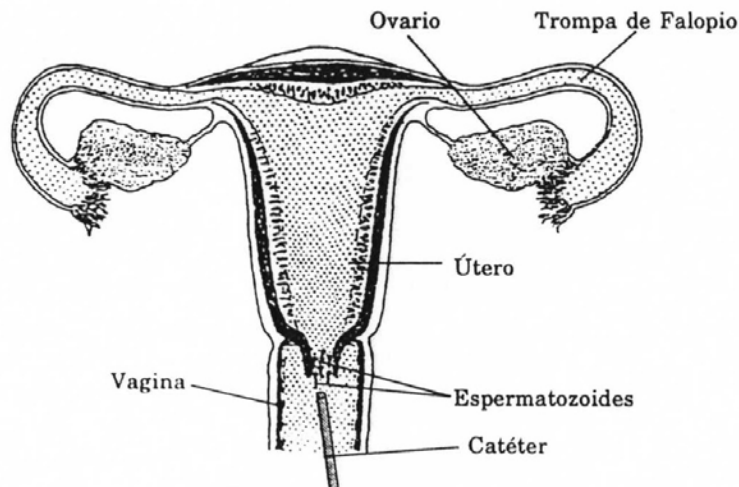
⁴⁹ “Inseminación artificial”, definición de Raoul Palmer citado en el trabajo de ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

⁵⁰ REYES Barriga, Fernando, *La reproducción humana asistida y el derecho* [en línea], México, [citado febrero 15, 2007], disponible en internet: http://www.themis.umich.mx/IUS/revista_jurídica

“c) Antes de introducir el semen en el cuerpo de la mujer ha de ser preparado en el laboratorio, una condición decisiva para el éxito es conocer el momento en que la ovulación está próxima a realizarse. La inseminación no precisa anestesia.”⁵¹

La IA, según el lugar del aparato reproductor femenino donde se introduzca el espermatozoide, se distingue en inseminación artificial: intravaginal, intracervical, intrauterina, e intraperitoneal.

a) “Inseminación artificial intravaginal, se inyecta el espermatozoide fresco en el fondo de la vagina, mediante una jeringa.”⁵²

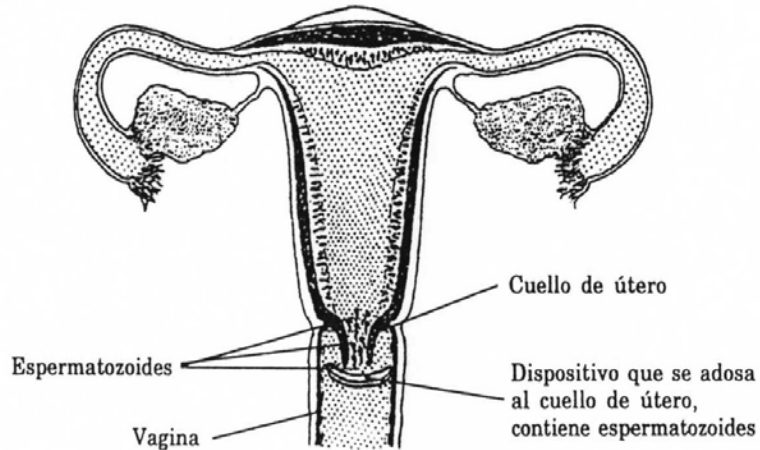


b) “Inseminación artificial intracervical, es en la cual se deposita el espermatozoide, en contacto con la secreción cervical; para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del espermatozoide se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir.”⁵³

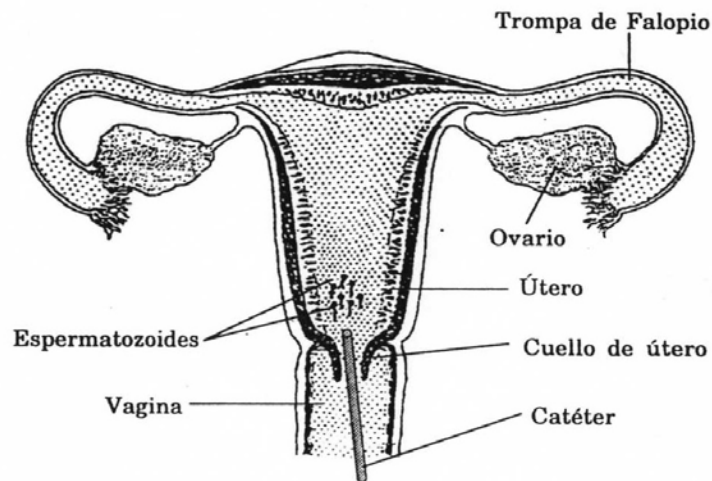
⁵¹ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

⁵² LOYARTE Dolores *et al.*, **Procreación Humana Artificial...**, nota 18, p. 109

⁵³ Ídem



c) "Inseminación artificial intrauterina, se recurre a ésta cuando existen diversas alteraciones del cuello de útero y de la secreción cervical. Entonces, hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del espermatozoides que no ha sido 'filtrado' por la secreción cervical."⁵⁴

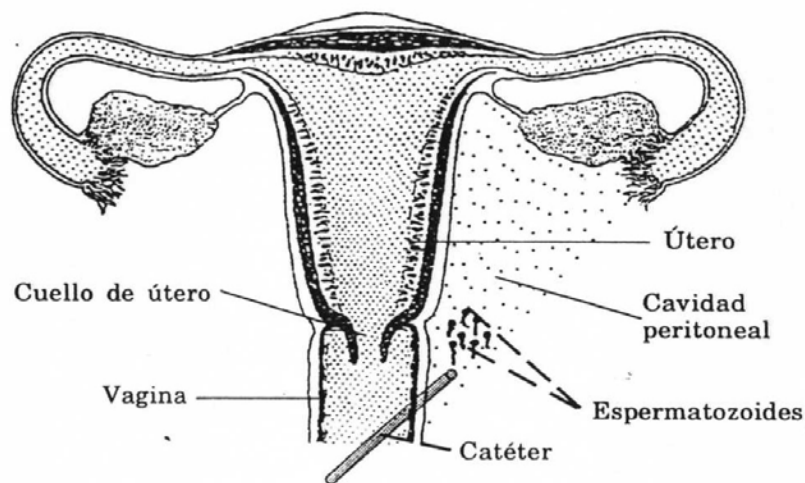


"En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparación del semen, que tiene por objeto la separación de espermatozoides del plasma

⁵⁴ Ibidem, pp. 109 y 110

seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles. Entre estas técnicas se hallan: el centrifugado; el lavado o '*sperm washing*'; filtrado; la técnica del '*swim up*' (en la cual los espermatozoides más veloces, en un medio especialmente preparado, 'nadan hacia arriba' lográndose la separación de la fracción de espermatozoides más móviles y aptos en la muestra de semen a utilizar). Las metas perseguidas con estas técnicas son obtener mayor concentración de espermatozoides móviles en el semen que se va a inocular y, en consecuencia, disminuir la cantidad de plasma seminal que contiene elementos que pueden restringir la posibilidad de fecundación.

d) "Inseminación artificial intraperitoneal, la técnica consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal, mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación."⁵⁵



3.1.2.1.2 Transferencia intratubárica de gametos

Transferencia intratubárica de gametos (en adelante TIG) o transferencia tubaria de gametas (en adelante GIFT). "Fue creada y desarrollada por el médico

⁵⁵ Ibidem, p. 110

argentino Roberto Asch y consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de falopio.”⁵⁶

Por su parte, la técnica GIFT “favorece esta unión ‘in vivo’, en las trompas de falopio de la paciente, (luego de la obtención de los ovocitos... y de una preparación especial de los espermatozoides...)

“Este procedimiento se divide en recuperación de ovocitos y transferencia tubaria de gametas, en la primera etapa, los folículos son aspirados mediante una aguja y se examina el fluido para detectar la presencia de óvulos y clasificarlos según su apariencia, y el... - hombre- debe entregar la muestra de semen en el laboratorio un par de horas antes de que se inicie la recuperación de ovocitos.

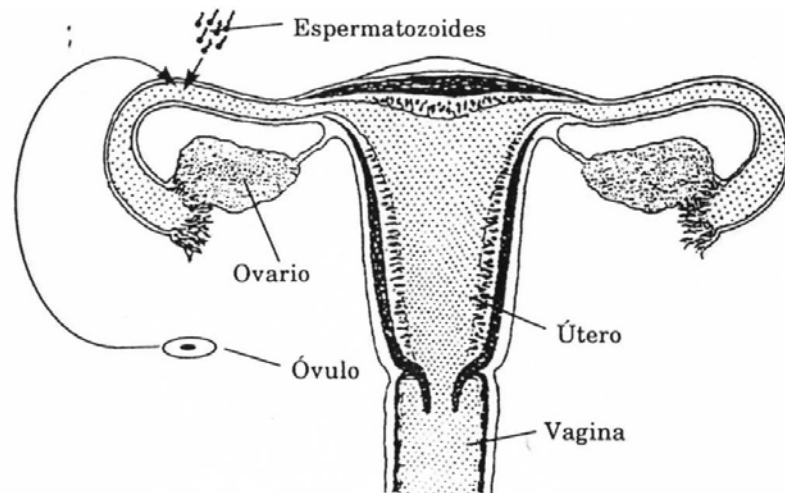
“Completada esta fase, se procede a la transferencia tubaria de las gametas. Para esto, un número de óvulos normales es mezclado con espermatozoides del... Dicha mezcla es aspirada en un catéter y este se introduce en el tercio externo de la trompa de falopio, donde se inyectan las gametas.”⁵⁷

“Se transfieren hasta cuatro óvulos (aspirados antes por catéter) con esperma, todos en la misma trompa o dos en cada una de ellas. Como la fecundación se produce en las trompas no hay necesidad de recurrir a la criopreservación. Es mas barato y no hay laparoscopia. Es más natural que la FIV, pero no pueden conocerse anomalías ni sexo.”⁵⁸

⁵⁶ Ibidem, p. 127

⁵⁷ ANSELMÍ Cabral, Graciela I., *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*, nota 39, web

⁵⁸ LAZZARI Alejandro, *Ética de la Reproducción Asistida*, nota 3, web



3.1.2.1.3 Fecundación extracorpórea o *in vitro*

La fecundación extracorpórea o extrauterina (FE) mejor conocida como fecundación *in vitro* (FIV), es definida como la “fertilización de los óvulos fuera del cuerpo de la mujer;”⁵⁹ o de acuerdo con la CAHGE (*Committee of Experts on Genetic Engineering*, traducción Comité de Expertos en Ingeniería Genética) es “la fusión del óvulo y el espermatozoide, realizada en un instrumento de cultivo.”⁶⁰ Su procedimiento consiste en los siguientes pasos:

- “a) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación, - o mediante una técnica de recolección de semen-,
- “b) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado,
- “c) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperado que la fecundación *in-vitro* se produzca.”⁶¹

Dentro del campo de la fecundación extracorpórea existen técnicas especializadas en micromanipulación o microinyección de gametos, “se utiliza

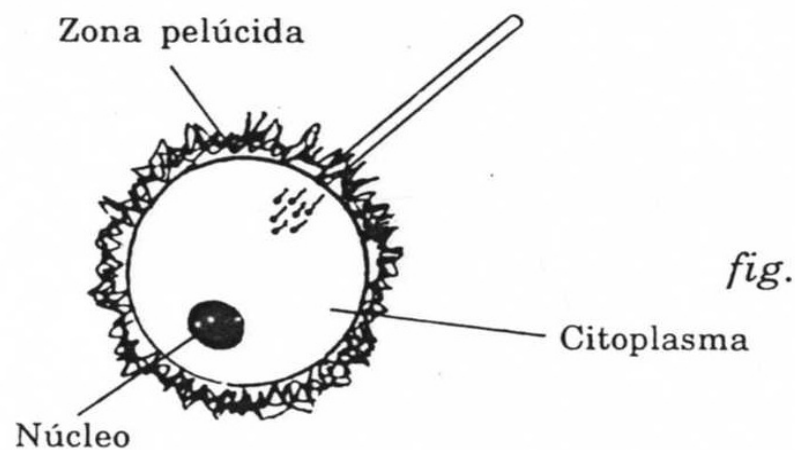
⁵⁹ “Fecundación extracorpórea”, definición de la Ley Noruega sobre Procreación Artificial que obra en el trabajo de ANSELMÍ Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

⁶⁰ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, , **La maternidad portadora...**, nota 24, p. 19

⁶¹ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

cuando el semen tiene características pobres que hacen pensar que no fertilizará *in-vitro*... todos los pasos son idénticos a aquellos del procedimiento FIV salvo por la fertilización de los óvulos *in-vitro*.”⁶² Sus variantes son:

“a) Inseminación subzona pelúcida (SUZI o *Subzonal insemination*), que consiste en ‘inocular’ - por medio de una micropipeta- una cantidad determinada de espermatozoides seleccionados, justo bajo la zona pelúcida en el llamado espacio perivitelino. La experimentación en animales ha producido muy buenos resultados, en seres humanos la inyección de varios espermatozoides ha producido fecundaciones anormales en algunos casos. Ha sido perfeccionado en Bélgica.”⁶³



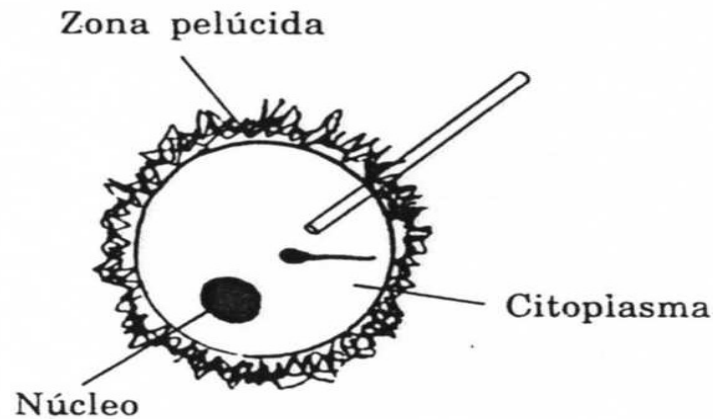
b) Inyección de espermatozoide dentro del ovocito o inyección intracitoplasmática del espermatozoide o inseminación intracitoplasmática (ICSI), “la técnica consiste en seleccionar un espermatozoide por cada óvulo utilizando unos micromanipuladores. Se realiza en los casos en que se sospecha que habrá dificultades para obtener fertilización (bajo número de espermatozoides, motilidad deficiente, mala morfología).”⁶⁴ En otras palabras, es “la inyección de un solo espermatozoide,... - insertado- directamente dentro del citoplasma del óvulo. La

⁶² ANSELMI Cabral, Graciela I., *Métodos de Reproducción Asistida y su Incidencia Jurídica*, nota 39, web

⁶³ LOYARTE Dolores *et al.*, *Procreación Humana Artificial...*, nota 18, p. 130

⁶⁴ ANSELMI Cabral, Graciela I., *op. cit.*, nota 39, web

aguja con la cual se lleva a cabo la inyección debe tener un diámetro de no más de seis micrones. Sin duda constituye el más importante avance en materia de técnicas de fecundación asistida.”⁶⁵



“El progreso de estas técnicas es constantes, por lo que en algunos países, como en los Estados Unidos y Australia - entre otros-, han logrado embarazos y nacimientos por este método.”⁶⁶

En este orden de ideas, “si la mujer presenta un problema de obstrucción irreparable en sus trompas de falopio, pero su índice de ovulación y capacidad para gestar es adecuado, clínicamente sería recomendable la fecundación extracorpórea,”⁶⁷ también se aconseja en caso de que los gametos masculinos padezcan motilidad deficiente o mala morfología, para aumentar las posibilidades de una fecundación.

Cabe agregar, cuando se observa un cigoto u óvulo fecundado, o preembrión, o embrión, en la placa de vidrio, se puede dar el caso de que las personas que solicitaron la técnica de reproducción asistida, requieran el

⁶⁵ LOYARTE Dolores *et al.*, op. cit., nota 18, p. 130

⁶⁶ Ídem

⁶⁷ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

congelamiento para la crioconservación o criopreservación del producto, hecho que da por terminado el procedimiento de fecundación *in vitro*.

Ante este hecho, nos encontramos en la presencia de las técnicas del frío, práctica que tiene dos vertientes: 1. congelación o crioconservación o criopreservación y, 2. descongelación. Pericias que son utilizadas en las TRA, para congelar semen, óvulo y embriones; es decir, gametos y embriones en cualquiera de sus fases biológicas, para ser guardados y utilizados con posterioridad.

La más antigua, sencilla y difundida es la congelación de semen, “los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas y mediante determinados cuidados se logra que soporten el choque térmico al ser congelados y posteriormente descongelados para la utilización, sin demasiados perjuicios.

“El semen debe disolverse en una solución especial crioprotectora (‘anticongelante’) compuesta por glicerol, fructosa, antibióticos y yema de huevo. Posteriormente dicho material reproductor es licuado en un término de quince a treinta minutos, a temperatura ambiente. Se observa microscópicamente una muestra para evaluar su movilidad, motilidad y morfología, para proceder luego a mezclarlo con la solución crioprotectora y se distribuye en tubos plásticos, conocidos como pajuelas, de aproximadamente 14 centímetros de largo por 2 milímetros de diámetro. Luego se los expone a vapores de nitrógeno durante diez minutos y se los sumerge en nitrógeno líquido a 196^o. Finalmente son almacenados en bombonas llenas de nitrógeno líquido, pudiendo conservarse así veinte años o más.

“Al momento de realizar la inseminación se hará una prueba para conocer el verdadero estado de los espermatozoides.”⁶⁸

⁶⁸ LOYARTE Dolores *et al.*, op. cit., nota 18, pp. 117 y 118

“El semen congelado posee buenas condiciones de fecundidad, aunque su calidad es algo inferior a la del semen fresco - porque sufre algunos daños-.

“La congelación de óvulos utilizables para la reproducción humana es la técnica más reciente de las tres. Marcha en cabeza por los australianos, hasta el momento es poco aplicada, pues gran parte de los óvulos congelados quedan dañados y por tanto inservibles para la reproducción humana... - por eso son pocos los- utilizados para la reproducción humana.”⁶⁹

Aunque los australianos llevan la “vanguardia” en esta técnica, la misma ha sido realizada en la ciudad de Guadalajara, en donde “nació un bebé producto de un óvulo congelado, es el primer embarazo que se logra a través de este método de fertilización en México y el segundo en América Latina.

“La técnica utilizada se llama ‘vitrificación’, que consiste en capturar óvulos y congelarlos para que en el momento deseado a través del método ‘ICSI’, se logre el embrión y posteriormente se implante en la mujer y se desarrolle.

“Luis Arturo Ruvalcaba Castellón, director del Instituto Mexicano de Infertilidad, explicó que esto permite ‘vitrificar esos óvulos, congelarlos, tenerlos en nitrógeno bajo 196 grados centígrados, con una congelación ultra rápida que es la vitrificación, donde esa congelación se haga a menos 23 mil grados centígrados por minuto y eso permite que las estructuras internas del óvulo no sufran cambios como anteriormente se sufrían con la congelación de fase lenta’.

“Cabe señalar que el bebé peso dos kilos 600 gramos y se encuentra en perfecto estado de salud, al igual que su madre, quien tiene 43 años de edad. En

⁶⁹ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

este caso el óvulo que se le implantó a la mujer, fue un óvulo donado... La edad hasta la cual una mujer podría tener un bebé con este método es a los 47 años.”⁷⁰

La técnica de “congelación de embriones es anterior a la de óvulos y reviste menor complejidad.”⁷¹

La técnica del “descongelamiento se realiza simplemente dejándolos fuera de la bombona a temperatura ambiente por unos breves momentos.”⁷²

3.1.2.1.4 Fecundación extracorpórea o *in vitro* con transplante de embriones

Fecundación extracorpórea o *in vitro* con transplante de embriones (FETE o FIVTE) también es conocida como transferencia tubaria de embriones (PROST).

La FIVTE es la recolección de gametos (óvulo y espermatozoides), mismos que son colocados en una placa de vidrio con el objeto de lograr su fertilización, y el cigoto, preembrión o embrión resultante será implantado en el útero de la mujer para su gestación.

Según el CAHGE, (*Committee of Experts on Genetic Engineering, traducción Comité de Expertos en Ingeniería Genética*), de modo más genérico, la define como “aquella técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero.”⁷³

El procedimiento de la fecundación extracorpórea con transplante de embriones, mejor conocida como fecundación *in vitro* con transplante de

⁷⁰ GARCÍA Galván, Marilú, “Nace en México primer bebé de óvulo congelado”, fuente: Noticieros Televisa [en línea], México, publicado el 17 de febrero de 2005 [citado mayo 30, 2008], disponible en internet: <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/investigaciones/426613.html>

⁷¹ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

⁷² LOYARTE Dolores *et al.*, op. cit., nota 18, p. 118

⁷³ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 19

embriones (FIVTE), comprende tres etapas: 1. recuperación de ovocitos, 2. inseminación, fertilización y cultivo de los embriones; y 3. transferencia de embriones.

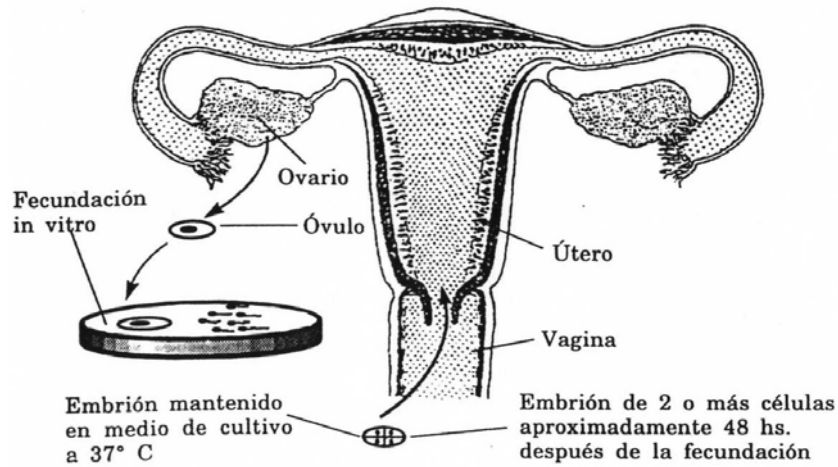
“1. La recuperación de ovocitos es realizada por medio de la aspiración de los folículos mediante una aguja introducida por vía vaginal bajo control ecográfico. Es en éste momento cuando se realiza una primera clasificación de los óvulos recogidos; los que pueden ser: maduros (los mejores para fertilizar); inmaduros (pueden llegar a fertilizar); post-maduros; atrésicos o tener la zona fracturada. Estos dos últimos no sirven para la fertilización.

“2. La inseminación, fertilización y cultivo de embriones - consiste en que los ovocitos obtenidos por la aspiración de los folículos son puestos en cultivo, donde se espera que completen su maduración. Esto se comprueba por la expulsión del segundo corpúsculo polar del ovocito. Cuando se ha logrado esta maduración se agregan al medio de cultivo los espermatozoides del esposo (inseminación), que han sido preparados con anterioridad a partir de una o más muestras de semen.

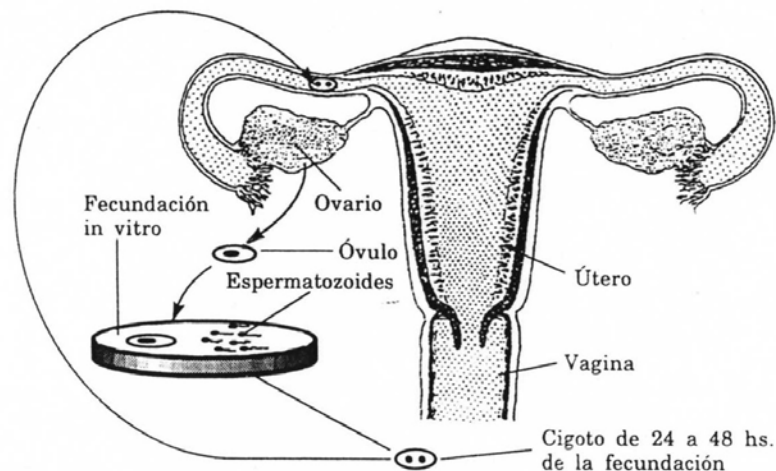
“A partir de las 14 horas de producida la inseminación se puede comenzar a constatar la existencia de fertilización, que se comprueba por la observación directa de una cabeza de espermatozoide dentro del ovocito. Los ovocitos fertilizados normalmente (por un solo espermatozoide) son cultivados durante 24-48 horas, período en el cual comienzan su división.

“3. Transferencia de embriones - empieza- cuando los embriones se han desarrollado normalmente, para transferirlos al útero materno. Este procedimiento se realiza entre las 24 y 72 horas después de la recuperación e inseminación de los óvulos.

“Los embriones son aspirados en una cánula de plástico, esta se pasa por el cuello del útero y se depositan los embriones en la cavidad uterina.”⁷⁴



El procedimiento de la transferencia tubaria de embriones (PROST), “combina algunos aspectos de los anteriores. Por una parte, se realiza la recuperación de los ovocitos y su inseminación, fertilización y cultivo de la misma manera que para el FIV. Los embriones se cultivan por 24 a 48 horas y son transferidos a las trompas de falopio.”⁷⁵



⁷⁴ ANSELMÍ Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

⁷⁵ Ídem

La FIVTE y el PROST mantienen el mismo procedimiento de fertilización *in-vitro*, con la diferencia de que la primera procura insertar los cigotos, preembriones o embriones en el útero, y la segunda en las trompas de falopio.

"Es probable que las técnicas FIV produzcan un exceso de óvulos que no serán utilizados para el tratamiento inmediato de la esterilidad, su uso debe determinarse con anticipación y de acuerdo con los donantes. Los óvulos en exceso pueden ser: a) destruidos, b) crioconservados, c) fecundados y crioconservados."⁷⁶ Estos casos también aplican al espermatozoides sobrantes, de igual manera requieren determinar la cantidad y el tiempo de crioconservación o criopreservación de los mismos, así como sus finalidades (si su uso posterior será para la misma mujer que lo solicitó, darlos en adopción, destrucción o experimentación e investigación).

Para demostrar lo anterior, expondré algunos casos verídicos, sobre la utilización de gametos, cigotos, preembriones, embriones y fetos.

1. "En julio de 1999, los diarios y revistas dieron la noticia de que, en la ciudad de Buenos Aires, había nacido un niño gracias a la «donación» de un embrión crioconservado desde hacía ocho años que sus padres biológicos habían concretado nueve meses antes (en realidad su madre biológica y su esposo, pues el embrión era el resultado de la inseminación del óvulo de la mujer con semen de un donante anónimo). El feliz desenlace ocurrió cuando otra pareja prefirió este embrión, a sugestión de los facultativos de la clínica especializada donde habían acudido en busca de cumplir el sueño de la paternidad y maternidad hasta entonces esquiva."⁷⁷

2. Nuestro país debe legislar y analizar a conciencia los estatutos nacionales e internacionales que integran nuestra normatividad interna, para

⁷⁶ *Ética médica*, op. cit., nota 31, web

⁷⁷ ZAMUDIO, Teodora, ***Ensayo: Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos, se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos*** [en línea], Argentina, [citado junio 25, 2008], disponible en internet: <http://www.biotech.bioetica.org/docta40.htm>

establecer los parámetros que nos permitan estar a la vanguardia en la experimentación de embriones, toda vez que nuestras instituciones científicas lo exigen, tal como lo demuestra la primera base de perfiles genéticos desarrollada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Alfonso Luna Vázquez, académico de la FES Zaragoza dijo que la primera base de perfiles genéticos “contiene rasgos genéticos de población abierta, obtenida de muestras de sangre, saliva o pelo,... Cuenta con 100 perfiles genéticos revisados por el FBI de EU y la Universidad de Granada, España, quienes determinaron que no hay errores y posee un ‘equilibrio estadístico’, informó.

“Científicos de la Facultad de Estudios Superiores (FES) Zaragoza de la UNAM desarrollaron la primera base de perfiles genéticos en nuestro país, con el fin de establecer la confiabilidad del método de identificación de cualquier conducta criminal de los mexicanos...

“El interés por crearla surgió a raíz de la necesidad de los procesos legales, pues es una herramienta para establecer una identidad con confiabilidad. Hoy, en el ámbito jurídico, se acepta como prueba, dijo... La meta es que cada entidad federativa tenga su respectiva base para conformar una colección nacional, de la cual saldría el perfil del mexicano en general...

“No obstante, alertó Alfonso Luna, se requiere un soporte jurídico. A diferencia de España, donde el proyecto Fénix permite tomar muestras biológicas de todos los recién nacidos para obtener su perfil genético y buscarlos e identificarlos en caso de extravío, en México ello no está permitido. Sólo se obtienen de forma voluntaria, cuando alguien se presenta ante las autoridades.

“Asimismo, es necesario que las propias autoridades judiciales adquieran el compromiso de conocer los beneficios de la genética forense. En EU, por ley, los

jueces asisten a los laboratorios a verificar esas técnicas y observar los resultados que generan para dar su veredicto. En México, en contraste, piden la presencia de los peritos y en las conclusiones de los dictámenes saber si 'es o no es el pariente biológico o el culpable', a pesar de que establecer esa identidad les corresponde a ellos."⁷⁸

3.1.2.1.5 ¿Futuras técnicas de reproducción asistida?

En la actualidad existen congresos científicos, para conocer las tendencias actuales de la investigación en diferentes áreas del conocimiento. Uno de los más importantes es la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESRHE por sus siglas en inglés), corporación que el pasado 04 de julio del 2007, "concluyó en Lyon, Francia, la reunión anual,... y en él se - expusieron- los avances de proyectos que en su gran mayoría aún no han sido publicados. Las novedades que asoman son múltiples, pero me voy a referir solamente a algunas que llevan a imaginar escenarios futuros de la reproducción humana.

"El profesor Takumi Takeuchi, de la Universidad Cornell de Nueva York, presentó un trabajo novedoso sobre la replicación del genoma (ácido desoxirribonucléico presente en el núcleo) de espermatozoides. Empleando un modelo experimental en ratones, inyectó un espermatozoide dentro de un óvulo previamente desprovisto de su núcleo. Al introducirse la división celular, se forma una masa de células primordiales, cada una de las cuales contiene solamente los cromosomas de la célula sexual inyectada. Con ello se logra la multiplicación, o clonación, de un solo genoma.

"Takeuchi, quien forma parte del grupo que encabeza el célebre científico Gianpiero D. Palermo, fusiono luego estas células con óvulos normales, obteniendo embriones que contienen los cromosomas de ambos progenitores, los

⁷⁸ LUNA Vázquez, Alfonso, "Desarrollan en la UNAM la primera base de perfiles genéticos en nuestro país", *Boletín UNAM-DGCS-018* [en línea], México, UNAM-Ciudad Universitaria, 2007 [citado enero 09, 2009], disponible en internet: <http://www.unam.mx/>

cuales, al ser implantados en el útero de hembras de la misma especie, dieron lugar al nacimiento de ratoncitos, lo que muestra que el genoma que fue replicado tiene capacidad funcional.

“Desde luego, se trata de avances de investigaciones que se encuentran en etapas muy primarias y su eficiencia es sumamente baja. La justificación de Takeuchi y su grupo es que eventualmente este procedimiento puede ayudar a enfrentar algunos tipos de infertilidad masculina, en lo que la cuenta de espermatozoides es muy baja y hay muy pocas células normales. Si en estos casos se seleccionara un solo espermatozoide normal, se tendría, mediante este procedimiento, una fuente inagotable de células masculinas con capacidad reproductiva.

“Estos congresos han dado lugar a trabajos sorprendentes. El año pasado, en la reunión de la ESRHE, Irina Kerkis y sus colegas de la clínica Roger Abdelmassih, en Sao Paulo, Brasil, obtuvieron células de embriones (llamadas troncales) de ratones machos. Sus resultados muestran que estos elementos crecen en medios de cultivo artificiales, formando cúmulos celulares a los que se denomina cuerpos embrioides (*embryoid bodies*) por su similitud con los embriones producto de la fecundación. Al cultivarlos en presencia de una sustancia, en este caso el ácido retinoico, pueden diferenciarse y dar lugar simultáneamente a células sexuales femeninas y masculinas.

“Los significados de esta observación son tremendos. Quiere decir que a partir de las células de un embrión macho pueden producirse tanto óvulos como espermatozoides (gametos). Se trataría de la expresión de una bisexualidad embrionaria que apunta hacia lo posible participación de un sujeto en el proceso reproductivo, aportando gametos de uno u otro tipo, lo que permitiría una amplia capacidad reproductiva (que en términos de nuestra especie puede situarse en el campo de la diversidad sexual), e incluso ser el fundamento de una especie de hermafroditismo.

“Desde luego que estamos a varias décadas de distancia para saber si estos estudios pueden tener algún significado o aplicación tangible en la reproducción humana. Se trata de resultados surgidos de la investigación animal que todavía deberán ser publicados y luego confirmados por otros autores. Pero los avances muestran la dirección en la que se desarrolla la curiosidad o interés de algunos grupos científicos en el mundo. No deberá sorprendernos en el futuro cercano enterarnos de nuevos avances en estas direcciones.

“Pensando en sus posibles significados para la reproducción humana...”⁷⁹

Posiblemente, los científicos Takumi Takeuchi, Irina Kerkis y Roger Abdelmassih, basaron sus teorías en el fenómeno de la partenogénesis, “palabra griega que quiere decir concepción virginal. Se trata de la reproducción sin fecundación por parte de la célula sexual masculina; lo que quiere decir que la cría cuenta sólo con un progenitor. Este fenómeno ocurre de manera espontánea en ciertas plantas inferiores y en ciertos animales.”⁸⁰ Con la excepción o firme intención de investigarlo en gametos masculinos.

En este fenómeno la zoología nos lleva la delantera, algunos ejemplos son los de “hace unos meses:... una hembra de dragón de Komodo en cautiverio pudo procrear sin haber tenido contacto con un macho de su especie. Esta vez el mismo fenómeno, conocido como partenogénesis, fue observado en un tiburón martillo. De acuerdo con investigadores que estudiaron el suceso, ocurrido en el zoológico Henry Doorly en la ciudad de Omaha, Estados Unidos, sólo los mamíferos son el grupo de vertebrados mayores en los que no se ha documentado esta forma de reproducción. Al principio se creyó que la hembra había tenido contacto sexual antes de haber sido capturada en las costas de Florida, y que el esperma que fertilizó a los huevos había sido almacenado

⁷⁹ FLORES Javier, “¿Futuro de la reproducción humana?”, *La Jornada*, México, Distrito Federal, año 23, núm. 8220, 10 de julio de 2007, p. 3ª de la sección de Ciencias

⁸⁰ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

durante sus tres años de cautiverio; sin embargo, al hacer un análisis del ADN de origen masculino. Se estima que las hembras de tiburón se reproducen de esta manera ante la escasez de machos, aunque esto produce una disminución en la variación genética de la especie.”⁸¹

Por último, “la revolución en materia de reproducción humana... se inició con la inseminación artificial y pretende culminar con la ectogénesis... - porque se considera- la posibilidad futura... del desarrollo completo de un ser humano fuera del cuerpo femenino, es decir, de un nacimiento *in vitro*.”⁸²

En consecuencia, debemos esperar los resultados que las nuevas investigaciones y experimentaciones proporcionen en este campo, porque puede ser muy posible la utilización de estas nuevas técnicas en la reproducción humana asistida, las cuales se enfrentan a importantes dilemas bioéticos y jurídicos, toda vez que algunas de estas técnicas son consideradas ilícitas en algunos países.

3.1.3 Finalidad de las técnicas de reproducción asistida

Las TRA tienen como propósito “el tratamiento y remedio de esterilidad - e infertilidad- humana, - sin embargo- no es la única finalidad de estas técnicas, aunque sí la más importante... también podrán utilizarse para prevenir y tratar enfermedades de origen genético o hereditario.”⁸³

Finalidad que se encuentra ligada a la manipulación genética, al ser que ésta nueva ciencia “traerá grandes beneficios, con nuevos tipos de seres vivos al

⁸¹ “Sin sexo”, fuente: *Queen’s University Belfast, Henry Doorly Zoo, Muy interesante*, México D.F., año XXIV, núm. 07, julio 2007, p. 12

⁸² HURTADO Oliver, Xavier, *El Derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, Problemas éticos, legales y religiosos*, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 93 y 102

⁸³ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, p. 122

servicio del hombre, y la terapia génica permitirá en el futuro luchar contra enfermedades y eliminar muchos sufrimientos de la humanidad.”⁸⁴

Por otra parte, las nuevas destrezas de reproducción humana conciben incertidumbres legales, relacionadas con la maternidad y paternidad de los infantes nacidos por estas prácticas.

En conclusión, el propósito de las TRA atiende a dos ámbitos: el científico en sus ramas de la biomedicina y biogenética, y el social que repercute en los aspectos moral y jurídico.

Los objetivos del ámbito tecnológico pretenden lograr progresos en la salud para beneficio de la humanidad, como lo serían:

- a) Solucionar problemas en las trompas de falopio, por lesión irreparable que impide el transporte de los gametos.
- b) Evitar enfermedades de transmisión sexual, como el sida y sífilis.
- c) Evitar enfermedades, como el virus del papiloma humano.
- d) “Selección de sexo, por motivos terapéuticos, cuando los padres sean portadores de alguna enfermedad que se herede distintamente según el sexo de los hijos. Existen unas trescientas enfermedades recesivas ligadas al cromosoma X que son transmitidas por las mujeres y sólo afectan a los hombres: hemofilia, la distrofia muscular de Duchenne, el retraso mental ligado al cromosoma X, el síndrome de Lesch-Nyham, el síndrome de Hunter, entre otras.

“El primer caso de diagnóstico preimplantacional con determinación de sexo se llevó a cabo en el Instituto Dexeus de Barcelona, el resultado fue el nacimiento de dos niñas gemelas sanas de una mujer portadora de hemofilia, en marzo de 1994; a partir de entonces se han realizado nueve casos más con un porcentaje de éxito del 40%, todos ellos en el Instituto Dexeus. Hoy por hoy el diagnóstico

⁸⁴ KUTHY Porter José, MARTÍNEZ González, Óscar y TARASCO, Michel Martha, *Temas actuales de bioética*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 177

preimplantatorio para determinación de sexo es la única alternativa para parejas con alto riesgo de transmisión de enfermedades ligadas al cromosoma X⁸⁵.

Cabe agregar, que muchos de los logros en el campo de la reproducción humana asistida se deben al descubrimiento del genoma humano, el cual “contiene la información necesaria para el desarrollo básico de un ser humano completo. - Además- se estima que aproximadamente 1,100 genes pueden tener mutaciones que dan lugar a enfermedades. En consecuencia, haber descifrado el genoma proporciona una valiosísima información para comprenderlas y llegar a prevenirlas y tratarlas.”⁸⁶

Aunque una de las principales finalidades de la TRA para los “científicos - es- hacer realidad la ectogénesis integral.”⁸⁷ Práctica que consiste en la “producción de un ser humano individual y autónomo, fuera del útero de una mujer, es decir, en laboratorio.”⁸⁸

La esfera jurídica y moral establece que es “necesario tener en consideración otros aspectos - más- importantes como llevar en el vientre al neonato, como lo son: la voluntad y el afecto.”⁸⁹

Es decir, la voluntad y el afecto de una pareja de practicar una TRA, se resume en el deseo de tener un hijo, acción que tiene mayor trascendencia en los ámbitos morales, sociales y jurídicos de los sujetos, toda vez que se deben establecer lazos de identidad entre el recién nacido y los individuos que se desempeñaran como padre y madre, con el objeto de integrarse y desarrollarse de manera normal en una familia.

⁸⁵ ALBERRUCHE Díaz-Flores, Mercedes, *La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?*, Madrid-España, Centro Universitario CRC, Ramón Caranda, Dykinson, 1998, pp. 134 y 135

⁸⁶ SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, “El Genoma Humano y la ética médica”, *Gaceta Seguridad Social*, México, IMSS, julio 2007, p. 9 de la sección de Salud

⁸⁷ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

⁸⁸ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, p. 218

⁸⁹ ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

En los ámbitos moral y social “una familia no es simplemente una madre o un padre que esperan descendencia... Es poder imponer normas éticas sobre el grupo familiar en el que se está desempeñando como padre - y madre. Porque ser padre es ser reconocido como padre por el hijo y por la madre del hijo. Ser o sentirse padre, hijo o hermano va más allá de los lazos de sangre.”⁹⁰ “Ser madre, al fin de cuentas, es el producto de una relación que se establece entre ellas y esa persona que pasará a cumplir el rol de hijo.”⁹¹

Aunado a ello, están los derechos y obligaciones jurídicos de patria potestad, guarda y custodia, alimentos y sucesiones, que se derivan del reconocimiento del hijo, “en los nacimientos con técnicas de reproducción hay una prehistoria específica. Varios intervienen pero hay dos que son los padres que deben hacerse cargo de su sostén y bienestar y son los que consintieron las técnicas de reproducción.”⁹²

En conclusión, los objetivos de las TRA en el ámbito social se sintetizan en el reconocimiento moral, social y jurídico que hacen los padres solicitantes de la TRA, en relación con el recién nacido, para otorgarle una identificación familiar, junto con los derechos y obligaciones inherentes a la misma.

3.1.4 Riesgos médicos de las técnicas de reproducción asistida

Como “los tratamientos basados en TRA tienen una efectividad restringida;... se estimula hormonalmente la maduración de varios óvulos por ciclo a fin de aumentar las probabilidades de éxito en la aplicación de estas técnicas.”⁹³

⁹⁰ ABRAHAM De Cúneo, Lidia, **La maternidad y la paternidad a la luz de las técnicas de fecundación asistida** [en línea], Argentina, [citado marzo 30, 2008], disponible en internet: http://www.sap.org.ar/staticfiles/archivos/2004/arch04_5/A5.394-396.Abraham.pdf

⁹¹ LLANOS Pozzi, María José, **La maternidad y las madres adoptivas** [en línea], EUA, *Latin American Studies Association*, [citado marzo 30, 2008], disponible en internet: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/LlanosPozziMariaJose.pdf>

⁹² ABRAHAM De Cúneo, Lidia, op. cit., nota 90, web

⁹³ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 32, web

No obstante, sus perspectivas aumentan y cumplen su objetivo, al grado que lo desbordan, tal como lo demuestra “el uso de drogas para inducir la ovulación o la transferencia simultánea de varios embriones, previa fertilización *in-vitro*, o la transferencia de gametos y cigotos en las trompas de falopio, que pueden conducir a embarazos múltiples –con nacimientos prematuros-. Es bien sabido que mientras mayor sea el número de fetos que se hallen en proceso de gestación, menor será la posibilidad de su supervivencia y más frecuentes las complicaciones maternas. Se trata, sin duda, de embarazos de altísimo riesgo. Teniendo en cuenta tal circunstancia, y aprovechando la visualización que brinda la ecografía, se ha venido practicando la llamada ‘embrio-reducción’, que por practicarse a ver después de la novena semana de la gestación también puede denominarse ‘reducción fetal’. Consiste en la introducción de una aguja dentro del saco amniótico, a través del cuello uterino o de la pared abdominal materna; escogido el embrión o el feto que va a ser sacrificado, se inyecta en el tórax cloruro de potasio para suprimir la actividad cardíaca. Lo usual es que el procedimiento se practique cuando hay más de tres embriones.”⁹⁴

“Los descubrimientos de la epigenética muestran una gran incidencia en malformaciones en bebés nacidos de las procreaciones asistidas: Síndrome de Beckith-Wiedemann y Síndrome de Angelman. Estos resultados y descubrimientos dan lugar a una polémica: ‘A pesar de la rareza de esas complicaciones, los errores epigenéticos pueden presentarse más frecuentemente de lo que se reconoce’. Estas malformaciones serían debidas a ausencia de control y de conocimientos sobre el líquido del cual se nutre el ovocito al ser extraído del útero. Además no se elabora ningún seguimiento médico ni se abre ningún legajo especial para los bebés que resultan de estas técnicas, lo cual no contribuye a desarrollar los estudios e investigaciones de seguimiento posteriores al nacimiento.”⁹⁵ Si bien es cierto que el genoma humano es el elemento biológico que “almacena toda la información de cada organismo y los cambios que sufrimos desde el momento de ser concebidos... no debemos olvidar que las personas

⁹⁴ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

⁹⁵ GUTHMANN, Yanina, *El Discurso Bioético...*, nota 17, web

somos producto de la interacción entre el genoma y el medio ambiente, y tan importante es el uno como el otro.”⁹⁶ De ahí la enorme importancia de los estudios de la epigenética.

Aunado a ello, existen algunas eventualidades específicas, como por ejemplo: “1. En la IA intrauterina pueden ser: las contracciones uterinas e infecciones bacteriológicas inducidas por el esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical; 2. En la FIVTE, gametos y productos sobrantes, embarazos múltiples que ponen en peligro la salud de la madre gestante y productos embrionarios y fetos; 3. En la TIG un embarazo extrauterino, así como desconocimiento de anomalías inherentes al sexo; y 4. En las técnicas en frío, puede existir: a) semen deficiente por el tiempo, b) óvulos que produzcan seres con anomalías y malformaciones, y c) gametos, cigotos, preembriones, embriones y fetos supernumerarios con desconocimiento de su destino (crioconservación, adopción, destrucción investigación y/o experimentación), incertidumbre que propicia el peligro de su mercantilización, - lo cual- genera conflictos y objeciones.”⁹⁷

Otros percances frecuentes en las TRHA, son: “los abortos, los embarazos extrauterinos, los embarazos múltiples, las cesáreas, las malformaciones congénitas y los índices de mortalidad perinatal... A eso debemos añadir los riesgos asociados a la estimulación ovárica (quistes ováricos, hipertrofia de ovarios),”⁹⁸ así como, “hemorragias o padecer el síndrome del ovario hiperestimulado,”⁹⁹ los cuales se asocian en algunos casos a cáncer de ovarios según estudios estadounidenses.

Del mismo modo, cuando se trata de donantes (hombre o mujer) o mujeres gestantes mayores de edad, porque conlleva a los peligros genéticos para el

⁹⁶ LÓPEZ Belman, Alfredo, “Entrevista: Al doctor en genética humana Gerardo Jiménez Sánchez, sobre el Desarrollo de la medicina genómica en México”, *Muy interesante*, México D.F., año XXI, núm. 8, agosto 2004, p. 46

⁹⁷ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 32, web

⁹⁸ ASSEMBLEA DE DONES D’ELX, *Mujeres y reproducción asistida*, nota 19, web

⁹⁹ “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, México, mayo 2007, p. 39

producto, como: Reducir las posibilidades de que la donación funcione, aumenta el factor de un aborto espontáneo, nacimientos prematuros, cesáreas y eleva las probabilidades de que el niño herede alguna condición genética (autismo, síndrome de Down o enanismo), ejemplo de ello son los casos ocurridos en Londres y en los EUA:

a) “Hombre de 72 años donará semen para la concepción de su ‘nieto’,... el hombre, del que se desconoce su nombre, está donando su semen porque los intentos de fertilización *in-vitro* a los que se sometió su nuera fracasaron debido a la mala calidad de los espermatozoides de... - su marido, quien- no tiene un hermano por lo que eligió a su propio padre para que lo ayude.

“Los especialistas dijeron que si bien no tenían problemas éticos con que el hombre donara su esperma, sí estaban preocupados por la salud del niño por venir. ‘Lo que me preocupa son los riesgos genéticos para el niño por la calidad del semen del donante, debido a su edad’ avanzada, dijo el doctor Alan Pacey.”¹⁰⁰

b) Otro dato a colación, “como el de Arlette Schweitzer, que ha traído al mundo dos bebés, convirtiéndose a la vez en madre y abuela, la mujer que primero lleva a cabo ambos papeles simultáneamente, al serle implantado un óvulo fecundado por su hija y yerno. La fotografía muestra a los padres y abuelos, de pie y sonrientes mirando a su hija y marido, que cada uno lleva un bebé en los brazos”¹⁰¹

c) “Más llamativo y reciente ha sido el caso de una mujer de cincuenta y tres años, postmenopáusica, que el 28 de noviembre de 1992 dio a luz un niño de 2,9 kilogramos de peso, que es su propio nieto, cuyo notable suceso ha ocurrido en la localidad de Buffalo (Nueva York). La feliz abuela-madre, se ha tenido que

¹⁰⁰ “Hombre de 72 años donará semen para la concepción de su nieto” [en línea], Londres, Yahoo México, 2007 [citado octubre 05, 2007], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/05102007/2/n-health-hombre-72-donar-semen-concep-ci-n-nieto.html>

¹⁰¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, p. 31

someter a cuatro implantes de óvulos de su nuera, de treinta y tres años, que fueron fertilizados en un laboratorio con espermatozoides de su hijo.

“Tres semanas antes de cumplir los nueve meses de gestación y mediante una cesárea, se ha logrado el nacimiento del niño en perfecto estado de salud...

“Geraldine Wesolowski tuvo que tomar hormonas para reanudar el ciclo menstrual, se ha convertido así en una de las pocas mujeres de edad madura, que ha conseguido en los Estados Unidos dar a luz un bebé.

“El director técnico de todo este proceso, William Cooper, destacó a los medios de comunicación que ‘todo lo que hace falta es un útero, sin importar su edad’.”¹⁰²

Quizá el mayor peligro de las técnicas de reproducción asistida, para algunos científicos, es el temor al desarrollo de prácticas como: ectogénesis, eugenesia, partenogénesis y clonación humana. Tal como lo demuestran los descubrimientos biotecnológicos de los genetistas Takumi Takeuchi, Irina Kerkis y Roger Abdelmassihde, expuestos en los congresos científicos de la ESRHE en el año 2007.

Por último, no forma parte de las TRA, pero si del crecimiento y desarrollo normal del ser humano, por ello no puede quedar excluido en el presente estudio, me refiero a la lactancia. Esto es cuando el bebé nace depende de su madre en todos los sentidos, en especial del factor alimenticio, al ser la leche materna el producto que le proporciona al recién nacido sus defensas biológicas para su salud futura, conjuntamente ayuda a la madre a evitarle mastitis, posibles cánceres de mamá y ovario, anemias y depresión post parto entre otras.

¹⁰² Ibidem, p. 32

Al caso en concreto, en las TRA como se mencionará en los siguientes capítulos, se exige que las madres gestantes asistidas entreguen al retoño en cuanto nace, con esa actitud se les niega a ambos (madre gestante y bebé) los beneficios que les proporciona la lactancia.

3.1.5 Casos en los que proceden y/o autorizan la utilización de técnicas de reproducción asistida

“La reproducción humana únicamente debe emplearse en casos de esterilidad - y/o infertilidad-. Siempre y cuando, la pareja haya agotado todos los medios terapéuticos, quedando acreditada la imposibilidad de fecundar por otros medios... - porque- debe ser únicamente para fines de procreación.”¹⁰³

Otras razones médicas para proceder o autorizar las TRA, son: “cuando un embarazo biológicamente posible pone en peligro la vida o salud de la madre y/o del niño,...”¹⁰⁴ o cuando se expresan referencias concretas al riesgo de un defecto genético grave para el niño.

También son posibles “en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica... cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.”¹⁰⁵

Una postura que todavía genera discrepancias es: cuando algunos de los consortes ha fallecido, en virtud de que “queda prohibida la fecundación *post-mortem*. Únicamente se autorizara la fecundación *post-mortem*, cuando exista escritura pública o disposición testamentaria del cuius, que así lo determine. En

¹⁰³ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

¹⁰⁴ Iniciativa de Ley propuesta por los diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, denominada: DECRETO por el que se expide la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y de Disposición de Material Genético Humano, y de reformas a los artículos 329 y 349 de la Ley General de Salud, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 1999 [citado enero 30, 2009], Boletín 0379, año II, núm. 253, disponible en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/1999/abr/19990427.html>

¹⁰⁵ Idem

todo caso, la vigencia de dicha autorización post-mortem, será de seis meses improrrogables y se tendrá efectos jurídicos de filiación.”¹⁰⁶

Además de los factores biológicos de esterilidad e infertilidad en el hombre y/o mujer, un requisito indispensable para la utilización de TRA, es que las personas que la solicitan sean casadas o se encuentren unidas en concubinato. De ahí, que las TRA se clasifiquen en: homóloga (TRAC) cuando la pareja estable y tradicional de hombre y mujer intervienen de manera directa en el proceso biotecnológico, y heteróloga (TRAD) cuando la pareja requiere la intromisión de un tercero (hombre y/o mujer) en el proceso biomédico y biogenético.

3.1.6 Sujetos y elementos biológicos de las técnicas de reproducción asistida

Algunas representaciones que se originan con el uso de las TRA son: “Primer supuesto, la pareja contrata con otra mujer para ser inseminada artificialmente con el espermatozoide del esposo de la mujer infértil, la que cedería al niño luego de nacido; es el caso de la ‘madre subrogada’. En el segundo caso se le extraería un óvulo que sería fertilizado *in-vitro* con el espermatozoide del esposo y luego se lo implantaría a otra mujer, que se subrogaría en la gestación de la primera; sería la ‘madre subrogada en la gestación’.”¹⁰⁷ No obstante, se puede dar el caso de que un “niño tenga cinco padres: la donadora del óvulo, el donatario del espermatozoide, la madre encinta, y la pareja que lo encargo.”¹⁰⁸

De lo anterior, deduzco en términos generales que los sujetos y elementos biológicos directos en las TRA, son: 1. Material genético individualizado (gametos masculino y femenino), 2. Material genético unido, en cualquiera de sus etapas cigoto, preembrión, embrión y/o feto, 3. Párvulo nacido de la TRA, 4. Mujer donadora de material genético, 5. Hombre donador de material genético, y 6. Mujer gestante, prestadora o alquiladora de útero.

¹⁰⁶ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

¹⁰⁷ ANSELMI Cabral, Graciela I., *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*, nota 39, web

¹⁰⁸ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

De los sujetos y elementos biológicos que interactúan en el procedimiento de las TRA, dependerá de la clase de reproducción asistida que se realice, es decir la técnica homologa o heteróloga, las cuales definirán los elementos y sujetos en específico que intervienen en la reproducción asistida, en virtud de que no todos participan al mismo tiempo.

Los sujetos que se inmiscuyen en las técnicas de reproducción asistida, deben reunir los siguientes requisitos: 1. Que las personas solicitantes (matrimonio, concubinos o parejas del mismo sexo) sean estériles y/o infértiles; 2. Que las parejas hayan agotado las posibilidades de tratamientos farmacológicos y quirúrgicos para poder someterse a estas destrezas; 3. Que los individuos sean mayores de edad; 4. Que los donantes y mujer gestante gocen de buena salud psicofísica, además deben someterse a exámenes exhaustivos de genitales y gametos; y 5. Los individuos deben tener un asesoramiento profesional sobre las consecuencias biomédicas, biogenéticas, psicológicas y jurídicas.

3.1.7 Antecedentes de la reproducción humana asistida

La reproducción humana asistida ha existido desde hace siglos, primero se investigó y aplicó en plantas, después en animales y finalmente en humanos. Aunque, no es un historial propio de la reproducción citada, fueron los primeros estudios biogenéticos relacionados con la procreación de los seres vivos, temas que fueron analizados y perfeccionados por otros científicos hasta crear el núcleo de la genética clásica y moderna; por tal motivo, su mención no puede quedar excluida de los historiales de la reproducción humana asistida.

Me refiero a las Leyes de Mendel, las cuales fueron realizadas por Gregor Mendel, en el siglo XIX, entre los años 1856 y 1863. Estas ordenanzas “son el conjunto de reglas primarias relacionadas con la transmisión genética de ascendientes y descendientes. Fueron derivadas de las investigaciones - de

cultivo de guisantes, sus conclusiones fueron:- a) Ley de la uniformidad de la primera generación filial o Primera Ley de Mendel. b) Ley de la segregación de caracteres independientes o Segunda Ley de Mendel o de la separación o disyunción de los alelos. c) Ley de la herencia independiente de caracteres o Tercera Ley de Mendel.

“a) La Primera Ley de Mendel, establece que los individuos que nacen en esta generación tienen uniformidad en su genotipo, porque manifiestan características intermedias de sus progenitores.

“b) La Segunda Ley de Mendel, establece que quienes nacen en esta generación pueden presentar tres tipos de genotipo, es decir uno se parece al padre, otro a la madre y el tercero es híbrido o intermedio. Es decir existe la manifestación de genes dominantes y recesivos.

“c) La Tercera Ley de Mendel, es la individualidad biológica, es decir características especiales de cada sujeto o de sus progenitores (ojos grandes, cabello rizado, alguna enfermedad, etc.).”¹⁰⁹

Estas leyes marcan las posturas clásicas y modernas de la genética, toda vez que dan pauta a las expresiones contemporáneas de gen dominante y recesivo, también conocidos como genotipo y fenotipo.

Como historia más específica de las TRA, tenemos las efectuadas en el campo animal.

“Autores estiman que, a mediados del siglo XIII, los pueblos árabes practicaban métodos artificiales de fecundación, con el propósito de mejorar genéticamente sus caballos.

¹⁰⁹ WIKIPEDIA, “Leyes de Mendel”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado noviembre 29, 2008], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Leyes_de_Mendel

“Otros más, consideran que fue hasta el año de 1870, cuando el biólogo y sacerdote italiano, Spallanzani, realizó exitosamente la fecundación de una perra con el producto obtenido de un sabueso, destruyendo así, la teoría de la ‘*aura seminalis*’, es decir que el simple esperma representa el principio de la vida, al evidenciar que era imposible producir gestación alguna sin el contacto directo entre los gérmenes femenino y masculino.”¹¹⁰

“La implantación de un embrión en otra hembra,... - fue precedido- de una gran experiencia en el campo veterinario. El primer trasplante de embriones realizados con éxito en animales domésticos se practico por Walter Heape en 1890 con conejos.”¹¹¹

“Un antecedente más revelador se registra en el año de 1930, cuando el zoólogo británico, Gregory Picus, ‘logró la activación artificial de un óvulo no fecundado con una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre’.”¹¹²

El conocimiento de transferencia de embriones en animales domésticos más grandes fue en 1949, por Warwich y Berry, quienes “tuvieron fortuna con dichas prácticas en ovejas y cabras y en 1951 lo consiguió Kvansnickii con cerdos y Willet y sus colaboradores con bovinos. Tales éxitos determinaron el establecimiento de diferentes empresas mercantiles dedicadas a la explotación económica del trasplante de embriones en animales domésticos en Australia, Argentina, Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos, etc.”¹¹³

“En los últimos años es manifiesto el desarrollo que han tenido las técnicas inseminatorias en el reino animal, al grado que, el 27 de febrero de 1997, el doctor Ian Wilmut, del Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, anunció el nacimiento de la

¹¹⁰ REYES Barriga, Fernando, *La reproducción humana asistida y el derecho*, nota 50, web

¹¹¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 24, p. 21

¹¹² REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

¹¹³ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 21

oveja Dolly; el primer mamífero de que se tiene noticia producto de una clonación.”¹¹⁴

Con el tiempo estas técnicas reproductivas se perfeccionaron, y dieron como consecuencia su aplicación en los seres humanos; los historiales de la reproducción humana asistida dependen de la aparición y progreso de las técnicas de reproducción asistida, las cuales tienen experiencias e investigaciones individualizadas.

En relación con la inseminación artificial (AI) tenemos que “Thouret fue el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal (IAC) sobre 1785, y catorce años más tarde”¹¹⁵ (1799), el médico escocés John Hunter realizó el “procedimiento inseminatorio, en la persona de la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV ‘El impotente’, auxiliado con una cánula de oro y esperma del monarca.”¹¹⁶ Acontecimiento que se convirtió en el primer caso de inseminación artificial conocido; pero fue “hasta 1834 - que nació- el primer niño por IAC corpórea. Es en 1866 cuando Pancoat - un ginecólogo inglés- utilizó la inseminación artificial corpórea con donante en seres humanos (IAD) - por primera vez-.”¹¹⁷ Seguido por Dickson (1899), quien “practicó en EEUU la primera inseminación artificial con semen de un donante. Después de la Segunda Guerra Mundial se empieza a extender esta práctica en el que se calcula se han realizado alrededor de un cuarto de millón de inseminaciones.”¹¹⁸

La técnica de fecundación *in vitro* con trasplante de embriones (FIVTE), comenzó a desarrollarse a mediados del siglo pasado, “en 1950 con aplicación en seres humanos en 1969,”¹¹⁹ se realizó, “en la Universidad de Bolonia, - por- el biólogo Danielle Petrucci, quien ‘logró el desarrollo de embriones *in vitro*, uno de

¹¹⁴ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

¹¹⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, p. 16

¹¹⁶ ZANNONI, Eduardo, **Inseminación artificial y fecundación extrauterina**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1978, p. 22

¹¹⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 16

¹¹⁸ BÁEZ, Carlos, **Bioética**, nota 7, web

¹¹⁹ Ídem

los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en un tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada’.”¹²⁰

“El primer caso de un nacimiento producto de una fecundación extracorpórea se registro en Inglaterra el 25 de julio de 1978. Ese día nació Louise Brown, concebida por fecundación *in vitro* y trasferencia del embrión al útero, técnica que fue practicada por Robert Edwards, biólogo, y Patrick Steptoe, ginecólogo.”¹²¹

Con posterioridad, “el 14 de enero de 1979, en Glasgow, escocia, nació el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery.”¹²²

Unidas a las TRA están las técnicas del frío para gametos y embriones, cuyas referencias históricas demuestran que “la más antigua,... es la congelación de semen, propuesta por Mantegazza en 1866, pero cuyas bases sólo se pusieron en 1949, cuando Polge y sus colaboradores demostraron la acción crioprotectora del glicerol sobre el esperma de diferentes mamíferos. En 1953 Bunge y Sherman lograron los primeros embarazos humanos con semen congelado; los - primeros-bancos de semen existen... desde 1978. – Del mismo modo-, el primer embarazo conocido usando un embrión congelado,... fue en Australia el 2 de mayo de 1983,... pero la experiencia no tuvo un final feliz. El 28 de marzo de 1984 nació el primer ser humano fruto de un embrión congelado, fue una niña y se le puso en nombre de Zoe (palabra griega que significa ‘vida’).

“La más reciente de las tres, – es la vitrificación (criopreservación de óvulos)-. Marcha en cabeza por los australianos, hasta el momento es poco aplicada,... gran parte de los óvulos congelados... sufren... daños y ... quedan... inservibles... de modo que - son- pocos los utilizados para la reproducción

¹²⁰ ZANNONI, Eduardo, op. cit., nota 116, p. 22

¹²¹ LOYARTE Dolores *et al.*, **Procreación humana artificial**, nota 18, p. 119

¹²² CHÁVEZ Asencio, Manuel F., **La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales**, México, Editorial Porrúa, 1987, p. 35

humana. A finales de 1985 se lograron en Australia los primeros embarazos a partir de óvulos humanos congelados.”¹²³

Desde entonces, “casi un millón de niños nacieron como resultado del uso de estas técnicas que en algunos países europeos involucra alrededor del cinco por ciento de los nacimientos.”¹²⁴ Ejemplo de ello son los siguientes casos.

“En 1980,... la viuda francesa Corynne Papalaix fue inseminada con el semen congelado de su difunto marido.”¹²⁵

“En 1984, nacieron en Barcelona, España, los primeros gemelos fecundados en laboratorio;

“En 1984, nace en California Doron Blake, primer niño procreado con semen de un donante premio Nobel; y, ¹²⁶

“En marzo de 1984 tuvo lugar en los Ángeles el primer nacimiento de un niño gracias a la donación de óvulo.”¹²⁷

“En 1986, nacieron en Argentina, Pablo y Elinana de la Ponte, primeros mellizos gestados *in vitro*.”¹²⁸

3.2 Definición de maternidad-paternidad

Consecuencia de la reproducción humana en cualquiera de sus dos supuestos: natural o asistida; son la maternidad y paternidad, porque tienen su origen en el campo biológico, en virtud de que existe una igualdad de circunstancias orgánicas

¹²³ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

¹²⁴ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 32, web

¹²⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op cit., nota 24, p. 17

¹²⁶ CATALDO, Fabián, “La fecundación ‘*in-vitro*’ en el mundo”, *La semana*, Buenos Aires, Argentina, año X, junio de 1987, p. 8

¹²⁷ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 7, web

¹²⁸ CATALDO, Fabián, op cit., nota 126, p. 8

en el campo de la procreación, suceso que las mantiene unidas e inseparables. Instituciones que en un concepto coloquial son consideradas como:

“Maternidad. (De materno). Estado o condición de madre. // Establecimiento hospitalario en donde se efectúan los partos. // Representación artística de una madre con su hijo,...”¹²⁹

“Paternidad. (Del lat. paternitas, -ātis). // 1. f. Cualidad de padre.”¹³⁰

En el ámbito jurídico, son consideradas como el reconocimiento (voluntario o forzoso) dentro o fuera del matrimonio o concubinato, que hace una mujer, hombre o ambos respecto de sus descendientes, con el objeto de otorgarle derechos y obligaciones.

En la esfera jurídica la maternidad y paternidad comprenden dos principios generales del derecho tradicionales, valores que han estado inherentes a ellos desde los romanos hasta nuestra época, como lo son:

En relación con la madre: “*Mater semper certa est y partus sequitur ventrem*” (la madre es siempre cierta y el parto sigue al vientre), principio que se reduce a las pruebas directas de gestación y parto, derivadas del fenómeno natural de concepción, gestación y parto que se desarrollan en el cuerpo femenino.

Aunado, a la prestación de maternidad que le otorga el Derecho del Trabajo consistente en “un permiso laboral retribuido del que pueden disfrutar las mujeres tras el parto o los trabajadores tras la adopción.”¹³¹

¹²⁹ GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón *Diccionario Larousse Usual, Diccionario Enciclopédico*, 5ª ed., México D.F., Ediciones Larousse, 1983, p. 466

¹³⁰ “Paternidad”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹³¹ “Maternidad”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

En relación con el padre: "*Pater is est, quem nuptiae demonstrant*" (Es padre él que demuestra las nupcias), valor que se simplifica a la presunción de que el hijo es del padre, siempre y cuando pertenezca a la mujer a la cual se encuentre unido en matrimonio o concubinato.

De la paternidad y maternidad surge el vínculo jurídico de la filiación, el cual es determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos, en la doctrina jurídica tradicional puede ser natural (matrimonial y extramatrimonial) o por adopción, toda vez que la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta o de adopción.

Este reconocimiento de filiación puede ser: a) voluntario, b) forzoso o judicial (por sentencia), y c) legal (por presunción en matrimonio y concubinato).

Por supuesto que las consecuencias jurídicas de las instituciones de maternidad y paternidad van más allá de la filiación biológica o civil; es el deseo de reconocer, cuidar y educar al infante en sus ámbitos emocionales y sociales para que alcance una madurez idónea, en términos más coloquiales es el anhelo de querer ser padre y/o madre.

3.2.1 Tipos de maternidad-paternidad

Los conceptos de maternidad y paternidad en la esfera jurídica tradicional, comprenden dos parentescos: consanguíneo y civil.

Sin embargo, desde los años 80's del siglo pasado, estas acepciones han sufrido alteraciones, debido a los factores científicos que se han desarrollado en la asistencia de la reproducción humana.

3.2.1.1 Maternidad-paternidad por parentesco biológico o consanguíneo

El concepto biológico o consanguíneo de maternidad y paternidad atiende al desarrollo natural de la reproducción humana, en una relación recíproca de identidad entre progenitores y ascendientes; noción que se haya robustecida con el artículo 293 del CCF, que cita: “el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.”

Esto es, la maternidad y paternidad biológica atiende al factor natural de la procreación, es decir a lazos de sangre, los cuales se originan por la intervención de dos células (óvulo y espermatozoide), elementos que por razones biológicas se producen en distintos órganos reproductivos, se complementan uno al otro al momento de la fecundación, cuya consecuencia habitual es un bebé, quien necesita de una madre y un padre respectivamente que le otorgue el apoyo emocional y social, ámbitos que a su vez repercuten en la esfera jurídica de los individuos.

3.2.1.2 Maternidad-paternidad por parentesco civil

El parentesco civil es el que se genera por la adopción, cuyo significado en términos triviales es la “acción de adoptar, verbo que proviene del latín *adoptare*. // Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”¹³²

“En términos generales puede plantearse la adopción como una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica.”¹³³

¹³² “Adopción”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹³³ BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, Edición revisada y actualizada por Rosalía Buenrostro Báez. De la obra de familia y sucesiones, de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, primera reimpresión: abril de 2006, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 252

“La adopción, en palabras de Marcel Planiol y George Ripert, es el ‘contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima’.”¹³⁴

“La adopción,... es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.”¹³⁵

De acuerdo con la legislación civil federal el parentesco civil es: “... el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado.” (Artículo 295)

“En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.” (Artículo 293 CCF)

Conforme a la ley y la doctrina existen “dos tipos de adopción: la simple y la plena, diferenciadas tanto por la mayor o menor amplitud del vínculo filial que se contrae como por los derechos, deberes y obligaciones que se derivan de ella entre adoptante y adoptado.”¹³⁶ Del mismo modo contemplan la adopción internacional, las cuales siempre serán plenas. (Art. 410-E CCF)

Aunque la diferencia primordial es que la adopción simple es revocable y la plena no.

El concepto civil pleno de maternidad y paternidad entre el adoptante (s) y adoptado, se equipará al parentesco consanguíneo con el objeto de otorgar entre

¹³⁴ PEREZNIETO Castro, Leonel y SILVA Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado, parte especial*, México, Editorial Oxford University Press, 2000, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 171

¹³⁵ CHÁVEZ Asencio, Manuel F., *La familia en el Derecho...*, nota 122, p. 189

¹³⁶ BAQUEIRO Rojas, Edgard, *et al.*, op. cit., nota 133, p. 252

los sujetos una simulación encarnada, que suministre entre los participantes una mayor emotividad afectiva y de identidad con la familia que lo acoge.

Los requisitos se clasifican en personales, inherentes a los sujetos, y formales al procedimiento judicial necesario para que la adopción se efectúe.

Para este acto jurídico, los sujetos deben reunir los siguientes requerimientos:

REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN

1. Quien puede adoptar.	Varones y mujeres que se encuentren solteros y casados, ya sean nacionales y/o extranjeros. (arts. 390, 391, 410-F CCF) El cónyuge puede adoptar al hijo de su consorte. (art. 410-A CCF)
2. Quienes pueden ser adoptados.	Cualquier persona menor de edad o incapacitada. (art. 390 CCF) El hijo del consorte. (art. 410-A CCF) Sólo pueden ser adoptados por una persona o matrimonio a la vez. (art. 392 CCF)
3. Edad mínima del adoptante.	Ser mayor de 25 años. (art. 390 CCF)
4. Capacidad del adoptado.	Ser menor de edad o incapacitado. (art. 390 CCF)
5. Diferencia mínima entre el adoptante y adoptado.	17 años. (art. 390 CCF)
6. Cualidades del adoptante.	Solvencia económica para la subsistencia, educación y cuidado del adoptado. (art. 390 fr. I CCF) Tener un comportamiento adecuado a las buenas costumbres. (art. 390 fr. III CCF)

Este acto solemne requiere el consentimiento del adoptado, el cual puede ser proporcionado por: la persona que ejerce la patria potestad en él, ministerio público, o cuando el adoptado es mayor de 12 años es él quien manifiesta su consentimiento. (art. 397 CCF)

Los requisitos formales “para la existencia legal de la adopción: aprobación judicial, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro civil.”¹³⁷

El procedimiento es por medio de una jurisdicción voluntaria ante Juzgado Familiar, cuando causa ejecutoria queda consumada, y se debe de remitir copia de la resolución al Juez del Registro Civil para que levante el acta correspondiente.

De acuerdo con la legislación civil federal, los derechos y obligaciones que genera la adopción son:

a) Crea una relación de parentesco entre adoptante (s) y adoptado, los familiares del adoptante (s) y adoptado.

b) Crea una filiación entre adoptante (s) y adoptado.

c) Otorga derechos de uso de nombre de la familia (apellidos), patria potestad, guarda y custodia, alimentos y derechos sucesorios.

d) Impedimentos de matrimonio entre el adoptante (s) y adoptado.

e) Derivado de lo anterior, se extingue la patria potestad en relación con los padres consanguíneos, quienes la podrán recuperar en caso de revocación, cuando se trate de una adopción simple.

En conclusión, la finalidad de la adopción consiste en el reconocimiento voluntario de afiliar a un menor o incapacitado para concederle derechos a llevar apellidos de su (s) adoptante (s), para proporcionarle una patria potestad, guarda y custodia adecuada a sus intereses, así como otorgarle derechos alimenticios y sucesorios; es decir la adopción debe ser benéfica para el adoptado, tal como lo establece el artículo 390 fracción II del CCF.

En el ámbito del Derecho Internacional, la adopción “es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y

¹³⁷ ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Ediciones de Derecho reunidas, 1984, Volumen IV: Familia, p. 411

tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.” (art. 410-E CCF.).

3.2.1.3 Maternidad-paternidad asistida

La maternidad-paternidad asistida (en adelante MPA) son consecuencia biológica y social inmediata de la reproducción humana asistida, la cual es un fenómeno científico, social y cultural que se ha venido desarrollando y perfeccionando desde la década de los años 80's del siglo pasado, desafortunadamente con una enorme deficiencia legal.

3.2.1.3.1 ¿Qué es la maternidad-paternidad asistida?

“Ante los problemas de infertilidad, que no pueden ser resueltos vía farmacológica, o bien quirúrgicamente, surge como una nueva alternativa el sustituir en otra mujer la función de gestar, y en casos extremos, el recurrir a la donación del óvulo y a la prestación de vientre, para concebir y gestar a través de otra.”¹³⁸ De igual manera se demanda el donativo de espermatozoides, cuando existe infertilidad o esterilidad por parte del hombre.

Estas modernas instituciones de MPA pueden ser homóloga o heterólogas, en atención al permiso y/o participación y/o solicitud de las personas que colaboraron en la TRA.

En conclusión la maternidad-paternidad asistida son las figuras biológicas y sociales que surgen de las TRAC o TRAD, con consecuencias jurídicas para padres e hijos que solicitan, someten y nacen respectivamente de esta nueva forma de reproducción humana.

¹³⁸ REYES Barriga, Fernando, *La reproducción humana asistida y el Derecho*, nota 50, web

3.2.1.3.2 Tipos de maternidad-paternidad asistida

Los retoños de las mujeres y hombres que solicitan, someten o participan en las técnicas de reproducción asistida producen una maternidad-paternidad asistida con tres tipos de parentesco: a) biológico, natural o consanguíneo, que a su vez se clasifica en plena o total, no plena o parcial, genética o gestante o biológica normal, b) civil, c) comitente y d) legal.

Instituciones que generan un enorme cuestionamiento al acostumbrado sistema familiar.

3.2.1.3.2.1 Maternidad-paternidad asistida biológica, natural o consanguínea

Valga la redundancia, la maternidad-paternidad asistida en su ámbito biológico, natural o consanguíneo es aquella que se desprende del parentesco consanguíneo o lazos de sangre.

En el ámbito biológico estricto de la paternidad asistida, siempre tendremos el supuesto de que el padre natural es el portador del material genético, es decir el hombre a quien pertenezca el espermatozoide, invariablemente será el padre consanguíneo de la criatura.

En cuanto al contorno biológico exacto de la maternidad asistida, tenemos que las TRA pueden propiciar maternidad sustituta “total o parcial, según sea el grado de participación de la mujer subrogada. En el primer caso, la persona contratada es inseminada aportando sus propios óvulos - contrato de maternidad-, en tanto que, en el segundo, solamente es gestadora del embrión, fecundado in vitro, que le ha sido trasplantado - simple contrato de incubación-.”¹³⁹

¹³⁹ Ídem

También son conocidas como maternidad asistida biológica no plena y plena, la primera tiene dos supuestos, una genética que es quien presta el óvulo y la madre sustituta, quien aporta la matriz y los nueve meses de gestación; la plena por su parte es la madre biológica tradicional, es decir la mujer que abarca los dos aspectos, porque de acuerdo con “el Catedrático de ética,... Hortal Alonso,... la maternidad biológica abarca la maternidad genética y la maternidad de gestación.”¹⁴⁰

Esto es posible a “las nuevas técnicas de reproducción asistida que permiten disociar a la madre genética con la madre gestacional,...”¹⁴¹

Situación que se “puede complicar aún más, cuando el óvulo es proporcionado por una ‘donante’ y no precisamente por la ‘madre formal’.”¹⁴²

3.2.1.3.2.1.1 Maternidad-paternidad asistida genética

“Genético, ca. (Del gr. γεννητικός). // 1. adj. Perteneiente o relativo a la genética. // 2. adj. Perteneiente o relativo a la génesis u origen de las cosas... // 4. f. Parte de la biología que trata de la herencia y de lo relacionado con ella.”¹⁴³ Los componentes esenciales que se relacionan con ella son:

“Gen. (De la raíz del lat. genus). 1. m. Biol. Secuencia de ADN que constituye la unidad funcional para la transmisión de los caracteres hereditarios.

“Código genético. 1. m. Biol. Clave de la información contenida en los genes que expresa la correspondencia universal entre la secuencia de los ácidos

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 24, p. 91

¹⁴¹ ANSELMÍ Cabral, Graciela I., *op. cit.*, nota 39, web

¹⁴² ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 2, web

¹⁴³ “Genética”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

nucleicos y la de las proteínas y constituye el fundamento de la transmisión de los caracteres hereditarios.”¹⁴⁴

Nociones que robustecen el juicio de “F. Pantaleón,... el elemento genético,... es sin duda el que define la identidad de la persona,...”¹⁴⁵

Debido a lo anterior, se define como padre genético “al marido de la mujer que encarga a la portadora la gestación del niño, puede ser el esposo de ésta o un donante anónimo.”¹⁴⁶

La madre genética es la mujer que contrata o solicita la gestación del niño, la mujer gestante, o una donante anónima.

La maternidad-paternidad asistida genética en términos específicos corresponde a la persona “que aporta los gametos para la fecundación.”¹⁴⁷ Es decir, los donantes del óvulo y espermatozoide puede ser los individuos que integran un matrimonio, concubinato, parejas del mismo sexo estables o un tercero caritativo.

Quienes, en caso de ser los padres comitentes acuden a la técnica de la ingeniería genética, ciencia que se define como “1. f. Tecnología de la manipulación y transferencia del ADN de unos organismos a otros, que posibilita la creación de nuevas especies, la corrección de defectos génicos y la fabricación de numerosos compuestos útiles.”¹⁴⁸

3.2.1.3.2.1.2 Maternidad asistida gestante

¹⁴⁴ “Genes”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁴⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 147

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 20

¹⁴⁷ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

¹⁴⁸ “Ingeniería genética”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

La palabra gestante proviene: “(Del ant. part. act. de gestar). // 1. adj. Que gesta. // 2. adj. embarazada.

“Gestar. (Del lat. gestāre, llevar). // 1. tr. Dicho de una hembra: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.”¹⁴⁹ Aunque no en todas las especies es así, la excepción es el caballo de mar, porque es el macho quien se embaraza y pare.

La maternidad asistida gestante en el ser humano, sólo puede ser desempeñada por el sexo femenino en atención a factores biológicos, por tal motivo en este tipo de MPA aludiré al desempeño de la mujer principalmente, en virtud de que los varones no tienen esta facultad.

Cuando “una mujer gesta y llega hasta el alumbramiento, con un embrión producido ‘*in vitro*’, con el óvulo y el espermatozoide de una pareja; la mujer que gesta entregará a la pareja el ser que dio a luz. Es el caso llamado ‘alquiler de útero’, ‘madre de alquiler’, ‘sustituta’, ‘subrogada’, ‘de acogimiento’;...”¹⁵⁰ por prestación de útero, matriz o vientre, por cuenta de otra, obstétrica, portadora, vientre de alquiler, o gestación entre otros; considero esta última connotación como la más adecuada.

Como se menciono con anterioridad, este tipo de maternidad asistida puede ser no plena o plena. La primera hipótesis se da cuando “el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, quien consciente el embarazo, y llegado el momento pare un hijo en beneficio de aquella... presupone que el embrión no es propio, es decir, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado su material genético para la procreación.”¹⁵¹

¹⁴⁹ “Gestación”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁵⁰ ZAVALA Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 277

¹⁵¹ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

El segundo supuesto se da, cuando “una pareja contrata con otra mujer para ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del... - hombre (unido en matrimonio o concubinato)- de la mujer infértil, - mujer que con posterioridad cedería al niño luego de nacido;...”¹⁵² Ante este apócrifo estamos en la presencia de una maternidad asistida biológica plena o total en materia de TRA, porque la mujer embarazada es donante genética y gestante.

No obstante, en un vocablo amplio de las técnicas de reproducción humana asistida, se entiende como madre asistida gestante (MAG), a “la mujer - que consciente la inoculación del embrión en su seno, lleva a cabo la gestación y tolera el parto...”¹⁵³ independientemente de la aportación genética que haya o no realizado. La cual para efectos técnicos debe ser considerada como: Mujer gestante subrogada (en adelante MGS) y no madre asistida gestante.

“El informe Warnock - refiere a la maternidad asistida gestante- como la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento.”¹⁵⁴

“- Esta- ‘gravidez subrogada’... puede hacerse por altruismo o por comercio,... mediante súplica o por contrato.”¹⁵⁵

De acuerdo con la empresa estadounidense *Fertility Alternatives Inc.*, entre los requisitos que exigen algunas leyes estatales “para la subrogación del útero,... son:

- “Tener entre 21 y 37 años de edad,
- “Contar con excelente estado de salud,
- “Pasar las pruebas psicológicas,

¹⁵² ANSELMÍ Cabral, Graciela I., *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*, nota 39, web

¹⁵³ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

¹⁵⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, pp. 19 y 20

¹⁵⁵ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

- “No fumar ni consumir drogas,
- “No atravesar por un divorcio,
- “Tener una familia estable,
- “No presentar antecedentes penales,
- “No tener tatuajes o perforaciones corporales,
- “Someterse a una rigurosa investigación,
- “Pasar pruebas médicas, examen pélvico, de sangre, etcétera,
- “Las mujeres en control de la natalidad que contienen las hormonas tendrán que seguir ciertos procedimientos, y
- “Someterse a procedimientos de fertilización.”¹⁵⁶

“Se prevé la eliminación como candidatas a madres portadoras a las que no hubieran tenido un niño con anterioridad...”¹⁵⁷ Considero que este requisito contraviene el factor de los exámenes médicos y psicológicos, en atención a ellos no se deben de excluir a las mujeres que nunca han estado embarazadas, de lo contrario, para que someterlas a estudios tan sofisticados y vanguardistas.

3.2.1.3.2.2 Maternidad-paternidad asistida civil

“Puede suceder que muchas mujeres que no pueden concebir recurran a infinidad de estrategias para lograr ‘ser madres’: muchas mujeres desean hijos biológicos y al no poder lograrlo se someten a tratamientos de reproducción asistida hasta, en el mejor de los casos, logran su objetivo; otras, ante situaciones de fracaso en la reproducción asistida deciden elegir el camino de la adopción.”¹⁵⁸

En la actualidad, las TRA permiten crear un vínculo jurídico por parentesco civil con un gameto, cigoto, preembrión, embrión o feto en su etapa de crioconservación, esta propuesta no dista de ser una solución de lógica vulgar (por no docta): tanto los gametos como los embriones logrados a partir de ellos están -

¹⁵⁶ “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, nota 99, p. 39

¹⁵⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 46

¹⁵⁸ LLANOS Pozzi, María José, *La maternidad y madres adoptivas*, nota 91, web

indudablemente- destinados a ser ‘seres humanos’ vivos, ambulantes, independientes y autónomos, bien que en su estado actual (de gametos o embriones) sólo atisban a ser un proyecto o más bien una promesa de proyecto, en tal condición (dada por su futuro posible) debe serles aplicable las reglas de la adopción plena. Lo cual puede ser posible conforme a nuestra norma civil federal, positiva y vigente, que equipará a padre y madre consanguíneos, al hombre y mujer que realizan una adopción plena.

“Datos de una adopción de embrión crioconservado, es el ocurrido por una pareja argentina en julio de 1999, que afiliaron un huevo que había sido donado desde hacia ocho años por sus padres biológicos.”¹⁵⁹

“Esto se debe a que la técnica de crioconservación aumenta la disponibilidad de gametos y embriones para donación... - toda vez que- la técnica de fecundación *in-vitro* y el trasplante de embriones posibilita la donación de óvulos, semen y embriones, de manera que los donantes biológicos pueden no ser los padres de la criatura producto de este procedimiento.”¹⁶⁰

Del mismo modo puede suceder que “la madre subrogada o portadora... conviene, mediante contrato, que se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado o pareja de otra mujer, gestar y dar luz a dicha criatura. Una vez producido el alumbramiento, la madre suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico y concluye todos sus derechos en orden a la filiación sobre el nacido para que la esposa del donante del semen utilizado en la fecundación, le adopte.”¹⁶¹ Este nuevo evento simulado de adopción, también puede ser viable, tal como lo vislumbra la norma civil federal, positiva y vigente, que admite la adopción de los hijos de los consortes.

3.2.1.3.2.3 Maternidad-paternidad asistida comitente y/o legal

¹⁵⁹ Cfr. ZAMUDIO, Teodora, *Ensayo: Frente a los avances en la reproducción asistida...*, nota 77, web

¹⁶⁰ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

¹⁶¹ MARTÍNEZ-PÉREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 24, p. 20

Padre o “madre legal es aquella que las leyes reconocen como tal,”¹⁶² en virtud de que este reconocimiento proviene de una relación y presunción matrimonial y/o de concubinato.

No obstante, las instituciones de maternidad-paternidad asistida legal contemporáneas “encuentran su raíz propia específica en los procedimientos de fecundación asistida.”¹⁶³

Destrezas que producen como padres reglamentarios, al hombre o “mujer o pareja que toma la iniciativa y la decisión última y es la causa eficiente de dicho nacimiento.”¹⁶⁴

En virtud de que “en los nacimientos con técnicas de reproducción hay una prehistoria específica. Varios intervienen pero hay dos que son los padres que deben hacerse cargo de su sostén y bienestar y son los que consintieron las técnicas de reproducción.”¹⁶⁵ Porque “el fin de la inseminación artificial y de la fecundación *in-vitro*, es otorgar la paternidad-maternidad a las personas que han deseado un hijo para ellos y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese éste donante de espermatozoide, óvulo y/o vientre.”¹⁶⁶

La madre y/o padre asistido legal en términos de la reproducción humana asistida, también es conocida con los nombres de pareja solicitante, contratante o comitente, los considera como “aquella persona que solicita la donación del ovulo,”¹⁶⁷ espermatozoide o “la gestación de un ser humano en el útero de - otra-mujer,”¹⁶⁸ para que la pareja comitente pueda reconocer y obtener la filiación del futuro bebé como padres propios.

¹⁶² Ibidem, p. 91

¹⁶³ LAZZARI Alejandro, *Ética de la reproducción asistida...*, nota 3, web

¹⁶⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 149

¹⁶⁵ ABRAHAM De Cúneo, Lidia, op. cit., nota 90, web

¹⁶⁶ ANSELMÍ Cabral, Graciela I., *La maternidad y/o paternidad...*, nota 39, web

¹⁶⁷ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 50, web

¹⁶⁸ GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 9, p. 147

En términos más específicos “madre legal es aquella que ha tenido la voluntad, convicción certera y que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera.

“El padre sería el marido - o concubino- de la persona que se le haya atribuido la maternidad legal, mediando siempre el consentimiento expreso de ambas partes para el sometimiento de éstas técnicas.

“La razón que fundamenta estas ideas es que la mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera no tuvo ‘*affectio nasciturus*’, y en el supuesto (no improbable) que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido hacia los que serían los padres... - toda vez que se debe- tener en cuenta quién ha tenido la voluntad de que ese hijo naciera y quién en definitiva quiere asumir el rol materno”¹⁶⁹ y paterno.

Conductas que deben ser reafirmadas con el reconocimiento voluntario del bebé, por parte de los padres comitentes ante las autoridades del registro civil.

Por último, el doctrinario español “Hernández Ibáñez estima que debe ser estimada como madre - y padre- comitente, porque es la que ha deseado tener un hijo y la gestante ha renunciado a cualquier derecho sobre la criatura.”¹⁷⁰

Además, el concepto de “madre significa mucho más que matriz y... parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre.)”¹⁷¹ De ahí, la necesidad de diferenciar entre padres comitentes y padres legales.

¹⁶⁹ ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 39, web

¹⁷⁰ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 147

¹⁷¹ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

3.2.1.3.3 Supuestos que se generan en la maternidad-paternidad asistida en relación con los sujetos que intervienen

“De la fertilización de un óvulo en el laboratorio, puede suceder que el niño tenga cinco padres: la donadora del óvulo, el del esperma, la madre sustituta, y la pareja que lo encargo. La fotografía familiar será muy interesante.”¹⁷²

En este orden de ideas tenemos que los sujetos que intervienen directamente en el procedimiento de reproducción humana asistida son:

1. La pareja solicitante, es decir: matrimonios y concubinos, como excepción se encuentran en algunos países las uniones de hecho y personas solteras.

2. Donantes masculino y femenino de material genético (espermatozoide y óvulo), y de embriones crioconservados.

3. Mujer prestadora de útero, matriz o vientre, mejor conocida como madre gestante sustituta.

Las principales representaciones de maternidad-paternidad asistida que se originan por las técnicas de reproducción humana asistida en sus diversidades: homóloga y heteróloga; las cuales a su vez tienen variedades, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

¹⁷² ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

**SUPUESTOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD ASISTIDA
EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LAS TRA**

TIPO DE ESTERILIDAD	DONANTES		MUJER GESTANTE	PARENTESCO Y FILIACIÓN QUE SE GENERA
	ESPERMA	ÓVULO		
Pareja fértil con madre incapaz de gestar.	Padre	Madre	Sustituta	La pareja fértil tendrá la calidad de padres biológicos genéticos y comitentes, ésta destreza es la TRAC. La sustituta será madre biológica gestante. La pareja fértil puede adquirir la filiación mediante una adopción.
Pareja con padre fértil y madre estéril capaz de gestar.	Padre	Donante	Madre	La donante es madre biológica genética. Como la mujer es madre biológica gestante y legal, opera el principio tradicional de filiación, en consecuencia su marido o concubino por presunción es el padre legal.
Pareja con padre fértil y madre estéril incapaz de gestar.	Padre	Donante	Sustituta	El hombre será el padre biológico, legal y comitente. En relación con las mujeres que participan: la donante es madre biológica genética, la sustituta es madre biológica gestante, sin embargo se puede dar el caso de que la gestante reúna la calidad de madre biológica plena. La mujer es madre comitente, puede adquirir la filiación legal con el menor, mediante una adopción.
Pareja con padre estéril y madre fértil capaz de gestar.	Donante	Madre	Madre	El donante es padre biológico. La mujer es madre biológica plena, en consecuencia su marido o concubino por presunción es el padre legal.
Pareja con padre estéril y madre fértil incapaz de gestar.	Donante	Madre	Sustituta	El donante y la mujer son padres biológicos genéticos, la sustituta madre biológica gestante. La pareja comitente puede adquirir la filiación con el menor, mediante una adopción.
Pareja estéril, con madre capaz de gestar.	Donante	Donante	Madre	Los donantes son padres biológicos genéticos. Como la mujer es madre biológica gestante, opera el principio tradicional de filiación, en consecuencia su marido o concubino por presunción es el padre legal.
Pareja estéril con madre incapaz de gestar.	Donante	Donante	Sustituta	Los donantes son padres biológicos. Se puede dar el caso de que la sustituta, sea la madre biológica plena. La pareja comitente puede adquirir la filiación legal con el menor, mediante una adopción.

Los apócrifos anteriores, pueden tener mayor dificultad, porque en la vida real “se dan muchos casos de donación de óvulos entre familiares, por ejemplo por parte de la hermana o de una amiga.”¹⁷³ Acontecimientos que son “todo un atentado contra el tabú del incesto”¹⁷⁴, cuando se trata de familiares. Sucesos que se pueden ver materializados en los siguientes ejemplos:

a) “En Italia, una niña ha nacido del vientre de la hermana de su padre, pero del óvulo de la esposa del padre:...”¹⁷⁵ es decir la cuñada de la MGS.

b) En Estados Unidos “la prensa ha registrado el caso de una mujer de 48 años que gestaba tres embriones producto del óvulo de una hija suya y el

¹⁷³ “Vientres en alquiler”, op. cit., nota 99, p. 40

¹⁷⁴ ASSEMBLEA DE DONES D’ELX, *Mujeres y reproducción asistida*, nota 19, web

¹⁷⁵ Ídem

esperma del esposo de esta, es decir, que iba a ser madre de útero y a la vez abuela de los neonatos.”¹⁷⁶

c) En Norteamérica “una mujer de cincuenta y tres años, postmenopaúsica,... dio a luz... - a- su propio nieto,... se ha tenido que someter a cuatro implantes de óvulos de su nuera,... - los cuales- fueron fertilizados en un laboratorio con esperma de su hijo.”¹⁷⁷

d) “Un británico de 72 años donará esperma a su nuera para la concepción de su propio nieto...”¹⁷⁸

Estos eventos se han plasmado en los medios de comunicación (televisión principalmente), para una mayor aceptación social y psicológica, algunos ejemplos son los planteados en los programas de los años noventa del siglo pasado y centuria actual:

a) La serie norteamericana de “*FRIENDS*” traducción “*AMIGOS*”, con transmisión mundial, planteó el caso de que el personaje de Phoebe a petición de su hermano, fuera la mujer gestante subrogada parcial de los embriones fertilizados *in vitro* de él y su mujer, personaje que pare trillizos.

b) En el programa de Ally Mc Bean, la personaje principal (Ally) en su juventud dona un óvulo que es implantado en una mujer casada que desempeña la figura materna gestante, comitente y legal; años después los padres comitentes y legales fallecen, y la hija biológica genética de Ally la busca, quién al descubrir que es madre biológica genética se hace responsable de la menor. (Serie norteamericana.).

¹⁷⁶ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

¹⁷⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, p. 32

¹⁷⁸ “Hombre de 72 años donará semen para la concepción de su nieto”, op. cit., nota 100, web

c) En la serie norteamericana de Grey's anatomy, del 2007, se plantea: A un matrimonio en donde ambos son infértiles y la mujer además es incapaz de gestar, contratan el servicio de maternidad plena y donación de semen en una agencia de fertilidad, cabe resaltar que el donante de esperma es muy amigo del marido.

Meses después de que la madre biológica plena contratada queda embarazada, el matrimonio se divorcia, y ambos divorciantes adquieren nuevas nupcias, es importante mencionar que el divorciante contrae nuevas nupcias con el donante de esperma.

Cuando se acerca el período de parto, la madre biológica plena confiesa que ante el temor de quedar embarazada y no tener relaciones sexuales, sufrió un ataque de nervios y tuvo relaciones sexuales por separado con tres hombres diferentes en el período de fertilización (su novio y la actual pareja homosexual). Conductas que violan el convenio pactado, entre las partes.

d) En una novela televisiva mexicana del 2007, se presentó el siguiente supuesto:

Un matrimonio multimillonario, habían acordado inseminación artificial homologa, porque el marido tenía problemas para el coito con ella. Meses después él le pide el divorcio y lógico tampoco desea la inseminación, ante este hecho la esposa acude al médico para realizarse la inseminación sin consentimiento del marido y queda embarazada.

Las hipótesis antes planteadas, demuestran que en ocasiones puede existir la buena voluntad si todos respetan lo pactado, en consecuencia existe un final feliz. De la misma forma se generan disputas legales cuando no se obedece el convenio pactado, mismas que deben ser resueltas por los juristas.

Aunado a las suposiciones antes planteadas, se pueden dar los eventos consecuentes:

1. Requerimiento de las personas solteras no estériles, que anhelan un hijo, pero no quieren someterse a una relación.

2. Solicitud de matrimonios y concubinos fértiles, que pretenden un hijo, pero no están dispuestos a sacrificar sus profesiones y su físico.

3. La petición de parejas de hecho (homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales, etc.), que deseen someterse a TRA para lograr un hijo en común.

Solicitud que ha quedado demostrada con el caso de Thomas Beatie, quien es “un transexual que habita en Oregon (Estados Unidos) está transitando su quinto mes de embarazo. Sí, aunque cueste creerlo, así es: si las cosas no se complican, en alrededor de cuatro meses se convertirá en el primer hombre en dar a luz a un bebé.

“... Thomas Beatie... relató su experiencia a la revista The Advocate,...: En realidad, Beatie nació mujer, pero decidió hacerse un cambio de sexo que consistió en quitarse los pechos y en ingerir hormonas masculinas (testosterona)... - pero- ...siguió conservando... - su- ... órgano reproductivo... - femenino-.

“En pareja hace 10 años con una mujer llamada Nancy, el futuro padre embarazado decidió en un momento dejar de tomar la testosterona para poder, justamente, quedar encinta... - porque- su pareja no puede tener hijos: una grave enfermedad hizo que se sometiera a una histerectomía hace años... la pareja debió recurrir a la inseminación artificial y a un banco de semen.

'El embarazo es una sensación increíble - resume Thomas-. Mi barriga crece día tras día, pero yo me siento hombre y cuando nazca mi hija, que está previsto para el mes de julio, yo ejerceré de padre y Nancy de madre'."¹⁷⁹

4. Otro supuesto es el de la publicidad en internet por parte de terceros intermediarios, como lo serían agencias de fertilización artificial dedicadas a la comercialización de gametos, embriones y gestación subrogada a nivel internacional, cuando se encuentra prohibida su retribución en la mayoría de los países.

En donde "el precio depende de la necesidad, de los atributos físicos e incluso de la inteligencia de la donante...

"- De la misma forma, existen mujeres que- ...subrogan su vientre para concebir un hijo. En este caso, el precio es más alto, pues implica nueve meses de gestación, además de que se corre el riesgo de que la 'madre de alquiler' decida quedarse con el bebé."¹⁸⁰

Los anteriores supuestos surgen ante el deseo de tener descendencia por parte del ser humano, quienes por su edad, estado de salud o cultura se ven imposibilitados para tenerlos de manera natural; por tal motivo, piden la cooperación de la tecnología y de terceros para obtener el hijo que tanto anhelan.

3.2.1.3.4 Precedentes sociales de la maternidad-paternidad asistida

La institución de la maternidad-paternidad asistida en cualquiera de sus tipos TRAC o TRAD, ha surgido con mayor auge desde los años ochenta del siglo pasado, debido al avance científico de nuestros días.

¹⁷⁹ "Un transexual será el primer hombre del mundo que dará a luz una hija" fuente: www.saludciencias.com.ar [en línea], 2008 [citado marzo 27, 2008], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/27032008/77/transexual-primer-hombre-mundo-luz-hija.html>

¹⁸⁰ "Vientres en alquiler", op. cit., nota 99, p. 39

Sin embargo, se pueden encontrar antecedentes relevantes con cierta equivalencia a estas nuevas representaciones. “En los primitivos pueblos patriarcales y poligámicos en los que resultaba imprescindible la existencia de hijos para la guerra, la defensa y el pastoreo y constituía un grave oprobio la esterilidad femenina, pueden encontrarse algunos ejemplos. Puede citarse el caso de Sara, que no podía dar hijos a su marido Abram (sic), pero tenía una sierva egipcia llamada Agar y dijo a su esposo: ‘ruegote que entres a mi sierva; quizás tendré hijos de ella. Y Sara, mujer de Abram (sic), tomó a Agar su sierva egipcia y dio la a su marido por mujer, el cual cohabitó con ella y concibió’. Parece ser que se ajustó el patriarca, al que más tarde el Señor cambiaría de nombre por el de Abraham, al Código Hammurabí, que regulaba toda su vida conyugal. Según dicha normativa, la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por mujer (&146) perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposos a su ama, ésta podía venderla (&147). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, podía el marido tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal (&145), pero si la esclava proporcionada por la mujer dio hijos al señor, no podía éste tomar concubina (&144).

“... la conducta de Sara hace decir a San Agustín: ‘*Exegit itaque etiam sic debitum de marito, utens iure suo in utero alieno*’, (Exigió así el débito conyugal, usando de su derecho en el útero ajeno).”¹⁸¹

Otro antecedente de la maternidad-paternidad asistida que los doctrinarios han omitido son las nodrizas e institutrices, niñeras o ayas.

La nodriza es “(Del lat. *nutrix*, -*īcis*). // 1. f. ama (mujer que cría una criatura ajena).”¹⁸² Es decir, es la mujer que alimenta con sus propios senos al bebé ajeno, cuando este se encuentra en su período de lactancia.

¹⁸¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, pp. 25 y 26

¹⁸² “Nodriza”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

La institutriz es “(Del fr. institutrice, maestra). // 1. f. Mujer encargada de la educación o instrucción de uno o varios niños en el hogar doméstico. –La aya por su parte es - (Del gót. *hagja*, guardia). // 1. m. y f. Persona encargada en las casas principales de custodiar niños o jóvenes y de cuidar de su crianza y educación.”¹⁸³ Ambas figuras se desempeñan en el hogar de una familia, asimismo son personas que por ventura, sólo la gente pudiente se permite el lujo de pagar.

Estas personas forman un historial cultural relevante en la maternidad-paternidad asistida, porque son una sustitución parcial o en algunos casos, total de los padres, toda vez que la lactancia, crianza y educación de los infantes se dejan al arbitrio de terceros, cuando son factores importantes en el desarrollo normal de los menores, además “la relación existente entre... - la nodriza, niñera e infante- ... es muy decisiva para la configuración de la personalidad del niño.”¹⁸⁴

Por último, las instituciones sociales de nodriza e institutriz, son imágenes que gozan de completa aceptación social y económica.

3.2.1.3.5 Naturaleza jurídica de la maternidad-paternidad asistida

Para los doctrinarios las instituciones de maternidad-paternidad asistida tienen diversidad de connotaciones y subdivisiones como lo son: asistida, sustituta, artificial, subrogada, suplencia, portadora, por cuenta de otro, de alquiler, genética, gestante, plena, no plena, parcial, total, civil, legal, solicitante, contratante o solicitante entre otras. Conceptos que en un término coloquial representan:

“Asistido, da. (Del part. de asistir). // 1. adj. Que se hace con ayuda de medios mecánicos. Fecundación, respiración, traducción asistida.

¹⁸³ “Niñera y/o institutriz”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

¹⁸⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 147

“Sustituto, ta. m y f. Persona que hace las veces de otra.

“Artificial. (Del latín. artificiālis). // 1. adj. Hecho por mano o arte del hombre. 2. adj. No natural, falso. 3. adj. Producido por el ingenio humano. 4. adj. ant. artificioso (disimulado, cauteloso). (vgr. Fecundación artificial, inseminación artificial.)”¹⁸⁵

Subrogar “es ‘sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra’.”¹⁸⁶

No obstante, estas nociones contienen semejanza de axioma, como lo sería el que la MPA se origina por técnicas vanguardistas de medicina y biogenética, así como por los servicios de una mujer suplente que gestará al bebé durante los nueve meses, y una vez nacido lo entregará a los padres que lo hayan encargado.

“Con referencia a la precisión terminológica de esta técnica..., podemos hacer las siguientes indicaciones:

“a) Entre los anglosajones se encuentra generalizado el empleo de surrogate mother, especialmente a partir del Informe Warnock.

“b) En Francia se utilizan indistintamente las expresiones ‘mère de substitution’, ‘mère de remplacement’ y ‘Pret d’uterus’.

“c) En Italia se emplea ‘affitto di utero’, si bien la expresión ‘locazione di utero’ ha sido utilizada por R. Lanzillo.

“d) En Alemania se designa con la palabra ‘Leihmutter’.

¹⁸⁵ “Sustituta”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁸⁶ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

“e) – En la doctrina legal española-, los términos empleados más frecuentemente son los de ‘maternidad subrogada’, ‘maternidad de alquiler’, ‘madres suplentes’, ‘madres portadoras’ y ‘madres gestantes’.”¹⁸⁷

f) “En Estados Unidos se ha definido la maternidad subrogada como ‘una aplicación novel de la técnica de inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil’.”¹⁸⁸

g) En México la maternidad-paternidad asistida se desprende de la institución jurídica de la subrogación, “término - que es- utilizado en el derecho de las obligaciones. Se dice que la subrogación real es cuando se sustituye bienes por otros bienes; mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas (especialmente del acreedor.)”¹⁸⁹

En una noción jurídica más específica, se debe entender a la maternidad-paternidad asistida como: “Una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos.”¹⁹⁰

Es la “pareja que contrata con otra mujer para ser inseminada artificialmente con el esperma del marido de la mujer infértil, quien cederá al niño luego de nacido; es el caso de la ‘madre subrogada’.”¹⁹¹

De acuerdo con la *Law Society* se define “como ‘el acto de engendrar deliberadamente a un niño... con la intención de que una pareja en la que se encuentra el padre o la madre genéticos del niño lo adopte posteriormente’.”¹⁹²

¹⁸⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, p. 22

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 20

¹⁸⁹ BEJARANO Sánchez, Manuel, **Derecho de las Obligaciones**, México, Editorial Harla, UNAM, 1999, Colección de Textos Universitarios, p. 429

¹⁹⁰ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, *op. cit.*, nota 24, p. 95

¹⁹¹ ANSELMI Cabral, Graciela I., *op. cit.*, nota 39, web

¹⁹² MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, *op. cit.*, nota 24, p. 66

En conclusión son los servicios biomédicos y biogenéticos que solicita una pareja (matrimonio o concubinos) a una institución médica hospitalaria especializada en la fecundación artificial homologa o heteróloga, igualmente la asistencia de una mujer gestante subrogada, para conseguir la filiación legal del párvulo nacido por técnicas de reproducción humana asistida.

En virtud de las definiciones antes referidas, así como de los hechos que intervienen en la maternidad-paternidad asistida, los sujetos y objeto de este contrato serían:

Los primeros se dividen en cuatro participantes: padres comitentes; donadores de gametos y embriones crioconservados; mujer gestante subrogada, y terceros intermediarios.

1) Padres comitentes: Son aquellas personas que solicitan la TRHA homologa o heteróloga, según sus circunstancias de esterilidad o infertilidad, con el objeto de adquirir la paternidad y/o maternidad legal con todas sus responsabilidades morales, sociales y jurídicas, respecto del embrión o bebé por nacer o nacido que imploraron.

De preferencia deben ser casados o concubinos, aunque en algunos lugares del mundo existen solicitudes de personas solteras y fértiles, especialmente de mujeres.

2) Donantes de gametos (masculino y femenino) y embriones crioconservados: Son aquellas personas que conceden material genético para la creación del nuevo ser humano, es decir confieren óvulo y/o espermatozoide respectivamente para una fecundación artificial; o en algunos casos son los sujetos o terceros que “dan o regalan” sus embriones crioconservados.

La noción de gametos y embriones atiende a la establecida en el artículo 314 en sus fracciones I y VIII, de la LGS Mexicana, que cita: "... se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;... VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;..."

Esta misma normatividad en su artículo 314, fracción VII, instituye que donador o donante es la persona "que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización...". Al mismo tiempo contempla que el consentimiento de donador pueda ser señalado a favor de que personas o instituciones se hace, así como expresar las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación y hasta ser revocada en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte. (Artículo 322 LGS.).

En materia de MPA es recomendable que los donantes de gametos y embriones, "no conozcan el nombre de los beneficiarios... ni éstos deben conocer el nombre del donante... La guarda de este anonimato descansa sobre los Centros contratantes con el donante... - quienes deben garantizar el anonimato-.

"- Aunque existen excepciones- (en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales), podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro, para conseguir el fin legal propuesto."¹⁹³ Pero la excepción más extraordinaria, es cuando los padres comitentes conocen a los donantes o madre gestante porque tienen parentesco o amistad con ellos.

Creo que la última excepción viola el principio de privacidad y clandestinidad del donante establecido en diversas normas, además tiene un poco

¹⁹³ GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 9, p. 132

de incesto clínico, es un acontecimiento que no se encuentra prohibido, ni regulado en ninguna legislación.

No obstante, “revelar la identidad del donante..., - no implica el-reconocimiento de la filiación.”¹⁹⁴

3) Mujer gestante subrogada: Es la dama soltera o casada que se contrata para la germinación del futuro ser humano, quien deberá entregar el párvulo en cuanto nazca a los padres comitentes también conocida como madre subrogada.

De acuerdo con la Ley Británica *Surrogacy Arrangements Act*, es “aquella mujer que da a luz un niño en cumplimiento de un contrato, con el propósito de entregar la criatura a otra u otras personas.”

“La figura de las madres subrogadas o sustitutas aparece cuando una mujer es infértil o produce óvulos pero no puede gestar; se recurre así al contrato de otra mujer que permita la gestación de un nuevo ser en su cuerpo.”¹⁹⁵

“El término ‘maternidad subrogada’, fue acuñado en 1981 por *Noel Keane*, un abogado de *Dearborn, Michigan*, que fue el primero en reclutar ‘mujeres criadoras’ para atender la solicitud de parejas infértiles...”¹⁹⁶

4) Terceros intermediarios pueden ser el médico, hospital, banco de esperma-óvulos y embriones crioconservados, agencias de fertilidad y publicidad: Son por lo general profesionistas que ponen sus conocimientos al servicio de los padres comitentes que soliciten ante ellos técnicas de reproducción asistida.

El objeto se subdivide en: gametos masculinos y/o femeninos y embrión crioconservado, párvulo nacido de las TRA, y subrogación de útero.

¹⁹⁴ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, **Tesina: Las deficientes reformas...**, nota 2, web

¹⁹⁵ ANSELMI Cabral, Graciela I., **Métodos de reproducción asistida**, nota 39, web

¹⁹⁶ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

1. Gametos masculinos-femeninos y embriones crioconservados. En términos jurídicos son definidos como una donación de “contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado.

“... Aunque generalmente se habla, al amparo de la propia dicción legal, de un ‘contrato de donación’, en realidad no es tal,... ‘La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta.’... La característica fundamental de la patrimonialidad de la donación (‘una persona dispone gratuitamente de una cosa’), del desplazamiento patrimonial con el empobrecimiento del donante y el simultáneo enriquecimiento del donatario.

“- Termino que no es- en modo alguno aplicable en la donación de gametos y embriones.”¹⁹⁷ Porque no se encuentran tipificados en la terminología jurídica de patrimonio, dicho de otra manera no son cosas.

Por su parte, los embriones son futuros seres humanos, la ley los tutela desde su concepción, puesto que en “el Derecho civil la personalidad jurídica comienza con la concepción, según refiere el artículo 22 del CCF, que señala: ‘La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.’

“- Por tal motivo, el jurista debe proteger su integridad y dignidad humana, conjuntamente se obliga a ampliar esta protección al embrión fecundado *in vitro*, para prevenir que se le considere- como una mera cosa. En este sentido, es lógico suponer que para el legislador del año de 1932, la fecundación natural, mediante el coito o cópula, era la única posibilidad de concebir a un nuevo ser. Sin embargo,

¹⁹⁷ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, p.129

la ciencia moderna en los ámbitos de la biomedicina y biogenética de la RHA, originan un replanteamiento al principio tradicional de la legitimidad de la concepción.”¹⁹⁸

2. Párvulo nacido de las TRA. Es el infante nacido por las destrezas de la RHA; a su vez fue solicitado por los padres comitentes en manera gratuita u onerosa a la mujer gestante subrogada, con intervención en muchas ocasiones de terceros, como lo serían: donadores de gametos y embriones, y agencias de fertilidad y publicidad.

3. Subrogación de útero. También conocida como alquiler de útero o matriz se da “cuando la gestación del feto, se realiza por una tercera persona (hembra) quien presta su matriz, derivado de un contrato.”¹⁹⁹

En consecuencia, el objeto en atención a las modalidades con que puede presentarse aportación genética (óvulos, esperma, preembriones o embriones) y gestación (alquiler de útero), pudiera aparecer como un contrato mixto de prestación de servicios y de cosa, es decir por su objeto el contrato de MPA se divide en dos modalidades: a) contrato de donación de gametos y embriones, y b) contrato de servicios de incubación en útero ajeno²⁰⁰ con entrega de la criatura, es la segunda la que genera mayores problemas en su aceptación moral, social y jurídica.

En forma más explícita, “la naturaleza jurídica del contrato de maternidad portadora o subrogada puede contemplarse desde una triple perspectiva: a) Como acto constitutivo, b) Como objeto de derechos disponibles, y c) Como relación jurídica derivada.

¹⁹⁸ LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida*, nota 3, web

¹⁹⁹ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

²⁰⁰ Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., et al., *La maternidad portadora...*, nota 24, p. 136

“En el primer sentido puede hablarse de un contrato de inseminación o inseminador en el que intervienen partes fisiológicas, como el embrión de la pareja y el útero de la mujer oferente, además de un pacto profesional referente a los facultativos intervinientes.

“Como objeto de derechos disponibles, se dispone aquí de una parte del cuerpo, de algo personalísimo y se pretende negociar con ello y, finalmente como relación jurídica derivada produce sus efectos, si el ordenamiento jurídico autoriza o simplemente no prohíbe tal actuación.”²⁰¹ Son estas consecuencias permitidas o no, las que determinan sus elementos de validez.

Independiente de los razonamientos jurídicos antes vertidos, existen raciocinios que consideran la negación y aceptación de la modalidad del contrato de gestación subrogada.

Los argumentos en contra de “los juristas que han tratado esta materia han manifestado de manera prácticamente unánime su rechazo a la gestación o maternidad subrogada. Cada autor plantea y realiza su estudio de acuerdo con los aspectos que elige, pero los argumentos doctrinales que suelen invocarse vienen a coincidir y pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

- “Se puede hablar de nulidad de contrato al carecer de objeto: el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres. En tal sentido, es correcto desde el punto de vista jurídico hablar de contrato nulo porque carece de objeto...
- “El hijo no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante: las personas están fuera del comercio.
- “Este contrato sería contrario a las leyes y al orden público.”²⁰²

²⁰¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, pp. 131 y 132

²⁰² GAFO, Javier, *op. cit.*, nota 9, pp.148 y 149

No obstante “la prohibición moral y jurídica de que los niños sean transmitidos como si fueran cosas, es lo que determina la ilicitud del objeto contractual y en consecuencia su nulidad, pero no su inexistencia.”²⁰³

Por su parte, las reflexiones positivas exteriorizan sin importar si son gratuitos u onerosos, lo subsecuente:

- La validez de estos contratos, radica en el hecho y acto en que las partes expresaron sus respectivas ofertas y plasmaron su acuerdo por escrito, en atención al principio general de derecho de la *Pacta Sunc Servando*: “Te obligas a lo que te comprometes.”
- La idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales del Derecho Privado, abarcando tanto a los de Derecho Patrimonial como a los de Derecho de Familia o de Sucesiones.
- El contrato de cesión de úteros es posible, como lo atestiguan los numerosos niños nacidos a través de este método.
- Los juristas hemos sido siempre un tanto escépticos, porque lo es el Código civil y los contratos nulos producen también efectos.²⁰⁴

En atención a estos razonamientos, es que se debe reconocerse su existencia y legalidad.

3.2.1.3.6 Derechos y obligaciones que se generan con la maternidad-paternidad asistida

Autónomamente del reconocimiento legislativo de la maternidad y paternidad asistida en sus modalidades de donación de gametos y embriones crioconservados, y gestación subrogada, con sus condicionantes de gratuidad y

²⁰³ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 24, p. 136

²⁰⁴ Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 24, pp. 130-133

oneroso, que los congresistas y jurisperitos se han negado a admitir como legal, este tipo de actos generan derechos y obligaciones, algunos de estos son:

1) Los niños nacidos por TRA tienen derecho a conocer sus orígenes, “así como la información general del donante, pero no su identidad. - Aunque en circunstancias extraordinarias, -se puede- revelar la identidad del donante. Este derecho, únicamente lo tienen los hijos.”²⁰⁵

2) Las personas receptoras de gametos y/o preembriones, así como mujeres gestantes, tienen derecho a que se les dé información general del donante, pero no su identidad.

3) Los sujetos que intervienen en las técnicas de reproducción asistida homóloga o heteróloga, tienen Derecho a una información de las consecuencias del orden biológico, jurídico, ético y/o económico que implica el acto, para efecto de que otorguen una aprobación instruida; son los padres comitentes quienes tienen esta obligación de otorgar su consentimiento por escrito para la utilización de la TRAC o TRAD, de manera primordial.

4) La mayoría de los doctrinarios considera que el Derecho más importante consiste en otorgarle una filiación legal plena al menor nacido de las TRA en relación con sus padres comitentes, por ser ellos las personas con mejor Derecho a otorgarles y reconocerles la maternidad y/o paternidad, y no a los donantes y/o mujer gestante subrogada (MGS) que les auxiliaron en la reproducción humana asistida.

Aunado al hecho de que “la ética ha insistido en el principio de responsabilidad, recordando al padre social del niño la seriedad de la acción emprendida para con su compañera y por ende, para con el niño mismo; el derecho ha innovado (o trata de innovar) en los tradicionales paradigmas de la

²⁰⁵ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, *Tesina: Las deficientes reformas...*, nota 2, web

filiación,... una nueva y vinculante figura de filiación legal...”²⁰⁶ planteada por la RHA.

En este orden de ideas, existe la obligación de filiación con los hijos, cuando se trate de parejas, matrimonios, concubinatos y parejas integradas por personas del mismo sexo; y personas solteras, aunque los dos últimos planteamientos no estén permitidos, se pueden exteriorizar.

a. En el caso de matrimonios y concubinatos: a) Por naturaleza genética, cuando se trata de una TRAC, b) Por consentimiento expreso y escrito de la pareja comitente en la utilización de la TRA, c) Por inscripción del acta de nacimiento con reconocimiento voluntario o forzoso de los padres comitentes, para obtener a su favor una paternidad y maternidad legal plena, d) Cuando la madre comitente sea la madre gestante, se adquiere filiación con el padre comitente por presunción, e) Cuando alguno o ambos de los consortes o concubinos hayan fallecido, existirá filiación si dejan reconocimiento escrito y expreso en documento público, como lo sería el testamento o la carta de autorización de consentimiento extendida ante el centro médico encargado de asistir la TRA, para que su cónyuge o concubino supérstite, y familiares reconozcan como integrante del linaje al recién nacido.

b. En parejas integradas por personas del mismo sexo: a) Por naturaleza genética, con el progenitor que haya aportado el gameto, b) Por inscripción del acta de nacimiento con reconocimiento voluntario del padre o madre comitente, para obtener a su favor una paternidad o maternidad legal plena, c) En el caso de las mujeres lesbianas o bisexuales, no existirá debate de la filiación cuando ellas sean la madre gestante, d) Cuando alguno o ambos integrantes de la pareja de hecho haya fallecido, existirá filiación, si dejó reconocimiento escrito y expreso en documento público, como lo sería el testamento o la carta de autorización de consentimiento extendida ante el centro médico encargado de asistir la TRA, para

²⁰⁶ D'AGOSTINO, Francesco, *La fecundación asistida y la figura paterna* [en línea], 2007 [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet. http://www.humanitas.cl/html/revista/hun04_1996.html

que su pareja supérstite (en carácter de tutor), o familiares reconozcan como tal al recién nacido.

La filiación anterior se establece en atención a que en nuestro país, no existen efectos jurídicos de filiación relacionados con las parejas de hecho, porque no se les reconoce el matrimonio o concubinato con efectos de procreación o adopción.

Sin embargo, la institución del parentesco civil les permite a las personas solteras adoptar sin ningún problema, y en el caso de las lesbianas o bisexuales simplemente se embarazan, o en algunas entidades de los EUA las agencias de fertilidad y publicidad realizan TRA a personas solteras, lesbianas, homosexuales y bisexuales en forma abierta.

c. En los casos de personas físicas solteras, ya sea mujer o varón la filiación concierne: a) Por naturaleza genética del padre fértil comitente, más no hacia la madre genética, gestante o biológica asistida plena, b) Por biología plena de la madre fértil comitente, más no hacia el padre genético, c) Por parentesco civil hacia el padre comitente infértil, más no hacia los padres genéticos, madre gestante o biológica asistida plena, d) Por parentesco civil hacia la madre comitente infértil o/e incapaz de concebir, más no hacia los padres genéticos, madre gestante o biológica asistida plena, e) Inscripción del acta de nacimiento con reconocimiento voluntario del padre o madre comitente, f) En caso de que el padre o madre comitente falleciera, existirá filiación, si dejó reconocimiento escrito y expreso en documento público, como lo sería el testamento o la carta de autorización de consentimiento extendida ante el centro médico encargado de asistir la TRA, para que sus familiares reconozcan como tal al recién nacido.

5) Otros derechos y obligaciones son los inherentes a los médicos, hospitales, agencias de publicidad, fertilidad y/o comercialización, respeto por el feto, etc. Ejemplos de ellos son:

a. En caso de un embarazo simple o múltiple, que no siempre se puede evitar; la MGS tiene Derecho al aborto, embrio-reducción o reducción fetal para proteger su salud, además para lograr el buen desarrollo de los embriones restantes.

b. El Derecho de los científicos en bien de la salud humana para realizar investigaciones debidamente autorizadas con los embriones crioconservados, así como a la protección de sus indagaciones por medio de las patentes.

c. El Derecho y respeto hacia los embriones crioconservados, para no ser comercializados, porque son seres humanos futuros en potencia y no meras cosas. Al igual que los gametos.

d. El Derecho inalienable de las personas competentes y responsables a tener hijos, aún cuando no tengan deficiencias de fertilidad.

e. La obligación de la MGS de alterar su modo de vida, para no incurrir en irresponsabilidad por alguna conducta derivada del medio ambiente que afecte al embrión y/o feto, para que el bebé nazca bien, aunado al Derecho recíproco de los padres comitentes de exigir estas conductas.

Lo anterior se debe a que “la capacidad genética de los individuos se puede ver afectada por el medio ambiente,”²⁰⁷ porque si bien es cierto que “las enfermedades humanas tienen su origen en el factor genético tal como lo demuestra la Tercera Ley de Mendel, también lo es que el principal factor que las desarrolla es el medio ambiente.”²⁰⁸

²⁰⁷ SALAMANCA Gómez, Fabio, “Medio ambiente y genética”, comentario realizado en: el Seminario de Ciencia, Tecnología y Derecho, impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., marzo 3, 2008.

²⁰⁸ JIMÉNEZ Sánchez, Gerardo, “Enfermedades y genética”, comentario realizado en: el Seminario de Ciencia, Tecnología y Derecho, impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., febrero 25, 2008.

En este orden de ideas, la eupenesia es la modificación que sufre un individuo en atención al medio ambiente que le rodea, circunstancias que se pueden dar en una maternidad asistida debido a los hábitos alimenticios o culturales entre otros que tenga la MGS; derivado de esta conducta su responsabilidad de seguir las instrucciones establecidas en las cláusulas por parte de los padres comitentes, así como el Derecho de los padres comitentes de exigirla para que su futuro hijo nazca saludable.

f. La obligación del médico y centro de fertilidad de tener un cuidado meticuloso de la MGS.

Por estas últimas razones, es que el derecho y obligación primordial en la MPA no debe ser limitado a una simple filiación hacia los padres comitentes en relación con el infante.

3.2.1.3.7 Problemas sociales y jurídicos que se generan por la maternidad-paternidad asistida

La carencia o incompleta regulación de la maternidad-paternidad asistida en las normas propicia una enorme problemática en los ámbitos sociales, psicológicos-morales y jurídicos principalmente, porque dejan a los individuos que intervienen en ellas en un perfecto estado de indefensión debido a los inapropiados medios de resolución. Algunas de las dificultades que se pueden presentar son las siguientes:

1) “El derecho a tener hijos es inalienable en las personas competentes y responsables, - sin embargo, los- reparos legales por la filiación del hijo y plantear la información que se le debe dar al hijo en el futuro...”²⁰⁹ son una complicación ética y psicológica para algunos, en virtud de que no se sabe el trauma posterior que se le pudiera desencadenar al menor, al saber que su padre y madre

²⁰⁹ LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida*, nota 3, web

genéticos fueron donantes anónimos, amigos o familiares al igual que su madre gestante, cuando pregunte por sus orígenes biológicos.

En especial, porque el hijo nacido de TRA homologa o heterólogas tiene derecho a conocer sus orígenes, para ello puede interponer un juicio de paternidad y/o maternidad, acciones que propician las siguientes incógnitas e inconvenientes: ¿Será posible que el hijo nacido de TRAD, pueda demandar a sus padres comitentes, médico, hospital y agencia de fertilización y publicitaria para conocer su verdadero origen? ¿Puede rehusar el reconocimiento legal de sus padres comitentes? o ¿Adquiere doble filiación? “¿Debe conocer el menor la forma en que fue concebido? ¿A qué edad? ¿Tiene derecho a conocer su identidad? ¿Cuándo?”²¹⁰

2) Una dificultad de índole social, es el planteado por “grupos feministas... - que opinan: que... la maternidad sustituta de gestación es degradante, porque parece... una pura función de fabricación y privada de toda esa carga afectiva;... dando como resultado la aparición de una nueva profesión de madres.

“- El criterio anterior es con base en la información de los Estados Unidos de América, que- han creado agencias que contratan mujeres para esos menesteres, llegándose al colmo de pensar en importa jóvenes de Oriente (Korea, Thailandia y Malasia), lo que significa internacionalizar el negocio. Las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o baja, que se encuentran en dificultades económicas. Hace diez años se les remuneraba con honorarios que llegaban fácilmente a los diez mil dólares, suma no despreciable, sin duda. Como vemos, este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo más, desfavorable moralmente, a la gestación substituta.”²¹¹

²¹⁰ Ídem

²¹¹ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

“Con mayor exageración, Rubellin-Devichi llega a comparar tal convención de maternidad de sustitución con los acuerdos de prostitución en que se alquila una parte del cuerpo, aunque aquí, entienden los expertos, que todo el organismo de la mujer se pone al servicio del embarazo.”²¹²

3) La negativa de acceso y utilización de técnicas de reproducción asistida a mujeres y hombres solteros fértiles; es decir que sólo las personas casadas o unidas en concubinato estériles y/o infértiles tienen derecho al uso de estas técnicas.

La sociedad cuestiona cuando se trata de futuros padres homosexuales y madres “lesbianas, sin pareja o menopáusicas, - quienes- para poder engendrar un hijo, deberán recurrir irremediamente a las técnicas de reproducción artificial; pero en estos casos la aplicación de estas técnicas no deberán considerarse terapéuticas de un trastorno de la salud reproductiva sino prótesis de pareja o prácticas cuasi cosméticas.”²¹³

Aunado, “la fecundación asistida heteróloga... más frecuente,... - es la que suple la esterilidad del miembro masculino de la pareja con la intervención de un donante de semen debilita desde un punto de vista psico-sociológico la figura paterna,... - en el- *status* mismo del hijo nacido de la fecundación asistida,.. Es por eso, que es prioritariamente en la perspectiva del interés del *nascituro* que muchos biotécnicos y muchas legislaciones positivas en esta materia reconocen como lícitas las prácticas de fecundación asistida, sólo con la condición de que sean llevadas a cabo por parejas casadas o por lo menos por parejas estables.”²¹⁴

Razonamientos que infringen los “derechos de la mujer - y del hombre- a fundar su propia familia - que se encuentran establecidos- en los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer,... - para que ambos

²¹² MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 24, p.135

²¹³ LAZZARI, Alejandro, **Ética de la reproducción asistida**, nota 3, web

²¹⁴ D'AGOSTINO, Francesco, **La fecundación asistida y la figura paterna**, nota 206, web

sexos puedan- procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsable.”²¹⁵

El antagonismo a este argumento, consiste en la posibilidad “de fecundación asistida a una mujer no casada. Que no tenga carácter terapéutico una práctica de fecundación asistida aplicada a una mujer no estéril que sin embargo, desee un hijo, - porque no quiere- someterse a una relación física con un hombre, es absolutamente evidente y esto es suficiente en opinión de muchos para excluir la legitimidad de una práctica de este tipo.”²¹⁶

Otro evidencia que se incorpora al hecho y Derecho de permitir el uso de las TRA a personas solteras es: Cuando reúnen los requisito legales para adoptar pueden hacerlo, entonces porque si pueden educar al hijo de otro, no tienen acceso a tener su propia descendencia biológica por ser solteros y fértiles.

4) Un problema de aceptación biomédica, pero principalmente de aceptación social, sería cuando las TRA son “invocadas por atletas, bailarinas de ballet, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos, un contratiempo impertinente. Se trata, seguramente, de mujeres a quienes sus esposos, fértiles también, demandan un hijo y ellas están dispuestas a complacerlos pero sin someterse a la incapacitación del embarazo.”²¹⁷ Ante esta eventualidad se puede dar el caso de “una señora que permite que le sea extraído un embrión para transplantarlo a otro útero alquilado, para evitarse las molestias del embarazo, porque tiene una carrera muy exitosa.”²¹⁸ “En esta circunstancia, pienso que de ocurrencia poco frecuente, se intuye que el hijo que dé a luz la mujer substituta no irá a tener el afecto ni los cuidados necesarios por parte de su

²¹⁵ GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 9, p. 139

²¹⁶ D'AGOSTINO, Francesco, op. cit., nota 206, web

²¹⁷ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

²¹⁸ ESQUIVEL Zubirí, Jorge Luis, *Tesina: Las deficientes reformas...*, nota 2, web

madre genética, pues su papel profesional es lo que de verdad le importa, lo que impedirá que pueda cumplir a cabalidad el papel de perfecta casada.”²¹⁹

Ideología que es completamente válida, en virtud de que los individuos tienen Derecho de establecer sus prioridades como mejor consideren, mismas que deben ser respetadas, porque de lo contrario se estarían transgrediendo sus derechos de reproducción y opinión.

5) Otro problema formidable es el que se suscita en el comercio electrónico, toda vez que “el útero y los óvulos se han convertido en mercancía... cientos de mujeres, principalmente - en- América Latina y Europa, utilizan la Internet para subastar su material genético y ofertar el ‘hospedaje’ de su útero hasta por tres millones de pesos, según consta en los anuncios publicitarios en páginas web www.terra/fotos y www.vorras.net.

“La compraventa de óvulos y la renta de úteros es una realidad que día a día gana terreno en el mundo. Más aún en países desarrollados, donde la infertilidad está a la orden del día... El precio... se fija en entrevista privada.

“Prueba de ello son los brotes de compañías dedicadas a ese giro. Una de éstas es *Fertility Alternatives Inc.*, que ofrece abiertamente sus servicios a matrimonios heterosexuales, bisexuales y madres solteras.”²²⁰

Eventualidad que se halla en balanza, en virtud de que la oferta de donación de células germinales y alquiler de vientres en la red, encuentra como “contraparte - a- las parejas que buscan tener un hijo. En los mismos foros donde se ofertan los vientres, las peticiones ocupan prácticamente el mismo espacio.”²²¹

²¹⁹ “Ética médica”, op. cit., nota 31, web

²²⁰ “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, nota 99, p. 39

²²¹ CASTILLO, Miriam, “Renta de úteros por internet”, *MILENIO*, México, año 9, núm. 3055, lunes 12 de mayo de 2008, p. 26 de la sección de ciudad

6) Considero que el origen de las contrariedades de la MPA es porque: “Queda prohibido el contrato de gestación subrogada. (gratuito u oneroso)”²²² Lo cual propicia un contrato nulo e ilícito, que da como “consecuencias técnicas...: a) Que la madre portadora puede reclamar la maternidad, si lo desea; y b) Que la pareja contratante no puede exigir legalmente el niño, ni tampoco reclamar indemnización por el incumplimiento de la entrega...

“- Ante estas circunstancias:- ¿Qué implica? ¿Qué la mujer gestante no está obligada a entregar el niño? ¿Qué tampoco pueda cobrar lo que le hayan prometido?... Si el acuerdo de subrogación es nulo, significa que, de todas maneras, hemos de resolver qué pasa con ese niño... hay que conectar una filiación.”²²³

Dicho de otra manera, el declarar el contrato de gestación subrogada oneroso nulo, puede traer como consecuencia que los padres comitentes no puedan adquirir la filiación, que la mujer gestante se niegue a la entrega del bebé y/o a la atribución de la maternidad-paternidad legal, quien en un acto desesperado abandone al recién nacido a la primera oportunidad que tenga.

7) Derivado de la complicación anterior, muchos doctrinarios piensan que la dificultad primordial de la MPA consiste en determinar el vínculo jurídico de filiación del niño nacido o por nacer en relación con sus futuros padres comitentes legales, “porque forzosamente viene a confluir en formas adoptivas o pseudoadoptivas y en frecuentes conflictos jurídicos... porque ha venido acompañada de agencias intermediarias y de publicidad.”²²⁴

En el Derecho no existe renuncia del parentesco consanguíneo a favor de los padres comitentes, en caso de que se haya contratado una donación o

²²² ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

²²³ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, pp. 55 y 92

²²⁴ *Ibidem*, p. 71

pseudoadopción prenatal en las técnicas de reproducción asistida o en específico la negociación de una maternidad gestante subrogada.

Es decir, los padres comitentes no pueden adjudicarse por medio de contrato en las técnicas de reproducción asistida la filiación legal que les corresponde y desean con todas sus responsabilidades, en consecuencia los donantes y mujer gestante no pueden excluirse de ella en atención a lo establecido en el artículo 338 del CCF mexicano, que cita: “No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.”

Por lo tanto, considero que la principal dificultad a resolver es la de otorgar la paternidad y/o maternidad del nuevo ser a favor de los padres comitentes, porque fueron ellos quienes desearon, solicitaron y sometieron a la TRA, y no las terceras personas que les han auxiliado mediante donación de material genético o gestación.

Un ejemplo sería: El caso de dos parejas, la mujer comitente aportase su óvulo y el marido de la gestante su gameto, y la gestante no quiere entregar al bebé después de nacido. ¿Debe atribuirse la paternidad por presunción al marido de la mujer gestante? ¿Puede el marido de la gestante impugnar la paternidad que se le atribuye? ¿Cómo se puede combatir una paternidad real y genética?

Aunado a la contrariedad de determinar ¿a cuál de las dos mujeres se le debería atribuir la maternidad? ¿A la gestante o a la comitente?, toda vez que la mayoría de los doctrinarios sostiene que la mujer que da a luz es la madre de la criatura y atribuyen la maternidad al hecho del embarazo y parto; por el principio general de derecho tradicional de: “*Mater semper certa est y partus sequitur ventrem,*” olvidan aspectos tan importantes como lo son la voluntad, deseo, afecto y responsabilidad de los padres comitentes en relación con el nuevo ser, y se dejan llevar por el hecho biológico del producir en el vientre al neonato.

Además se produce doble filiación de maternidad y paternidad, con base en la solicitud de los padres comitentes, parentesco genético, por gestación, presunción y reconocimiento voluntario del padre comitente. Doble filiación que se debe de evitar.

Esta doble filiación, puede en algunos casos generar los siguientes problemas:

a) Un amigo (A) unido en concubinato le pide a otro (B), que sea el donador genético de su futuro hijo (a), y su concubina será la madre biológica plena, el amigo B acepta y fallece a los 5 años de que nació el infante, en su testamento lo reconoce y hereda como hijo, porque en materia de parentesco no es posible eliminar por transacción la filiación sanguínea, en consecuencia ¿será posible que el niño tenga dos padres y derecho a la herencia?

b) Una mujer millonaria que fue madre biológica plena de unos amigos hace 20 años fallece in-testamentada. Como la hija parida sabe quien fue su madre sustituta y de acuerdo con la ley es su madre por parentesco consanguíneo, al momento de la muerte de la mujer millonaria, la hija subrogada denuncia la sucesión para reclamar su derecho a heredar. ¿Si existen otros herederos, pueden negarle ese derecho, qué por ley le corresponde, en especial si tiene la constancia de alumbramiento, con ella está acreditando el parentesco? Además acredita su parentesco consanguíneo e indubitable con pruebas de ADN, a pesar de que sus apellidos no concuerdan con la difunta.

c) Un bebé cuyos padres comitentes, solicitaron una TRAD de gametos porque la mujer fue la madre gestante, mueren intestados al mes de nacido el párvulo, desafortunadamente no lo registraron, además el infante no tiene más familiares en 2º, 3º y 4º grado. Como el niño fue asistido en material genético, tiene padres genéticos que se pueden localizar, por tratarse de un caso excepcional se genera la incógnita de: ¿serán ellos quienes se hagan cargo de él

y no el Estado, o el pobre quedará a la merced de la desgracia, como la mayoría de los niños?

8) Las técnicas del frío, “crioconservación o criopreservación de embriones - surgieron- para disminuir incomodidades a la receptora, dado que la obtención de óvulos implica altos costos de drogas inductoras, de anestesia, de laparoscopia o aspiración transvaginal con seguimiento ecográfico, de laboratorio y de stress... - con secuelas de hiperovulación, muy en particular, para que- los embriones obtenidos - se han- congelados para nuevos intentos si ha habido fracaso (casi siempre dos o tres intentos) o si se desea un nuevo embarazo más adelante. - No obstante, los argumentos anteriores- carecen de solidez ética porque reactualiza el dilema del status moral del embrión humano y porque no aclara que hacer con el creciente ‘pool’ de embriones congelados. La postura pragmática acota la criopreservación hasta dos años.”²²⁵ En algunos países, no en todos.

Incorporado al hecho, de que “las salidas posteriores no son muchas: se puede pensar en su destrucción, en su utilización para la investigación, o bien, en el mejor de los casos, en su implantación en el útero de otra mujer receptora que resultaría madre gestante no genética. Cada una de esas - tres- soluciones plantea graves interrogantes éticos, vinculados con la dignidad del embrión y el respeto que le es debido.”²²⁶

Al mismo tiempo, cuando existen embarazos múltiples se permite la utilización de prácticas de embrio-reducción o reducción fetal, que generan “problemas de mortalidad fetal y retardo en el desarrollo, relacionados con enfermedad cerebral,... Debemos también reconocer los efectos altamente dañinos para la salud física de la madre, como también las repercusiones económicas y en especial psicológicas para los padres... - Sin obviar- que se trata de la eliminación de un ser humano potencial.”²²⁷

²²⁵ LAZZARI Alejandro, *Ética de la reproducción asistida*, nota 3, web

²²⁶ GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 9, p. 222

²²⁷ “Ética médica”, op. cit, nota 31, web

Del mismo modo, se encuentran las problemáticas inherentes a cada sujeto de la maternidad-paternidad asistida, las cuales provienen del móvil y la técnica homóloga o heteróloga utilizada.

En relación con el varón, se dan las siguientes dificultades:

1. En “la inseminación artificial y fecundación *in vitro* homóloga, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido... - porque- se trata de un hijo legítimo, ya que la técnica ha sido utilizada por 2 personas capaces, con su consentimiento, y además coincide la paternidad biológica con la legal.

“Por lo tanto, si se intentase una acción de impugnación de paternidad, a la mujer le bastaría aportar, la prueba de la fecundación con el semen del marido, que éste ha dado su consentimiento y que la concepción se realizó dentro de los plazos legales.

“2. Distinto es el caso de la fecundación asistida heteróloga, ya que se tiende atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues interviene un donante... Es necesario, diferenciar si la fecundación asistida fue realizada con o sin el consentimiento del marido... para la determinación de la filiación.

“Si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento del marido tiene la posibilidad de impugnar con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo, es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

“Si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento del marido, como aquí se trata de un sistema de filiación diferente, ya que no tiene sustento en

su origen biológico, la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad. Se podría presentar el caso que, una vez dado el consentimiento el marido se arrepintiera. ¿Tiene derecho a impugnar la paternidad? Considero que no, por la teoría de los propios actos 'nadie puede borrar con el codo lo que escribió con la mano',... - toda vez que- el marido tuvo la voluntad procreacional, aceptó la donación de semen, consintió el uso de la técnica que se implementó, por lo tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de su decisión."²²⁸

En el caso de que la pareja de la mujer impugnaré la paternidad porque no hubo consentimiento, se deja expuesta la acción de paternidad en contra del donante, cuando él no tenía los deseos de responsabilizarse por el menor.

3. "Un caso singular; en el... vínculo matrimonial - es cuando- al fallecer el esposo, dados los avances técnicos que permiten congelar durante largo tiempo el semen del esposo, cabe la posibilidad de que la esposa pueda ser fecundada con el semen de aquel.

"El requisito inicial para la validez de esta forma de fecundación es la constancia indubitada del consentimiento del esposo fallecido... si no hay constancia de este consentimiento o hay constancia en contra de la fecundación y, a pesar de ello, la viuda se somete a dichas técnicas, 'las consecuencias no pueden ser otras que la negación del carácter matrimonial del nacido'.

"Se está condenando a un ser que viene al mundo a luchar con desventaja con referencia a los demás; a priori se está atribuyendo la concepción de un hijo a un padre que ya no existe... - Aunque el mayor tabú para la prohibición de esta técnica es cuando el padre tiene más de un año de muerto.

"Para esta técnica se necesita- consentimiento en escritura pública o testamento por parte del compañero de que su 'material reproductor' sea utilizado

²²⁸ ANSELMI Cabral, Graciela I., *Métodos de reproducción asistida...*, nota 39, web

en los seis primeros meses siguientes para fecundar a su compañera.”²²⁹ Sin embargo no existe nada establecido en el caso imaginario de que se pueda volver a realizar la TRAC, cuando se produce un aborto, es decir realizar la fecundación artificial posterior a los seis meses del fallecimiento del cónyuge.

Claro está, que el móvil de esta técnica no es la esterilidad o el peligro de transmisión de enfermedad, sino la muerte del marido.

4. “En el caso de la fecundación post mortem (procedimiento que se refiere a la inseminación con espermatozoides de un hombre fallecido, que años o tiempo atrás depositó el espermatozoides en un centro especializado), - produce un- hijo nacido fuera de matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción - tradicional- y, por tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia, y menos a la vinculación parental con la familia del aportador del semen.”²³⁰

Es decir, que tal que el de cuius realizó una crioconservación de semen con anticipación, porque padecía una enfermedad incurable, por ejemplo: cáncer, antes de someterse a radiaciones decidió crioconservar su semen para que su mujer, concubina o pareja del mismo sexo, con posterioridad pudiera engendrar un hijo suyo, después de su muerte.

5. Se debe diferenciar la fecundación póstuma de la *post-mortem*, porque sus efectos legales son distintos.

“En la filiación póstuma, existe nacimiento del descendiente del cuius, en un término que comprende de ciento ochenta días a trescientos días después del padre. En cambio la filiación posmortem puede ser por un término mayor al de trescientos días, pudiendo inclusive ser hasta de años.”²³¹

²²⁹ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, pp. 143-145 y 160

²³⁰ “Vientres en alquiler”, op. cit., nota 99, p. 41

²³¹ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

La norma sustantiva federal mexicana en materia sucesoria, establece que “...el hijo póstumo, producto de una inseminación post-mortem, tampoco tendría derecho a heredar, ya que no estaba concebido al momento de la muerte del autor de la herencia, de acuerdo a (sic) lo establecido por el artículo 1314 del multicitado ordenamiento legal, que a la letra dice: ‘Son incapaces de adquirir por testamento o intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a (sic) lo dispuesto en el artículo 337’.

“Así las cosas, si la viuda tuviera otros hijos, engendrados por el mismo padre, antes de su muerte, y el nacido después de los trescientos días de su fallecimiento, vía inseminación artificial homóloga, unos y otro descendientes, tendrían jurídicamente hablando, diferente filiación, no obstante tener la misma ascendencia biológica. Además, los primeros serían herederos legítimos del padre común, y, el segundo, carecería de capacidad para heredar, al tenor del artículo citado en el párrafo precedente.”²³²

O que pasaría, si en el supuesto anterior se tratará de una técnica de reproducción asistida heteróloga, es decir: Que la viuda tuviera dos hijos, uno engendrado con el de cuius en vida, y el segundo nacido después de los trescientos días de su fallecimiento, vía inseminación artificial heteróloga con consentimiento escrito del difunto, ambos descendientes tendrían diferente filiación y ascendencia genética. ¿Carecería de capacidad para heredar el hijo nacido de la TRAD, aunque su difunto padre comitente y legal haya dejado consentimiento por escrito para el uso de la técnica referida, posterior a su muerte, porque tuvo la voluntad de reconocerlo como hijo?

Aunque “la maternidad, generalmente, no plantea problemas ya que es la misma persona la que aporta el óvulo y también del mismo cuerpo de donde nace el niño; - se pueden presentar las subsecuentes contrariedades:

²³² REYES Barriga, Fernando, *La reproducción humana asistida y el Derecho*, nota 50, web

“1. IA- presentarse el supuesto que la mujer fuese quien falleciere y el hombre con el material genético de su esposa quisiera tener un hijo de ambos, ¿se podría admitir la fecundación asistida? Si bien tenemos el material genético, se tendría que recurrir al préstamo de un vientre ya que se tendría que implantar el óvulo o el embrión en el útero de otra mujer, estaríamos ante una ‘maternidad subrogada’,”²³³ *post-mortem*.

Para que sea aplicable la técnica, la mujer fallecida con anterioridad debió dejar su consentimiento por escrito en su testamento o documento fehaciente; de preferencia debió señalar a la futura mujer gestante subrogada, en su caso otorgar la posibilidad para que el marido elija con posterioridad a la sustituta. Aunque también es posible que haya podido dejar autorización para una donación o maternidad asistida biológica plena a alguna mujer de parentesco consanguíneo (Madre, hermana, prima o tía principalmente.).

2. “Otro caso que se ha planteado recientemente es la fecundación asistida por donación de material genético. La técnica consiste en ‘llenar’ el óvulo de una de las mujeres con el material genético de una mujer más joven. El óvulo de la mujer actúa como continente y el material genético de la más joven sería el contenido; una vez fertilizado con el espermatozoides del marido es trasplantado a la esposa.

“En éste caso de donación de óvulo la madre legal sería aquella que puso el óvulo y su cuerpo como continente y no la donante del material genético. La filiación sería matrimonial.”²³⁴

Esta técnica no está lejos de la realidad, como mencione con anterioridad en el congreso científico del 2007 de la ESRHE, los investigadores participantes expusieron sus múltiples novedades consistentes en la reproducción de ratones

²³³ ANSELMI Cabral, Graciela I., op. cit., nota 31, web

²³⁴ Ídem

con un sólo genoma (espermatozoide específicamente), que fueron implantados en hembras, que con posterioridad concibieron ratoncitos.

Con la salvedad de que esta nueva destreza, todavía no se realiza en los gametos masculinos humanos, aunque sí en el de las mujeres. Lo cual es un problema, porque existen organismos y tratados internacionales que prohíben el uso de la partenogénesis entre otras técnicas, como se apreciará en el capítulo siguiente.

De la misma manera, existen complicaciones relacionadas con los donantes y terceros que intervienen en la maternidad-paternidad asistida, como serían:

1. Cuando los donantes o gestantes tienen lazos familiares (hermanas (os), madre, padre, tías (os), primas (os), etc.) con los padres comitentes, puede que las TRA tengan "un ligero toque de incesto clínico, - porque- las técnicas genéticas trastocan parentescos y enredan hasta el laberinto filiaciones y genealogías."²³⁵

2. En relación con la responsabilidad de los médicos, centros de salud, hospitales, agencias de fertilización y publicidad, no existen regulación detallada de: a) Sus métodos comerciales, b) Requisitos nacionales e internacionales para sus establecimientos y trámites, y c) Normas de calidad, por citar algunas.

Otros inconvenientes que se pueden suscitar en el ámbito de la MPA, serían por ejemplo:

a) "Un estudiante de medicina dio esperma para treinta y tres niños en una población relativamente pequeña y hubo necesidad de impedir una boda por resultar hermanos los novios.

²³⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 33

“b) Una pareja encarga un bebé y a la mitad del embarazo, la mujer gestante subrogada se divorcia y la obligan a abortar.”²³⁶

c) ¿Qué ocurriría si una mujer gestante subrogada (MGS) por problemas de salud personal, se encuentra en el deseo y necesidad de abortar?, no porque el feto sea anormal o esté en peligro, sino por razones propias, a pesar de ello los padres comitentes desean que ella concluya el embarazo.

3.2.1.3.8 Similitudes entre maternidad-paternidad asistida y maternidad-paternidad tradicional

Las similitudes entre maternidad-paternidad asistida (MPA) y maternidad-paternidad tradicional (en adelante MPT), que se detectaron son:

Todas las modalidades de la maternidad-paternidad asistida en relación con parentesco civil tradicional tienen en común a las nodrizas e institutrices, por ser las personas que forman un antecedente cultural relevante con aceptación social y económica, salvo el acontecimiento de que los padres biológicos jamás desaparecen de la vida de sus hijos.

En ambas instituciones de maternidad y paternidad es ilegal la negociación de menores.

En las instituciones de MPT y MPA es necesario otorgar un vínculo de filiación entre los progenitores y el párvulo, que han de hacerse responsables del pequeño.

En ambas existe el deseo por parte de los padres adoptantes y/o comitentes y/o legales de hacerse responsable del sostenimiento, educación y

²³⁶ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. cit., nota 2, web

bienestar del niño, de igual forma impera la obligación de proteger los intereses del infante.

En el parentesco civil tradicional existe el ferviente deseo de reconocer como hijo natural al adoptado y en la maternidad-paternidad asistida también, con la variante de que ambos padres o alguno de los padres adoptantes sea padre o madre biológico parcial o total.

La maternidad-paternidad legal tradicional otorga el derecho a los cónyuges, de adoptar de manera plena a los hijos de su consorte, institución que también opera en la adopción del hijo nacido por TRA de su consorte.

En el parentesco civil tradicional y solicitud de MPA existe la obligación de guardar en anonimato el origen biológico del menor.

El motivo de realizar una adopción en el sistema jurídico tradicional así como el uso de las TRA, consiste desafortunadamente en un impedimento de carácter biológico, seguido de un sin número de exigencias.

3.2.1.3.9 Diferencia entre maternidad-paternidad asistida y maternidad-paternidad tradicional

Independientemente de la aceptación legal del contrato de maternidad-paternidad asistida con todas sus modalidades, existen eventualidades de hecho que propician diferencias nítidas entre las instituciones de maternidad-paternidad tradicional y asistida, como:

La diferencia fundamental es que la MPT se encuentra contemplada en la norma y la MPA con todas sus variantes no, por lo tanto la primera genera consecuencias legales coercitivas, y la segunda consecuencias reales con un abismo legal.

En la maternidad-paternidad asistida civil “puede existir una adopción prenatal desde el momento de la concepción, - o antes de la fecundación, en atención a la- aportación genética de la pareja - comitente-,”²³⁷ que en la adopción tradicional no es posible.

La MPA “permite” por acuerdo que el hombre y mujer donantes de gametos o embrión, y/o MGS renuncien por escrito a sus derechos de parentesco consanguíneo respecto del gameto, embrión o p rvalo que nacerá, declinando sus derechos biológicos a favor de los padres comitentes.

La maternidad-paternidad tradicional legal se adquiere por parentesco consanguíneo o civil, en la maternidad-paternidad asistida se reconoce la institución de maternidad-paternidad legal a los padres biológicos, adoptivos y/o comitentes.

En el parentesco civil tradicional se dan los supuestos de pleno y simple con revocación de la última, en la maternidad-paternidad asistida civil los padres comitentes no pueden invalidarlo, ni tienen ese derecho.

En la MPT civil, las personas solteras con solvencia económica y moral pueden adoptar al infante, en la MPA a las personas solteras fértiles, estériles y/o infértiles con estas características, no se les permite tener acceso a las TRA; conducta que nos pone a pensar que moralmente las personas solteras estériles/infértiles o fértiles son aptas para criar y educar al impúber de un tercero,  pero no son competentes para engendrar y aleccionar a sus propios hijos?

A diferencia de la maternidad tradicional, la maternidad asistida puede separar el factor genético del gestante, propiciando maternidad biológica plena o total, y maternidad biológica parcial o no plena.

²³⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 24, p. 94

Un bebé nacido por solicitud de maternidad-paternidad asistida puede tener cinco padres biológicamente hablando, y en la maternidad-paternidad tradicional no.

En la maternidad-paternidad asistida es posible que los familiares consanguíneos y de afinidad auxilien biológicamente en el nacimiento del párvulo, sin que exista incesto técnicamente hablando.

En la maternidad-paternidad asistida es posible que los padres biológicos, en especial, los genéticos, impugnen y desconozcan la filiación con los menores, sino otorgaron su consentimiento de manera escrita para la autorización de las técnicas de reproducción asistida.

La MPA exige un consentimiento escrito e informado en las áreas médicas y jurídicas para poder aplicar las TRA, circunstancia que no acontece en la MPT, dicho de otra forma, en la MPA cualquiera puede tener un hijo, biológicamente hablando, aunque no tenga el deseo de responsabilizarse por el recién nacido.

En la MPA es posible concebir el hijo de un difunto, y en la MPT no es viable; aunado a que se le otorga filiación con el *de cuius* después de meses o años de fallecido (a), si le reconoció en testamento o documento público, pero en especial si otorgo su consentimiento para el uso *post mortem* de la TRA.

La maternidad-paternidad asistida a diferencia de la maternidad-paternidad tradicional permite una clara distinción de las filiaciones consanguíneas, civiles, comitentes y legales.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

Los descubrimientos y adelantos científicos de la biomedicina y biogenética, como los de la maternidad-paternidad asistida, nos colocan ante hechos y consecuencias reales que se proyectan a la esfera jurídica, las cuales crean situaciones no contempladas o escasamente normadas hasta la fecha, acontecimientos que generan intranquilidad en los Estados e instancias internacionales.

4.1 Legislación Nacional

Nuestro país se encuentra a la vanguardia de Estados Unidos, Canadá, España, Francia, Inglaterra y Japón, entre otros en el campo de la maternidad-paternidad asistida (en adelante MPA), por tal motivo se debe analizar a conciencia los estatutos nacionales e internacionales que integran nuestra normatividad interna, con el objeto de establecer los parámetros que nos permitan aplicar la norma concreta y adecuada para resolver los problemas que se lleguen a presentar o presentan actualmente. Y no limitarnos al estudio de la materia civil, específicamente en el ámbito familiar, como lo hacen la mayoría de los doctrinarios, en virtud de que estos avances científicos y tecnológicos afectan a una amplia gama del Derecho.

4.1.1 Casos reales de maternidad-paternidad asistida en México

En México la subrogación de útero “simplemente está prohibida... ‘Muchas veces - comenta el doctor Maquita- la misma mamá que va a ser subrogada, se enfrenta a un fenómeno psicológico muy difícil, al igual que la mamá que va a dar los embriones para que alguien más los tenga. Es un tema difícil. De ahí la importancia de presionar para que exista una legislación adecuada y evitar así los conflictos de tipo legal, social y económico que pueden presentarse’.”¹ A pesar de ello, la MPA en sus modalidades gratuita y onerosa de gametos, preembriones y gestación subrogada existe en nuestro país, tal como lo demuestran las siguientes historias:

1.- “Claudia... es una mujer de 23 años que vive en Veracruz. Por 400 mil pesos rentará su útero luego de ofrecer por internet sus servicios de ‘madre sustituta’... La única condición es entregar al niño recién nacido a la pareja que contrató su vientre por nueve meses.

“Promete no encariñarse con el bebé, los padres - comitentes- podrán ver cómo crece el vientre donde está su hijo cada vez que quieran, le pueden poner música, hablar con él y asistir a todos los ultrasonidos y estudios que se requieran. Esto siempre y cuando el pago se haga en su cuenta bancaria. Y además con la condición de que cada mes se cubran las consultas con el ginecólogo, se provean todos los medicamentos y se pague la cuenta final del parto en el hospital.

“Claudia afirma que encontró ‘un negocio redondo’, el pago por las molestias de un embarazo y además hace una buena obra para quienes no pueden tener hijos. En este acuerdo privado no hay contrato escrito de por medio. Sólo la palabra y la confianza, de ambas partes, de que se va a cumplir cabalmente. - Aunque- ... el matrimonio interrumpió el tratamiento de Claudia al concretarse un proceso de adopción. No todo se perdió, porque recibió 60 mil pesos.”²

¹ “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, México, mayo 2007, p. 40

² CASTILLO, Miriam, “Renta de úteros por internet”, *MILENIO*, México, año 9, núm. 3055, lunes 12 de mayo de 2008, p. 26 de la sección de ciudad

2.- “Mireya es una mujer que vive en Cuautitlán Izcalli... Su cuota: 35 mil dólares por tener un bebé. Pero hay un problema que le preocupa tendrá que desaparecer de su casa durante el embarazo y por eso a la pareja contratante le pide alojamiento durante nueve meses.”³

3.- “José Morales y su esposa Natalia buscan desde hace siete años tener un hijo, pero hay riesgos por cuestiones genéticas, como una malformación. Por eso buscaron la adopción, pero los trámites burocráticos son muchos y tardan al menos tres años.

“Así inicio la búsqueda de métodos de fertilización..., a través de internet. Se encontraron esos foros con ofertas de mujeres y parejas que ‘compraban’ úteros. Se hizo el contacto. Se han entrevistado con tres mujeres. Durante la conversación solicitan información de peso, edad, estatura. A Natalia le preocupa la dieta de la mujer que renta su útero y que será la madre de su hijo. ‘Esperamos que se pueda llegar a un acuerdo y queremos estar presentes en todas las consultas médicas’, advierte.

“Para cerrar el trato no se firma un contrato, sólo se fijan términos: el niño nacerá en un hospital particular. El nombre de la madre será desde un inicio el de Natalia. Y lo principal se cumple: el dinero se deposita mensualmente, pero si el embarazo se interrumpe, el pago se suspende. ‘No tengo ninguna garantía, pero es lo único que nos queda para ser papás y puedo correr el riesgo’, confesó José.”⁴

4.- “Adriana*, 31 años - con dos hijos-, necesitaba dinero de manera urgente. Su marido la había abandonado medio año antes y desde entonces no había conseguido un trabajo estable. Estudió Administración de Empresas, pero - mientras estuvo casada- nunca ejerció.

³ Ídem

⁴ Ídem

“... tomó la decisión de alquilar su vientre un día que se encontraba en un café internet... Por casualidad, entró a un foro donde varias mujeres ofrecían ese servicio a parejas infértiles. Sin pensarlo mucho, decidió poner un anuncio ofreciéndose para realizar el proceso... En dos días ya tenía varias ofertas.”⁵

De todas sus ofertas, Adriana se decidió por una familia de Monterrey, Nuevo León, contestó el correo que le enviaron e iniciaron la negociación, la cual culminó con las siguientes acciones:

- Adriana sólo sería mujer gestante parcial.
- Los padres comitentes pagarían los viajes y gastos médicos, toda vez que la inseminación y el parto serían en Nuevo León, con el médico y hospital particular seleccionado por los padres comitentes.
- Durante el embarazo, la madre comitente vivirían con Adriana.
- El pago total sería de \$400 mil pesos, un pago inicial al confirmarse la fecundación, \$200 mil durante el embarazo y, el resto al nacimiento y entrega del bebé.

Hoy, la pareja de Nuevo León ya tiene el hijo que siempre deseó y Adriana no se arrepiente, porque ayudó a alguien y ellos le ayudaron.⁶

5.- En el Distrito Federal existe un hospital que auxilia a los padres comitentes y madres asistidas con los trámites legales de filiación, toda vez que la mujer gestante subrogada (en adelante MGS) siempre tiene todas sus consultas, así como el parto en ese hospital, con la salvedad de que no se registra con su nombre sino con el de la madre comitente. De ahí que la carta de alumbramiento tiene los datos de los padres comitentes, y no hay problema en cuanto a la filiación en el Registro Civil; es decir, se omite la adopción o pseudoadopción.

⁵ VALLEJO Mael, “Negocio millonario. Renta de vientres”, *EVE*, México, abril 2009, p. 55

Nota * El periodista cambio los nombres por motivos de confidencialidad

⁶ Cfr. VALLEJO Mael, “Negocio millonario. Renta de vientres”, *EVE*, nota 5, p. 56

4.1.2 Constitución

“La generalidad de los tratadistas se inclina a favor de que solamente las personas casadas tengan derecho de perpetuar la especie humana, en virtud de que, el matrimonio es la única fuente lícita de la familia. Existe la tendencia para que todo niño que venga al mundo se críe en el seno de una familia plena, es decir, aquella que se integre por un padre y una madre, por considerar que tal es el ambiente más propicio para su desarrollo integral. Al respecto, el jurista Chávez Asencio señala: ‘procrear un hijo fuera de matrimonio (por medios naturales o artificiales), implica una ilicitud tanto del punto de vista moral como jurídico, pues se contrarían los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación’, y agrega: ‘Con mayor razón, debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera del matrimonio y, al ser ilícito, debería establecerse una sanción desde el punto de vista penal, para aquellos médicos que se prestan a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio’.

“En un sentido opuesto, han surgido comentarios aislados que insisten en señalar que este derecho de la mujer es un privilegio individual, que no debe restringirse argumentando cuestiones morales o la necesidad de que la solicitante integre una pareja conyugal, ya que nadie puede garantizar la permanencia en el matrimonio. Al respecto, Bárbara Kritchevsky, sostiene: ‘Cada mujer tiene el derecho de decidir por sí misma si procrea o no; las agencias gubernamentales y los tribunales deciden quién puede adoptar’.

“... El tema es polémico, pero a juicio nuestro el Derecho Constitucional Mexicano vigente no contempla tal problema, ya que de conformidad con el párrafo segundo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: ‘Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos’, motivo por el cual se

concluye que, tanto las mujeres casadas como las solteras pueden recurrir válidamente a los métodos de la fecundación asistida, sin limitar esta atribución a determinadas personas, en razón de su estado civil, credo religioso, edad o cualquiera otra situación de hecho o de derecho.”⁷

Además, el artículo 77 bis 4 de la ley general de salud establece como integrantes del núcleo familiar al matrimonio, concubinato, padre y/o madre no unidos en vínculo matrimonial o concubinato, hijos y adoptados, es decir nuestra Constitución y la citada Ley aceptan en el ámbito jurídico y social a los padres solteros, ya sea en su ámbito masculino o femenino, con ello respeta y avala el Derecho a la reproducción sexual del ser humano en nuestro país como una garantía de igualdad, libertad y seguridad social, en virtud de que “el derecho a tener hijos es inalienable en las personas competentes y responsables...”⁸

Este privilegio no sólo se encuentra contemplado en el artículo 4º Constitucional, también se encuentra protegido por los artículos 1º, 3º fracción II y V, 14, 73 fracciones X, XVI y XXIX-F, y 123 apartado A fracción V, apartado B fracción XI incisos a) y c), de nuestra Carta Magna, los cuales explicaré de manera breve:

El artículo 1º de la Carta Magna, en forma general establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de la misma forma queda prohibida toda discriminación motivada por origen, género, condición social, condiciones de salud, opiniones y preferencias entre otras, que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Esto es, todos los sujetos que habitamos el territorio mexicano somos iguales ante la ley, y no se puede limitar, reprimir o menoscabar nuestras condiciones, opiniones o acciones de reproducción sexual.

⁷ REYES Barriga, Fernando, *La reproducción humana asistida y el derecho* [en línea], México, [citado febrero 15, 2007], disponible en internet: [http://www.themis.umich.mx/IUS/revista jurídica](http://www.themis.umich.mx/IUS/revista_jurídica)

⁸ LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida* [en línea], Argentina, Clínica virtual Ginecológica, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://members.tripod.com/gineco/documentos>

El artículo 3º Constitucional en las fracciones II y V, establece: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación... II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. V. Además..., el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos... necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura.” Es decir, las técnicas de reproducción asistida forman parte de la investigación y progreso científico en beneficio de la humanidad, por tal motivo el Estado tiene la obligación de combatir los prejuicios de la ignorancia o intolerancia que se oponen a su utilización, porque de lo contrario se impide el fortalecimiento y difusión de estas técnicas en nuestra cultura.

Un ejemplo de esta intolerancia, sería la controversia “pretendida - en la futura- reforma al Código Civil para el Distrito Federal, - consistente en- legalizar el matrimonio entre homosexuales y lesbianas, ¿tendrían tales ‘parejas’ el derecho a utilizar células germinales y traer al mundo seres que no nacerían - y crecerían- en el seno de una familia tradicional?”⁹ Este evento pone en un dilema a nuestra Carta Magna, en relación con lo establecido en el precepto antes referido.

Como se ha referido, el artículo 4º es el pilar constitucional de la garantía de reproducción sexual, es relevante porque establece que: “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.” Es decir establece y faculta al sector salud, como el elemento esencial del Estado para proteger y tutelar por la salud de reproducción sexual de los individuos.

⁹ REYES Barriga, Fernando, op. cit., nota 7, web

El artículo 14 tiene relevancia porque tutela la garantía de seguridad social, como sería que: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Al caso en concreto, no es posible despojar a los individuos de sus libertades y derechos a la reproducción sexual asistida, de lo contrario pueden accionar sus derechos ante los tribunales competentes.

Por su parte, el artículo 73 Constitucional en sus fracciones X, XVI y XXIX-F establece: “El Congreso tiene facultad:... X. Para legislar en toda la República sobre... leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123, XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República, y XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de... transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.” Aplicado al presente estudio tenemos que la maternidad-paternidad asistida en su faceta de maternidad gestante subrogada se deriva de un contrato de servicios de incubación de útero ajeno, que puede producir un nuevo oficio que hasta el momento no se encuentra regulado y aceptado en las normas laborales, sin embargo existe de hecho. Conjuntamente se encuentra la circunstancia de que los individuos que participan en las técnicas de reproducción asistida pueden ser de nacionalidades distintas y el tema tiene gran conexión con el sector salud porque la pericia depende de médicos especialistas en genética. Por último, el Congreso tiene la obligación de expedir las leyes necesarias para la difusión y aceptación moral y jurídica de los conocimientos científicos y tecnológicos, los cuales son indispensables para el progreso de nuestra Nación; por tal motivo, no podemos limitarnos o negar su existencia ante estos eventos derivados de la MPA.

En cuanto ha lo establecido en el artículo 123 en sus apartados A fracción V, y apartado B fracción XI inciso a) y c), que citan: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

“A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:... V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos;

“B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:... XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas: a) Cubrirá... maternidad,... c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.”

De lo anterior, se observa que las leyes laborales tienen una enorme relación con la MPA, por el período de gestación, lactancia, servicios médicos

hacia las trabajadoras en estos estados físicos, en especial porque el oficio y contrato de una mujer como servidora de incubación de útero ajeno existe de hecho, aunque no de Derecho.

Estas conductas derivadas de la maternidad-paternidad asistida no se encuentran o se encuentran vagamente o mal planteadas en las normas laborales, administrativas, civiles, penales, etcétera; a pesar de que existe obligación expresa y nítida en nuestra Carta Magna para hacerlo, deben ser reguladas en forma amplia en nuestros ordenamientos internos para contribuir de manera adecuada al fomento y desarrollo científico que necesita nuestra sociedad.

4.1.3 Ley General de Salud

Para efectos de la presente tesis, plasmaré la definición de salud que en un lenguaje coloquial es: “(Del lat. *salus*, -*ūtis*). // 1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. // 2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.”¹⁰ En un término más apropiado el concepto de salud es definido “por la Constitución de 1946 de la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y/o enfermedades. // También puede definirse como el nivel de eficacia funcional y/o metabólica de un organismo tanto a nivel micro (celular) como en el marco (social). // En 1992 un investigador agregó a la definición de la OMS: ‘y en armonía con el medio ambiente’, ampliando así el concepto.”¹¹

El estudio e interés por la salud no es un tema ajeno al sistema jurídico mexicano, puesto que nuestro país regula ésta materia mediante la ley general de salud (en adelante LGS) entre otras normas; noción que tiene su origen en los artículos 4º y 73 fracción XVI Constitucionales, como hemos mencionado.

¹⁰ “Salud”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado agosto 05, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹¹ WIKIPEDIA, “Salud”, *Enciclopedia libre* [en línea], México, [citado agosto 05, 2008], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Salud>

En relación con los preceptos constitucionales invocados, la ley general de salud en sus artículos 1º, 2º, 3º y 77 bis 1, establece que la salud es una materia de orden público e interés social, a la cual, todos los mexicanos tienen derecho, sin importar su condición social, y sus finalidades primordiales son entre otras:

- La planificación familiar,
- la atención materno-infantil,
- el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos,
- el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud, y
- la coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos.

Asociado a ello, el artículo 96 de la LGS establece que “la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan: I. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos; II. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social;... y, IV. Al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud...”

Prestaciones de salud deben ser en beneficio del individuo y de la sociedad en general, encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad de manera preventiva, curativa o de rehabilitación, tal como lo instituyen los artículos 23, 32 y 33 de la citada ley. Los cuales pueden ser requeridos y obtenidos en los sectores público, social y privado (artículo 50 de la LGS.).

Lo antes referido se aplica al presente tema de investigación por las siguientes causas:

1.- La maternidad-paternidad asistida requiere de atención materno-infantil, misma que es de carácter prioritario en los momentos de embarazo, parto y el puerperio (artículos 27 fracción IV y 61 de la LGS.).

2.- Del mismo modo, la planificación familiar tiene carácter prioritario y sus actividades comprenden: a) información y orientación educativa para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35; b) asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado, y; c) apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana (artículos 27 fracción V, 67 y 68 de la LGS.).

Dicho de otra manera, la MPA tiene su origen en la infertilidad humana, de ahí que la planificación familiar le otorgue un apoyo y fomento para su debida investigación y curación mediante las técnicas de reproducción asistida, para lograr en los individuos un bienestar físico, mental y social, como lo sería el tener un hijo propio y no adoptado.

3.- De la misma forma, la LGS es la normatividad que define de manera exacta, lo que se debe de entender por gametos, donante, embrión, feto, trasplante (para efectos de esta investigación “madre gestante”), finalidades y utilidades de gametos y embriones y; aunque no específicamente, pero sí lo cita: inseminación artificial (artículos 314 fracciones I, III, V, VII, VIII, IX, XII y XIV, 318 y 466.). Así como, del consentimiento y acción gratuita del donante, que los centros hospitalarios y peritos deben tener la capacidad y preparación científica para efectuar los trasplantes (artículo 320 al 342.). Nociones legales que quedan robustecida con el comentario del “Boletín Mexicano de Derecho Comparado emitido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que refiere que la

donación de gametos, en particular, es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado.”¹²

En este orden de ideas, tenemos que la naturaleza de hecho y Derecho de la MPA surge en el sector salud, en virtud de que fue la ciencia biomédica y genética las que buscaron una solución a la infertilidad humana, por tal motivo es relevante su estudio en la presente investigación y no debe quedar relegada. Del mismo modo, debe ser considerada por las demás ramas del Derecho para solucionar de una manera uniforme los problemas y lagunas jurídicas que existen en relación con la maternidad-paternidad asistida.

4.1.4 Ley Federal del Derecho de Autor y Ley de Propiedad Industrial

La protección de la propiedad intelectual e industrial de las investigaciones científicas y tecnológicas relacionadas con la infertilidad y reproducción humana en el campo de la salud, por lógica debe ser tutelada por la ley federal del derecho de autor (en adelante LFDA) y, la ley de propiedad industrial (en adelante LPI), toda vez que estas instituciones jurídicas son de orden público y observancia general en toda la República, así como el hecho de que la autoridad competente para conocer de esta materia es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, en adelante IMPI (artículos 1º y 2º de ambas normas), del mismo modo, resulta relevante mencionar, que uno de los integrantes de la Junta de Gobierno del IMPI, es un representantes de la Secretaría de Salud (artículo 7º bis fracción IV de la LPI.).

Desafortunadamente en la vida real, esto no opera, por los siguientes razonamientos jurídicos:

1.- La LFDA sólo salvaguarda el material plasmado en obras de la siguiente índole: Literaria; musical, con o sin letra; dramática; danza; pictórica o de dibujo;

¹² “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, nota 1, pp. 40 y 41

escultórica y de carácter plástico; caricatura e historieta; arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo; fotográfica; obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y de compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual (artículo 13.).

Es decir, las investigaciones científicas y tecnológicas del sector salud enfocadas a la infertilidad y reproducción humana, no encuadran en estos tipos jurídicos.

2.- Por su parte, la LPI en su artículo 2° fracción V, establece que la propiedad industrial se resguarda mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención, registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, avisos y nombres comerciales, declaración de protección de denominaciones de origen, y secretos industriales. Estas figuras legales se encuentran contempladas en los artículos 16 fracciones II y IV, 19 fracción VII, 28, 32 fracción I y II, 82, 88, 100, 105 y 156 de la Ley mencionada.

Estas instituciones, al igual que las contempladas en la LFDA excluyen las investigaciones científicas y tecnológicas relacionadas con la maternidad-paternidad asistida, porque van enfocadas a la protección de productos y/o prestación de servicios que traen aparejada una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades industriales y comerciales, conforme lo establece el artículo 82 de la LPI, y la salud no encuadra en ellas, porque es de carácter público, aunque en ocasiones el servicio lo imparta un particular.

3.- La LPI en sus artículos 16 fracciones II y IV, y 19 fracción VII, establece que el material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; el

cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales, no son considerados invenciones ni pueden ser patentados.

Fundamentos que resultan contradictorios al artículo 4° de la Ley de Ciencia y Tecnología (en adelante LCT) que en su fracción III establece que una investigación científica y tecnológica es posible en todas las áreas, eventualidad jurídica que también contradicen los artículos 3° fracción V y 73 fracción XXIX-F Constitucionales, en correlación con los numerales 2° fracción VII y 68 fracción IV de la LGS, en analogía con los apartados 6° fracción VI, 12 fracción XV y 13 fracción VIII de la LCT, que otorgan apoyo en la protección de propiedad intelectual a dichas investigaciones.

Si bien es cierto, que las investigaciones científicas y tecnológicas del sector salud enfocadas al tratamiento de la infertilidad y reproducción humana, atienden al beneficio de la humanidad, también lo es que las personas inmiscuidas en estos temas ofrecen su tiempo y esfuerzo para lograr esa rehabilitación, por tal motivo merecen que se les reconozca y proteja jurídicamente. De lo contrario y muy específico en nuestro país se perjudicaría el progreso de nuestro pueblo, toda vez que los individuos con deseos de realizar investigaciones de esta índole se desmotivan por las desventajas internacionales que existen en otros países, consistentes en la emisión de patentes en los descubrimientos e investigaciones científicas y tecnológicas en el sector salud.

4.1.5 Ley de Ciencia y Tecnología

Con base en los artículos 3° fracción V y 73 fracción XXIX-F Constitucionales, en relación con los numerales 68 fracción IV y 97 de la LGS, es la Secretaría de Salud (en adelante SS) en coordinación y colaboración con el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (en adelante CONACYT), quienes orientarán, apoyarán y estimularán el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la

salud, los temas de estudio que incluyen son: la planificación familiar que a su vez comprende las materias de: anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; ideología que se encuentra fortificada en los artículos 1° fracción II, y 12 de la LCT.

Por ende, esta normatividad no puede quedar excluida de la presente exploración, de la misma forma, su contenido establece lo que se debe comprender por investigación, cuales serían las facultades del Consejo General en relación con las averiguaciones científicas y tecnológicas, así como los programas, políticas y tipo de apoyos que recibirán las mismas en los ámbitos públicos, sociales y privados (artículos 4° fracción III y IV, 6°, 12 fracciones VII y XIX y 13 fracción VIII de la LCT.).

En especial porque es esta normatividad la que define a la investigación como: “aquella que abarca la investigación científica, básica y aplicada en todas las áreas del conocimiento, así como la investigación tecnológica,” la cual contarán con apoyo en estímulos fiscales y financieros, facilidades administrativas, de comercio exterior y régimen de propiedad intelectual, en los ámbitos públicos, privados y sociales, es decir establece la protección y políticas de las investigaciones científicas y tecnológicas.

En cuanto a los estímulos fiscales, estos son reglamentados por los artículos 219 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y, 16 incisos b), c) y d) de la Ley de Ingresos de la Federación, que a manera de sinopsis establecen que se otorga un estímulo fiscal a los contribuyentes del impuesto sobre la renta por los proyectos en investigación y desarrollo tecnológico que realicen en el ejercicio, los beneficiarios deberán reunir los requisitos y reglas que expida el Comité Interinstitucional.

4.1.6 Código de Comercio

Como se mencionó anteriormente, “en México la Ley General de Salud permite la donación de óvulos siempre y cuando sea de manera altruista,... pero prohíbe la comercialización de óvulos y la renta de úteros con fines de procreación; sin embargo, los especialistas aseguran que la actividad podría llevarse a cabo *por debajo del agua*,.. - y es posible que de este tipo de- negocio... el médico no está enterado.”¹³ Comentario del Director General del Instituto Médico de la Mujer, Carlos Maquita, que encuentra su origen en los artículos 319, 327 y 462 fracciones I y II de la LGS.

Aunado al hecho y Derecho de que el Código de Comercio (en adelante CoCo), en sus artículos 3° y 75 respectivamente, en ninguno de sus supuestos tipifica a los padres comitentes, mujer gestante parcial o total, donadores y agencias de publicidad y fertilización intermediarias, acuerdos y/o contratos de compra-venta y/o servicios de gestación, que celebran las partes; como comerciantes y/o actos de comercio.

La comercialización de gametos y “subrogación... - de útero, generada por la MPA, es real-, al extremo de que un sinnúmero de agencias especializadas ofrecen servicios, vía internet, prácticamente en todo el mundo, a pesar del rechazo categórico de moralistas y doctrinas religiosas”¹⁴, y del ámbito jurídico, en virtud de que la web es empleada “por cientos de mujeres, principalmente de América Latina y Europa,... para subastar su material genético y ofertar el ‘hospedaje’ de su útero hasta por tres millones de pesos,...

“- Por citar algunos anuncios que se encuentran en las páginas del espacio virtual, están:- ... ¿Quiere donar óvulos? Puede ganarse de 300 a 700 dólares. ¿Le interesa rentar su útero? Entonces puede obtener 25 mil dólares, más un premio de cinco mil si tiene gemelos y siete mil si son más de tres bebés.”¹⁵

¹³ Ibidem, p. 40

¹⁴ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, **Tesina: Las deficientes reformas del Código Civil en el Distrito Federal en materia de Inseminación Artificial** [en línea], México, ENEP ARAGON-UNAM, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030506000248.html>

¹⁵ “Vientres en alquiler”, op. cit., nota 1, p. 39

Ofertas que tienen como “contraparte - a- las parejas que buscan tener un hijo. En los mismos foros donde se ofertan los vientres, las peticiones ocupan prácticamente el mismo espacio.”¹⁶

Por ende, el análisis del Derecho Mercantil en el estudio de la MPA es trascendental, en especial porque los individuos utilizan el ciberespacio que ofrecen los intermediarios (agencias de publicidad y fertilización), para negociar lo concerniente a la compra-venta de gametos, preembriones y/o prestación de servicios por la incubación del feto.

La normatividad encargada de reglamentar el comercio electrónico es el CoCo, en sus artículos 89 al 114, estos preceptos son aplicados en forma obligatoria en toda la República Mexicana, porque gozan de validez jurídica aunque sólo estén contenidos en un mensaje de datos, además reconocen a las empresas extranjeras en materia de comercio electrónico.

Reconocimiento jurídico, que asociado al contenido del artículo 38 de la LGS, que cita: “servicios de salud privados... que presten personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios,... - deben estar sujetas- a los ordenamientos legales, civiles y mercantiles.”

Genera que los modelos jurídicos del comercio electrónico sean bien utilizados por la MPA, toda vez que los acuerdos, convenios y contratos civiles y/o mercantiles celebrados entre los padres comitentes y las mujeres gestantes subrogadas parciales o plenas, con ayuda de terceros intermediarios con reconocimiento jurídico, son mediante el uso de medios electrónicos, y quedan perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada (artículo 80 CoCo.).

¹⁶ CASTILLO, Miriam, “Renta de úteros por internet”, **MILENIO**, nota 2, p. 26 de la sección de ciudad

De la misma forma, los artículos 1º y 2º del CoCo, dan pauta para que la comercialización de la maternidad-paternidad asistida en el espacio virtual, sea tratada como un contrato civil, porque los sujetos que intervienen en ella no son comerciantes, ni mucho menos sus acciones, al no encontrarse contemplados en los artículos 3º y 75 del mismo Código, así como el suceso de que a falta de disposiciones del ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del Derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

4.1.7 Código Civil Federal

El Código Civil Federal (en adelante CCF) vigente, no contempla a la maternidad-paternidad asistida, por consiguiente, las instituciones y criterios jurídicos relacionados con las personas y el tema de reproducción humana asistida (en adelante RHA), contemplados en el ordenamiento referido, encontramos al artículo 22, que tutela al ser humano desde el momento de su concepción, sin embargo el Código en mención no establece la definición de concebido, por tal motivo consideraré la noción señalada en el artículo 314 fracciones I, VIII y IX de la LGS, que cita: “Se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;... 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.”

Por ende, un ser humano concebido es el resultado de la unión de dos células germinales, que atraviesa por las etapas de: cigoto, preembrión, embrión y feto hasta su nacimiento.

Lo antepuesto se resalta, toda vez que la MPA se encuentran íntimamente ligadas al ser humano desde su faceta de célula germinal, en virtud de que la problemática principal derivada del nacimiento de un p rulo fecundado y parido

en el cuerpo de una mujer que no es su madre legal, lo cual propicia un enorme conflicto de filiación, así como la exigencia de entrega del bebé y cobro del servicio prestado, si así se pactó entre las partes, aunado al hecho de que hacer con los embriones sobrantes.

En consecuencia, es de imperiosa necesidad el análisis del Derecho Civil, en su campo del Derecho Familiar y Obligaciones (contratos), en virtud de que la primera regula las instituciones de maternidad, parentesco, paternidad, filiación, guarda y custodia, patria potestad, alimentos, sucesiones, matrimonio, concubinato y divorcio entre otras, mismas que se encuentran vinculadas a las progresiones científicas y tecnológicas de las TRHA. La segunda reglamenta todo lo concerniente a la existencia, clasificación, modalidades y consecuencias que producen las obligaciones pactadas y permitidas por la ley, que aplicado a los acuerdos y/o contratos celebrados entre los padres comitentes, padres genéticos, madres gestantes subrogadas plena o parcial y/o agencias publicitarias y fertilizadoras entre otras, son las instituciones jurídicas precisas a analizar y legalizar. Es este segundo punto el que permite desmesurar lo siguiente:

1.- Los hospitales, agencias de publicidad y centros de fertilización humana artificial nacionales y/o extranjeras son personas morales con fines científicos lícitos, en atención a que se encuentran reconocidos y constituidos conforme a la ley nacional y extranjera respectiva (artículos 25 y 2736 CCF), toda vez que su objetivo es el servicio obligatorio de planificación familiar establecido en los artículos 3º fracción VII, 27 fracción V, 67 y 68 de la LGS, en correlación con el precepto 38 de la misma Ley que establece que los servicios de salud privados deben cumplir con los requisitos legales de la materia civil y mercantil.

Aunado y conforme a los artículos 1792, 1793, 1794 del CCF, los contratos realizados por los hospitales, agencias de publicidad y centros de fertilización para brindar servicios de TRHA son legales, porque prestan un servicio de planificación familiar autorizado por el Derecho de los Estados y brindan un servicio de

salubridad general como lo es la planificación familiar. Asimismo ofrecen protección de salud física y mental de los menores, en virtud de que comparten la responsabilidad con los padres y/o tutores que ejercen la patria potestad (art. 63 de la LGS)

2.- En cuanto a la contratación, en muchos casos verbal, realizada por los padres comitentes y la mujer gestante subrogada (MGS), se puede decir que es posible (de hecho es así), pero ilícito, en virtud de que los bebés no son un objeto de contrato lícito (artículo 1827 CCF).

3.- Un requisito de existencia en los contratos es el consentimiento (art. 1794 fracción I del CCF), el cual puede ser expreso o tácito (art. 1803 CCF). “Para los efectos médicos de la fertilización asistida suele darse de manera escrita y considerado como un consentimiento informado-validado, es decir: de acuerdo con la CONAMED (Comisión Nacional Médica), el consentimiento transmitido al paciente debe contar con requisitos básicos de validez como lo son:

- Explicación adecuada por parte del médico.
- Libertad de decisión (ausencia de error, dolo, violencia).¹⁷

4.- De acuerdo con el artículo 1837 del CCF, los contratos pueden ser onerosos y/o gratuitos, en atención a la libertad que la ley les otorga a las partes de contratar u obligarse a lo que ellos quieran (art. 1832 CCF).

5.- Por último, la materia civil regula un sin número de contratos: compraventa, mandato, gestión de negocios, arrendamiento, cesión de derechos, donación, etc., pero ninguno parecer ser el adecuado para las necesidades de esta nueva institución de MPA, creada por las necesidades biomédicas, científicas y tecnológicas de la infertilidad y esterilidad. En virtud de que los gametos,

¹⁷ CASAS Martínez, María de la Luz, “consentimiento informado”, comentario realizado en el tema: Consentimiento informado, Mesa III Calidad en la atención de los servicios de salud, de la conferencia Salud integral y Derechos Humanos, en el Ciclo de conferencias en el marco del 60º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizada por la Secretaría de Salud, México D.F., noviembre de 2008

preembriones, embriones, fetos y párvulos nacidos por TRHA no son patrimonio, tal como lo establece la doctrina: “Patrimonio es un tributo de la personalidad... visto objetivamente sólo es una masa de bienes.”¹⁸ “El patrimonio de las personas está formado por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero...”¹⁹

En este orden de ideas, la Ley debería permitir la libertad a las partes de que este nuevo hecho social, científico y tecnológico en beneficio de la salud humana se pueda considerar conforme a la legislación civil y de salud, como un contrato de alquiler de útero o de MPA, con la modalidad de gratuito y/u oneroso, a elección de las partes, en virtud de que la normatividad existente lo permite y puede dar soluciones con lo ya establecido.

4.1.8 Código de Procedimientos Civiles Federal

Al igual que el CCF, el Código de Procedimientos Civiles Federal (en adelante CPCF), no contempla a la MPA, en consecuencia, es posible que en caso de que se presente una controversia de esta materia, los juristas deban resolverla con los lineamientos básicos y establecidos hasta el momento en el ordenamiento adjetivo citado.

Al respecto, el artículo 1º del CPCF sería el precepto legal que daría pauta en el ámbito familiar y civil para que los padres comitentes puedan entablar juicio en contra de la MGS, cuando no les quiera entregar al párvulo, en virtud de que tienen interés jurídico en que se cumpla lo pactado y lo más importante recuperar y obtener la filiación legal de su infante.

Hacer valer lo establecido en los artículos 14, 24 y 25 del CPCF, cuando los tribunales de materia civil deseen declararse incompetentes, se podrá impugnar

¹⁸ MANSILLA y Mejía, María Elena, *Glosario Jurídico Civil*, México, UNAM-IURE editores, 2005, colección glosarios jurídicos temáticos, 2ª serie, volumen 2, pp. 90 y 91

¹⁹ SOTO Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 21ª ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 1993, p. 141

con los recursos legales para que conozcan del caso en atención a la competencia, como podría ser:

- Por acción personal o del estado civil; en virtud de que el reconocimiento de la filiación se acredita con las actas que emite el Registro Civil.
- Por tratarse de menores, cuando menos para solicitar la tutela.

Para acreditar el parentesco consanguíneo, pero en especial que se reconozca la filiación de los padres comitentes en la MPA son indispensables las pruebas en materia genética, para acreditar fehacientemente que los padres comitentes son los padres legales del infante, así como el aceptar la existencia del contrato, que se valoren los trámites para la elaboración de la TRA, la opinión del médico especialista, del hospital; es decir, el jurista Juzgador debe tener un criterio amplio para solucionar el caso en donde la MGS no quiera entregar al párvulo o no le cumplan con lo pactado: gastos médicos, pagos, aceptación de por qué hubo un aborto. Lo anterior, para cumplir con lo establecido en el artículo 79 del multicitado ordenamiento, que le permite al juzgador valerse de cualquier persona, cosa o documento que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Otro gran reto, sería cuando intervienen sujetos de otros Estados, en consecuencia el Juzgador debe ser hábil para saber aplicar de manera correcta el Derecho extranjero o el nacional (art. 86 bis CPCF), eventos que se ven reflejados en las ejecuciones de sentencias (arts. 569 y 570 CPCF), porque debemos recordar que la mayoría de estos acuerdos se realizan a través de la web, y el tránsito de nacionales y extranjeros en el ámbito jurídico no es imposible y el Derecho tiene la obligación de resolver los problemas que se lleguen a presentar.

4.1.9 Código Penal Federal

Las transacciones gratuitas y onerosas de la maternidad-paternidad asistida se dan en la vida real, la pregunta que surge es: ¿Qué opina la materia penal de todo

esto?, en virtud de que existe tres principios generales del Derecho que establecen:

- Lo que no está prohibido, está permitido.
- Sin Ley, no hay delito.
- La ignorancia de la Ley, no exime de su cumplimiento.

En virtud de que el Código Penal Federal (en adelante CPF) establece lo siguiente:

Los artículos 1º y 6º establecen que los delitos del Código deben ser observados en toda la República Mexicana y que quien cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se le aplicará la sanción establecida en esas normatividades. Preceptos que serán aplicados y ejecutados por la autoridad penal a la MPA cuando los individuos violen el artículo 327 de la LGS, en correlación con el precepto 421 bis de la misma Ley, el cual consiste en aplicar una multa cuando se comercialicen órganos, tejidos y células porque la donación de estos deben regirse por principios de altruismo.

Otro supuesto aplicable a la MPA es el establecido en el artículo 277 del CPF, que cita: “Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes: I.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;... III.- A los padres que... presenten a un hijo suyo al Registro... suponiendo que los padres son otras personas.”

Es decir, los padres comitentes tipificarían en estos supuestos, porque reconocen un bebé que genética y legalmente es de ellos, pero parecería que no porque la madre comitente no lo parió y el padre comitente no es el marido o concubino de la mujer gestante que lo parió, esto de acuerdo con los principios

tradicionales de reconocimiento maternal y paternal; lo anterior porque se atribuye la filiación de un niño de una mujer gestante a otra pareja.

Conjuntamente, cuando la mujer gestante subrogada y la madre comitente intercambian personalidades (nombres) en los gafetes y expedientes clínicos en los hospitales incurren en la falsificación de documentos (arts. 243 y 244 fr. V y X del CPF), junto con ellos los administradores y médicos que trabajan en hospitales, agencias de publicidad y centros de fertilización porque en algunas ocasiones conocen los intereses de los padres comitentes y los auxilian.

Por otra parte, tres delitos que generan una observación delicada en las prácticas de la MPA, son: Incesto, adulterio y aborto, por las siguientes causas:

1.- De acuerdo con el artículo 272 del CPF el incesto consiste en sancionar a las personas que tengan relaciones sexuales con sus ascendientes, descendientes y entre hermanos. Lo cual nos hace preguntarnos: Sí la MGS parcial o total es hermana del padre o madre comitente ¿sería incesto? Si bien es cierto que no existió la ejecución de un acto sexual, si existe un producto genético biológico entre hermanos, y ya no hablar si la mujer gestante o donador es el padre o la madre de los padres comitentes.

2.- “La institución del matrimonio, como base de la familia... acepta como valedera, la definición llana de adulterio, describiéndolo como: la relación o ayuntamiento sexual de una persona, con otra de distinto sexo, estando alguno de los dos, unido en matrimonio - o concubinato- con diversa persona.”²⁰

En las prácticas de MPA pueden darse dos supuestos, participación en la TRHA con o sin consentimiento del cónyuge, técnicas médicas costosas, o si se carece de recursos económicos realizar lo suscitado en Gran Bretaña, como fue el caso “de Kirsty Tevens (nombre supuesto), mujer de veintiséis años y madre de

²⁰ REYES Barriga, Fernando, *Reproducción humana asistida y el Derecho*, nota 7, web

dos hijos que, tras haber optado, de acuerdo con su esposo, no tener más descendencia, más tarde decidió, con el consentimiento de su cónyuge, tener un hijo más para otra pareja.

“Como consecuencia del acuerdo con la pareja estéril, el varón de ésta y Kristy Tevens, mantuvieron relaciones sexuales en pocas ocasiones hasta que se logró la concepción del niño. No fue una relación amorosa, sino meros contactos puramente físicos que no tenían otra finalidad que la procreación.”²¹

En este orden de ideas, las respuestas parecen ser simples e indiscutibles:

a) En el supuesto de TRA con consentimiento, no hay adulterio.

b) Si la mujer se insemina o el varón dona esperma sin la voluntad de su cónyuge, ¿serían en un estricto sentido sujetos activos del delito de adulterio?, o sólo se actualizan causales de divorcio, como sucede en el Código Civil de Tabasco: “Son causas de divorcio necesario: El emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin consentimiento del marido. (art. 272, fr. XVIII).”²²

c) En el supuesto de cópula “autorizada”, cabe la pregunta ¿sería adulterio?, el cónyuge lo permitió y estaba de acuerdo, o en estricto sentido de nuestro CPF sería adulterio porque sí se consumó (art. 273 y 275).

3.- El aborto es un delito y práctica médica que hasta la fecha es moralmente recriminado, aunado a ser un tema bastante delicado, sin embargo en las prácticas de RHA es muy utilizado la técnica de reducción fetal o embrio-reducción cuando hay embarazos múltiples con riesgos de salud; la utilización de embriones en la experimentación y destrucción de los mismos, cuando estos no

²¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. y MASSIGOGUE Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Madrid, España, editorial Dykinson, 1994, pp. 33 y 34

²² Cfr. “Vientres en alquiler”, *ADN, salud+vanguardia+estilo*, nota 1, p. 40

han sido utilizados después de cinco años, término que tiene divergencia entre las Naciones.

a) La reducción fetal o embrio-reducción no es delito porque el médico sólo lo aplica en los embarazos múltiples con riesgos de salud y vida de los embriones, así como de la mujer gestante subrogada, de acuerdo con el artículo 334 del CPF, pero en donde se encuentra la contrariedad moral y jurídica es en la elección del feto a eliminar. Este tipo de abortos se denomina como “aborto provocado..., - y se debe a la intervención especial del hombre, puede ser: terapéutico, eugénico, psico-social, ético y legal. - Para efectos de la maternidad-paternidad asistida sólo explicaré los dos primeros:-

- “Aborto terapéutico, cuando el embarazo está poniendo en grave peligro la vida o la salud de la madre gestante.
- “Aborto eugénico, cuando se prevé que el ser concebido presenta alguna anomalía congénita o alguna malformación grave.”²³

b) En cuanto al hecho de determinar si la destrucción o utilización para experimentación del o de los preembrión/preembriones sobrante (s) puede ser tipificado como aborto, resulta indispensable.

“Para el CAHGE debe entenderse por embrión el organismo resultante de la fusión de dos gametos durante las seis semanas siguientes a la fertilización, con clara distinción con el feto,...”²⁴ concepto que de acuerdo con el artículo 314 fracción VIII de la LGS, diverge en cuestión de tiempo: “Para efectos de este título se entiende por:... VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional.”

El aborto en el “lenguaje médico,... está definido como el fin del embarazo espontáneamente o por inducción, con antelación a la viabilidad fetal. Es cualquier

²³ BÁEZ, Carlos. *Bioética* [en línea], [citado febrero 15, 2009], disponible en internet: bioetica.org/.48K

²⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, op. cit., nota 21, p. 22

interrupción del embarazo antes de las 28 semanas de gestación con la muerte del feto.” En el vocablo jurídico “es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.” (Artículo 329 del CPF.).

Conjuntados en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida la destrucción y/o utilización de embriones para la experimentación, no se consideraría delito conforme al artículo 4º fracción III de la LCT, en correlación con el precepto 68 fracción IV de la LGS, que permiten el apoyo y fomento de la investigación científica y tecnológica en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana, siempre y cuando no violen las limitaciones, por citar algunas experimentaciones están:

- Gametos: investigación y experimentación sin límites.
- Preembriones viables: investigación de carácter diagnóstico y fines terapéuticos o preventivos, siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico.
- Preembriones no viables: experimentación sin límites con autorización de la autoridad competente, cuando se acredite científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines.
- Preembriones no viables: experimentación amplia para modificar patrimonio genético no patológico, si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.
- Embriones y fetos en el claustro materno: investigaciones de carácter terapéutico o de diagnóstico.
- Embriones viables fuera del claustro materno: se prohíbe experimentación.
- Embriones no viables fuera del claustro materno: investigación amplia y experimentación con permiso de la autoridad competente.
- Embriones y fetos muertos: investigación y experimentación.²⁵

²⁵ Cfr. Iniciativa de Ley propuesta por los diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, denominada: DECRETO por el que se expide la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y de Disposición de Material Genético Humano, y de reformas a los artículos 329 y 349 de la Ley

Por tal motivo, la materia penal requiere de reformas que permitan resolver de manera idónea los problemas de reconocimiento de filiación de la MPA sin temor a caer preso, en virtud de que “las mujeres están dispuestas a ser madres sustitutas - porque- consideran que el pago es suficiente para correr el riesgo.”²⁶

4.1.10 Código de Procedimientos Penales Federal

El Código de Procedimientos Penales Federales (en adelante CPPF) es la legislación adjetiva que establece los lineamientos para que las autoridades judiciales ejerzan sus funciones, hasta el momento en materia de la MPA no existen artículos específicos, por ello se debe atender a la norma general ya existente.

En caso de que se presente la necesidad de resolver un asunto jurídico derivado de la MPA, la determinación de la competencia de la autoridad es a través de los artículos 6º al 14 del código en mención.

Los medios de prueba serían los establecidos en los artículos 206 al 278 del CPPF, garantizados por el artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como lo son: Confesión de declaración voluntaria; inspección de todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto; inspección para descripción a través de dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados, o cualquier otro medio para reproducir; pericial para el examen de personas, hechos u objetos que requieran conocimientos especiales; testimonial; confrontación; careos y documentales.

General de Salud, *Gaceta Parlamentaria* [en línea], México, abril 1999 [citado enero 30, 2009], Boletín 0379, año II, núm. 253, disponible en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/1999/abr/19990427.html>

²⁶ CASTILLO, Miriam, “Renta de úteros por internet”, *MILENIO*, nota 2, p. 26 de la sección de ciudad

De las probanzas antes mencionadas cabe resaltar dos que son bien aplicadas a la maternidad-paternidad asistida: La inspección establecida en el artículo 213 enfocada al delito de aborto. Y testimonial médica (secreto profesional, artículo 243 bis), esta última para cuestiones de que el médico en caso de saber de la negociación entre padres comitentes y mujer gestante subrogada no emita su testimonio.

Por último, el CPPF no contempla la ejecución de sentencia extranjeras, y podría darse el caso de que se haya realizado un contrato de maternidad-paternidad asistida entre padres comitentes extranjeros y MGS mexicana, o padres comitentes mexicanos y MGS extranjera, en donde si esté regulado la MPA en la legislación penal correspondiente y se tenga que acatar lo respectivo.

4.1.11 Ley Federal del Trabajo

La RHA a través de las TRA destinadas al auxilio de la MPA han creado en las sociedades contemporáneas un nuevo oficio, en virtud de que el alquiler de útero por parte de una mujer a favor de los padres comitentes, la convierte en una trabajadora, el Derecho Laboral debe cubrir las necesidades de las mujeres gestantes subrogadas y padres comitentes.

De acuerdo con el artículo 170 de la ley federal del trabajo (en adelante LFT), los derechos de toda mujer embarazada son entre otros: 1. Durante el embarazo no realizarán trabajos que pongan en peligro su salud de gestación; 2. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto; y 3. Durante el período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa. En correlación con el artículo 123 Constitucional apartado A fracción V y apartado B fracción XI incisos a) y c).

En este orden de ideas, de una interpretación a los artículos 8º y 20 de la LFT, el alquiler de úteros derivado de la maternidad-paternidad asistida podría ser considerado como un trabajo personal subordinado, en atención a que una persona física presta a otras el servicio de una “actividad humana” (intelectual o material), que en muchas ocasiones conlleva una paga determinada por mutuo acuerdo.

Es decir, los padres comitentes son los patronos y la mujer gestante subrogada la persona subordinada, quien suele obtener una paga por el servicio, y es subordinada porque se somete a las condiciones de actividades y rutinas médicas, alimenticias, etc., establecidas por sus “patrones”, al igual que una nodriza.

En este orden de ideas, la LFT no contempla los “contratos” de subrogación de útero y sus consecuencias laborales, cuando este nuevo oficio requiere de imperiosa necesidad su regulación para la protección de los padres comitentes y de la MGS, en especial porque los preceptos referidos permiten considerarlo un trabajo subordinado.

4.1.12 Iniciativas de Ley

En el 2009 la reproducción humana asistida cumple 31 años de servicio a favor de la humanidad, en especial de las parejas infértiles y estériles que desean fervientemente convertirse en padre y/o madre a través de las técnicas de reproducción asistida, este evento demuestra que la legislación positiva vigente ha evolucionado, para resolver los conflictos presentados en materia de maternidad-paternidad asistida.

Al respecto nuestro país ha hecho varios intentos por regular la MPA de manera específica, pero no han proliferado debido a las discusiones de carácter

religioso y moral que se desatan, en consecuencia los legisladores dejan el asunto en mera iniciativa. Algunas de ellas son las siguientes:

1.- El presidente de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados José Ángel Córdova Villalobos, en sus trabajos denominados: “AUMENTÓ CIEN POR CIENTO EL PRESUPUESTO PARA EL SECTOR SALUD DURANTE LA LIX LEGISLATURA: CÓRDOVA VILLALOBOS”²⁷ y “10 POR CIENTO DE LAS PAREJAS MEXICANAS SUFREN PROBLEMAS DE ESTERILIDAD”²⁸; manifestó:

Las TRA son un tema muy polémico, que no ha obtenido acuerdos. Se propugnará la reforma a la LGS para que las técnicas mencionadas tengan un marco legal idóneo, lo anterior es urgente porque existe un vacío legal en este tema desde hace 17 años y existen 30 clínicas legales en México que tienen elementos para poder garantizar un tratamiento con éxito.

Sin embargo, a falta de una ley de regulación no se tiene un registro de cuántos embriones hay congelados o cuántos se desechan, y es necesario acotar y definir muy bien qué se puede o no hacer con ellos, porque el embrión es un proceso de desarrollo del ser humano. Del mismo modo, es este tema lo que produce un debate excesivo y retraso en la regulación de la reproducción humana asistida, en donde no se llega a acuerdos sobre cuándo comienza la vida, porque algunos deciden que es en el momento de la fecundación y otros dicen que hasta el día 14 de la gestación y eso cambia el concepto.²⁹

²⁷ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Aumentó cien por ciento el presupuesto para el sector salud durante la LIX Legislatura: Córdova Villalobos”, *Gaceta Parlamentaria* [en línea], México, julio 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 3294, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/007_julio/30_30/3294_aumento_cien_por_ciento_el_presupuesto_para_el_sector_salud_durante_la_lix_legislatura_cordova_villalobos

²⁸ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “10 por ciento de las parejas mexicanas sufren problemas de esterilidad”, *Gaceta Parlamentaria* [en línea], México, junio 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 3123, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/006_junio/12_12/3123_10_por_ciento_de_las_parejas_mexicanas_sufren_problemas_de_esterilidad

²⁹ Cfr. Iniciativas de Ley del Congreso de la Unión, op. cit., notas 27 y 28, web

2.- El diputado independiente Isidro Camarillo Zavala propuso dos reformas a la LGS denominadas: “TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA”³⁰ y “PROPONEN INVESTIGAR CON CÉLULAS MADRE OBTENIDAS DE UN EMBRIÓN CREADO QUE NO SERÍA UTILIZADO POR PADRES BIOLÓGICOS”³¹, las cuales tiene en común el utilizar los embriones sobrantes de TRA en el desarrollo de células madre, sobresaliendo las siguientes ideas:

- a) El embrión tendría el status de “donador”.
- b) El embrión, producto de técnicas de reproducción asistida será para uso exclusivo de desarrollar células madre, siempre y cuando no sea viable y, haya pasado el plazo legal y biológico de crioconservación. Es decir prohíbe cualquier otra clase de investigación.
- c) Permitiría la obtención de células estaminales de fetos abortados, previo consentimiento de los progenitores.
- d) La Secretaría de Salud elaboraría un catálogo de hospitales e institutos donde se realice la investigación con células madre y evaluará la idoneidad de los proyectos científicos.

La iniciativa se justifica en el impulso, promoción y apoyo de investigación de células madre, para curar las enfermedades de diabetes, artritis reumatoide, anemias, Alzheimer, Parkinson y tumores cerebrales, y en la solución ética de no mantener congelados los embriones producto de TRA indefinidamente hasta su completa destrucción.³² Es decir, los embriones sobrantes deben ser utilizados para fines terapéuticos.

³⁰ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Técnicas de reproducción asistida”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, marzo 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 2726, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/003_marzo/07_07/2726_de_rogar_del_codigo_penal_los_delitos_contra_el_honor_propone_iniciativa

³¹ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Proponen investigar con células madre obtenidas de un embrión creado que no sería utilizado por padres biológicos”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, marzo 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 2745, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/003_marzo/11_11/2745_proponen_investigar_con_celulas_madre_obtenidas_de_un_embrión_creado_que_no_sería_utilizado_por_padres_bilogicos

³² Cfr. Iniciativas de Ley del Congreso de la Unión, op. cit., notas 30 y 31, web

3. El diputado de Convergencia Jesús Martínez Álvarez propuso tres iniciativas denominadas: “MULTAS Y CÁRCEL A QUIENES PRACTIQUEN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN AUTORIZACIÓN”³³, “REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD”³⁴ y “LEY GENERAL DE SALUD”³⁵, cuyo contenido es:

- a) Incluir un capítulo punitivo sobre técnicas de reproducción asistida, a fin de que se imponga cárcel y multas a quien recurra a esta opción con fines distintos a los autorizados.
- b) Multa y prisión a quien revele la identidad de los donadores de células germinales o a quien disponga de las mismas con fines distintos a los autorizados.
- c) Prisión y multa a quien transfiera embriones no humanos al útero de la mujer y a quien comercialice o dé uso industrial a estos óvulos.
- d) Prisión y multa a quien realice TRA en menores de edad.
- e) Prisión, multa y suspensión del ejercicio profesional a peritos y auxiliares de las disciplinas de salud, cuando intervengan en estas prácticas no autorizadas.
- f) La SS mediante el Consejo de Fertilización Humana y Embriología detectará a todas aquellas clínicas o centros clandestinos.
- g) Reformar los artículos 27 y 68 de la LGS, en sus fracciones V y IV respectivamente, para incluir el término de reproducción asistida.

La justificación de la iniciativa se basa en: Las TRA son un medio alternativo para solucionar los problemas crecientes de infertilidad y esterilidad del

³³ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Multas y cárcel a quienes practiquen la reproducción asistida sin autorización”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1816, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/abril_abril/23_23/1816_multas_y_carcel_a_quienes_practiquen_la_reproduccion_asistida_sin_autorizacion

³⁴ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Reformas a la Ley General de Salud”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1801, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/abril_abril/19_19/1801_proponen_adicionar_hasta_con_20_anos_la_pena_corporal_vigente_a_homicidas_de_periodistas

³⁵ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Ley General de Salud”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, febrero 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1627, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/febrero_febrero/24_24/1627_el_pleno_de_la_camara_de_diputados_conocio_23_iniciativas_sobre_diversos_temas_que_seran_discutidas_en_comisiones

ser humano, que deben ser reguladas, para proteger la vida, libertad, dignidad, igualdad y seguridad física de la propiedad humana.³⁶ Esta iniciativa protege la manipulación genética del gen humano con la de otros animales, es decir, evitemos una Isla del Doctor Monroue.

Estas iniciativas, se encuentran respaldadas por el grupo parlamentario de Convergencia, quienes presentaron una iniciativa para reformar la LGS denominada: “PROPONEN INCLUIR A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERVICIOS BÁSICOS DE SALUD”³⁷, conforme al hecho de que la reproducción humana asistida se desprende de la planificación familiar.

Lo anterior, se debe a que la legislación mexicana actual no contempla a la RHA como un servicio básico de salud, a pesar de que esta práctica en nuestro país se da todos los días en instituciones privadas principalmente, avances técnicos y científicos que elevan la calidad de vida, de los individuos con problemas de fecundidad y esterilidad, que a su vez robustecen los conceptos de maternidad y paternidad.

Cabe resaltar, que está iniciativa no se ha plasmado en la LGS, sin embargo, se contempla parcialmente en el “Objetivo 1. Fortalecer la perspectiva de derechos humanos en la elaboración de las políticas públicas de la APF... Estrategia 1.6. Consolidar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la elaboración de las políticas públicas de APF... Línea de acción del Derecho a la Salud: (SS, ISSSTE) Ampliar la cobertura de los servicios de salud, en particular la atención de salud reproductiva y los servicios de planificación familiar, y eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres tener

³⁶ Cfr. Iniciativas de Ley del Congreso de la Unión, op. cit., notas 33, 34 y 35, web

³⁷ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Proponen incluir a la reproducción asistida en los servicios básicos de salud”, *Gaceta Parlamentaria* [en línea], México, [citado enero 30, 2009], Nota 1610, disponible en internet: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/11286>

acceso a esos servicios; del Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012 (en adelante PNDH 2008-2012).³⁸

4.- El grupo parlamentario de Acción Nacional presentó en la LX Legislatura la iniciativa denominada “DIPUTADOS PROPONEN REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD PARA EVITAR MANIPULACIÓN EN EMBRIONES HUMANOS.”³⁹ El contenido de esta iniciativa es el subsecuente: Reformar la LGS para prohibir la investigación en embriones humanos, salvo en casos que se tenga una clara finalidad terapéutica y no impliquen daño alguno.

Sin embargo, parecen contradecirse porque la iniciativa establece que los embriones crioconservados no puede ser utilizados para un fin noble, como la investigación para el bien futuro de otros; este acto significaría destruir los derechos a desarrollarse y vivir de cualquier persona, manipulación que constituye una grave violación a la dignidad e igualdad del ser humano, en virtud de que prevalece la ley del fuerte sobre el débil, de acuerdo con lo expresado por la diputada Maki Esther Ortiz Domínguez.

Como el embrión es un ser humano en desarrollo, es necesaria su protección, por ello se debe incluir en la LGS las técnicas biotecnológicas que hacen posible la creación de éste, como la fertilización *in vitro* y la transferencia nuclear, para garantizar su capacidad de desarrollo continuo.⁴⁰

5.- En abril de 1999, los diputados del Partido Verde Ecologista presentaron una iniciativa de Ley denominada “LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DE DISPOSICIÓN DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO, Y DE

³⁸ **Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012** [en línea], México, vigente y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2008 [citado abril 9, 2009], disponible en internet: http://www.derechoshumanos.gob.mx/archivos/anexos/PROGRAMA_NACIONAL_DE_DERECHOS_HUMANOS_2008-2012.pdf

³⁹ Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Diputados proponen reformas a la Ley General de Salud para evitar manipulación en embriones humanos”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, [citado enero 30, 2009], Boletín 3343, disponible en internet: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/25135>

⁴⁰ Cfr. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, op. cit., nota 37, web

REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 329 Y 349 DE LA LEY GENERAL DE SALUD⁴¹, para regular la maternidad-paternidad asistida, grosso modo lo más relevante fue:

a) Exposición de motivos. Manifiesta el porque es necesario la creación y aprobación de la *Ley de técnicas de reproducción asistida y de disposición de material genético humano*, basada en una regulación ética jurídica para fomentar la expansión y progreso de los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos de la biomedicina y biotecnología, relacionados y derivados de la RHA como sería: la fecundación *in vitro*; la manipulación de preembriones, embriones y fetos sobrantes con fines de diagnóstico, terapéuticos, industrial (farmacéutico), terapia génica, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética; crioconservación de gametos y embriones; así como autoridades competentes, donadores de material genético, madres gestantes subrogadas parciales y plenas, padres comitentes y/o legales, e infante nacidos por estas TRA.

Temas que ya se encuentran regulados (permitidos o prohibidos) de manera precisa en otras legislaciones extranjeras, pero principalmente para acabar con el vacío legal de este tema en México; aunado a que no se puede dejar a la libre decisión de los científicos.

b) Capítulo I Disposiciones generales (arts. 1° al 6°). Establece autoridades y definiciones inherentes a la RHA, como serían: Autoridades: Secretaría de Salud, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Consejo Nacional de Reproducción Asistida (se crearía, en adelante CONAREPA), y Centros o establecimientos o servicios sanitarios autorizados por la Secretaría de Salud, para practicar las TRA. Definiciones de FIV, IA, material genético humano (en adelante MGH), maternidad asistida, transplante de embriones y TIG.

⁴¹ Iniciativa de Ley propuesta por los diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, op. cit., nota 25, web

c) Capítulo II De las usuarias de las técnicas de reproducción asistida (arts. 7° al 15). Instituye los derechos y obligaciones de los padres comitentes, mujer gestante subrogada y centros sanitarios autorizados, exige un resultado positivo (médico-salud) de la TRA y prohíbe la fecundación de óvulos distinta a la procreación humana. Los padres comitentes deben comprobar infertilidad o esterilidad irremediable para tener derecho a la técnicas de reproducción asistida. La MGS debe ser mayor de edad con buen estado de salud psicofísica y en caso de vivir en pareja, debe contar con el consentimiento por escrito de su marido o concubino para someterse a la TRA.

Los padres comitentes y la MGS deben contar con consentimiento informado (libre, consciente y por escrito) de la TRA a realizar, el contenido de este consentimiento informado comprende aspectos biológico, jurídico, ético y/o económico. El equipo médico y los responsables de los centros sanitarios autorizados tienen la obligación de proporcionar el consentimiento informado, a través de un formulario aprobado por la SS y el CONAREPA, además deben llevar una historia clínica individual y conservar secreto profesional de la TRA proporcionada.

d) Capítulo III Los padres y los hijos (arts. 16 al 17). Señala los supuesto para efectuar y reconocer la filiación de un párvulo nacido a través de la inseminación *post-mortem*. Como serían: Debe realizarse dentro de los seis meses posteriores al fallecimiento del consorte o concubino. El MGH del consorte o concubino (a) fallecido (a) debe hallarse en el útero de la mujer o la mujer gestante subrogada en la fecha de la muerte del cónyuge. Y la voluntad del consorte o concubino (a) de perseguir la perpetuación *post-mortem* de su especie debe constar en escritura pública o testamento, con consentimiento de cónyuge o concubino supérstite.

e) Capítulo IV De la maternidad asistida (arts. 18 al 23). Menciona que la maternidad asistida sólo es aceptable en dos supuesto: Por Inseminación *post-*

mortem y, cuando ambos cónyuges o concubinos o alguno de ellos sea infértil o estéril irremediable. Del mismo modo, recomienda un orden para seleccionar a la MGS, como sería: 1. Ser familiar de la madre comitente, 2. Ser familiar del padre comitente, 3. Persona cercana comprobable a los padres comitentes, y 4. Cualquier otra; conjuntamente requiere que la MGS se someta a exámenes y pruebas de salud física y mental.

Reconoce la existencia legal de un contrato de maternidad-paternidad asistida por escrito con modalidad onerosa o gratuita, cuyos requisitos son: 1. Debe registrarse en la CONAREPA, 2. Debe tener consentimiento informado de la MGS, 3. Renuncia expresa de la MGS de la filiación materna a favor de los padres comitentes, 4. Aceptación expresa de la MGS para seguir los cuidados y tratamiento que los padres comitentes y el médico encargado de la TRA proporcionen, 5. Que el contrato será nulo cuando la maternidad asistida provenga de un supuesto ajeno al de *post-mortem* o enfermedad irremediable, y 6. En caso de controversia en la filiación, esta se determinará en primer término por el origen del material reproductor fecundado, y en su defecto por el parto.

f) Capítulo V Crioconservación y otras técnicas (arts. 24 al 25). Establece los límites de tiempo de la crioconservación de gametos, preembriones y destino final de estos a centros de investigación autorizados.

g) Capítulo VI De la donación de material genético (arts. 26 al 27). Establece que el MGH es exclusivamente para fines científicos, así como los requisitos para poderlos donar.

h) Capítulo VII Diagnóstico y tratamiento (arts. 28 al 30). Establece la finalidad diagnóstica y terapéutica de preembriones *in vitro*, preembriones, embriones y fetos en útero, para lograr su viabilidad o inviabilidad, detectar enfermedades de transmisión hereditaria a fin de tratarlas y favorecer su desarrollo, sin fomentar la selección de raza, siempre y cuando la pareja cuente

con consentimiento informado sobre los procedimientos, posibilidades y riesgos de las investigaciones diagnósticas y terapéuticas propuestas.

i) Capítulo VIII Investigación y experimentación (arts. 31 al 41). Refiere las investigaciones y experimentaciones terapéuticas e industriales permitidas por la Secretaría de Salud, CONARAPE y CONACYT, en gametos, preembriones, embriones y fetos no viables, como serían:

1. Investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina,
2. Perfeccionamiento de técnicas de obtención y maduración de ovocitos,
3. Investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases de división celular, meiosis, mitosis, citocinesis, y envejecimiento celular,
4. Investigaciones sobre los procesos de diferenciación sexual en el ser humano,
5. Perfeccionamiento de las TRA y técnicas de crioconservación y descongelación de gametos, preembriones y embriones,
6. Investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias,
7. Investigación o experimentación en preembriones *in vitro* viables con fines terapéuticos, mientras no se modifique el patrimonio genético no patológico, y
8. Con aprobación de la SS, CONARAPE y CONACYT, la fecundación de gametos humanos con el de animales, cuando estas desarrollen la salud de la especie humana.

Estas investigaciones y experimentaciones deberán contar con el consentimiento informado de las personas de quienes proceda el MGH.

j) Capítulo IX Centros sanitarios y equipos biomédicos (arts. 42 al 45). Establece que los centros sanitarios y los bancos de donación y crioconservación de MGH que presten servicios de salud reproductiva e investigación deberán ser establecimientos autorizados y reglamentados por la Secretaría de Salud, su ley y sus reglamentos. Asimismo, instituye que el personal biomédico que trabaje en estos centros sanitarios deberá ser especialista calificado en las técnicas de reproducción asistida, técnicas de manipulación genética y derivaciones

científicas. Al mismo tiempo, los equipos biomédicos y la dirección de los centros sanitarios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si realizan mala práctica con las TRA o el MGH correspondiente.

k) Capítulo X De las infracciones y sanciones (arts. 46 al 48). Reglamenta y clasifica las infracciones en leves y graves. De las infracciones graves sobresalen: 1. La fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana, 2. La comercialización de preembriones o sus células, 3. Utilizar preembriones o sus células sin fines terapéuticos o científicos, 4. Clonar seres humanos, 5. Estimular la partenogénesis, 6. Manipulación genética del sexo con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados. 7. Creación de preembriones de personas del mismo sexo aunque sean con fines reproductores, 8. Intercambio genético de humanos con animales sin fines terapéuticos, 9. Propiciar o fomentar la ectogénesis, 10. Utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

l) Capítulo XI Consejo Nacional de Reproducción Asistida (arts. 50 al 52). Define al CONAREPA como un órgano permanente que depende de la Secretaría de Salud, y que colabora con la misma y el CONACYT. Asimismo, sus funciones las establece la Secretaría de Salud.

m) Capítulo XII Principios éticos de operatividad en la experimentación con embriones, preembriones, fetos y demás material genético humano (art. 53).

n) De los artículos transitorios, lo más trascendente es la obligación de la SS de expedir el Reglamento interno de la CONAREPA en un término no mayor de seis meses, y la autorización de la SS para instalar en los centros sanitarios bancos de MGH, órganos, tejidos y sus componentes con fines terapéuticos y de investigación.

De todas las iniciativas propuestas en materia de maternidad-paternidad asistida, esta es la más completa, sin embargo se observan las siguientes anomalías: 1. Es una copia idéntica de la Ley española 35/1988, 2. El CONAREPA no existe, 3. No define ni establece la diferencia entre preembrión y embrión, tampoco conceptualiza crioconservación y técnicas de reducción embrionaria y fetal, 4. No refiere nada de las agencias de publicidad que existen en la web, 5. Reconoce parcialmente el contrato de maternidad-paternidad asistida con modalidad onerosa y gratuito, 6. Al otorgar la filiación al donador del MGH y posteriormente a la MGS por el parto, en caso de controversia, excluye a los padres comitentes que no proporcionaron gametos, 7. No establece nada sobre el período de lactancia, y 8. Su aprobación y promulgación propiciaría reformas urgentes para la armonización de criterios en las legislaciones civiles, penales, de salud y de trabajo entre otras.

4.1.13 Jurisprudencias relacionadas con la maternidad-paternidad asistida

El progreso legislativo de la maternidad-paternidad asistida no ha sido suficiente porque suscita una diversidad de lagunas jurídicas que son “subsanaadas” por los criterios jurisprudenciales, las cuales son “insuficientes y/o incorrectos” porque todavía no se han emitido jurisprudencias específicas con el tema de: maternidad-paternidad asistida o reproducción humana asistida o técnicas de reproducción asistida o alquiler/renta de úteros o mujer gestante subrogada, por citar algunos términos.

Es decir, sólo se han emitido tesis aisladas que robustecen los principios tradicionales de reconocimiento voluntario y forzoso de filiación en las instituciones de maternidad y paternidad, como lo son: a) La maternidad y su filiación es resultado del embarazo y el parto para con el hijo y, b) La paternidad y su filiación es resultado de la presunción de fidelidad y habitualidad sexual por el vínculo matrimonial o concubinato que se tiene con la madre del párvulo, y en nada favorecen a la determinación de filiación por TRA. Tal como lo demuestran los

siguientes criterios jurisprudenciales utilizados desde el siglo pasado hasta la fecha:

1.- “INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD. DEBE PROBARSE EL ALUMBRAMIENTO Y NO LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)... la filiación resulta del solo hecho del nacimiento. (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Octubre de 2002, Página: 1392, Tesis: XI.2o.113 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

2.- “FILIACION DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO, EN RELACION CON LA MADRE. DEBE ESTAR RECONOCIDA LA MATERNIDAD, PARA QUE SURTA TODOS SUS EFECTOS LA... tratándose de la maternidad, está captada por el legislador como prueba de ésta, la mera circunstancia del nacimiento como prueba objetiva para tal efecto;... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, IV, Septiembre de 1996, Página: 650, Tesis: II.1o.C.T.76 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

3.- “INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD. DIFERENCIAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA)... ‘La filiación de los hijos... resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad’... (Localización: Séptima Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 16 Séptima Parte, Página: 21, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

4.- “HIJOS NATURALES, INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD DE LOS NO ES INCONSTITUCIONAL NI PRIVATIVO EL ARTICULO 318 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ... la forma de probar la filiación del hijo..., es distinta con relación a la madre y al padre,... por lo

que se refiere a esta, se acredita demostrando el parto y la identidad del hijo; y en cuanto al padre, sólo se justifica mediante una sentencia que declare la paternidad o por el reconocimiento voluntario que se efectuó en las formas previstas por la ley... (Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CIX, Página: 72, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

5.- “MATERNIDAD, PRUEBA DE LA... determinada mujer haya comparecido ante el oficial del Registro Civil, junto con el padre del menor, a presentarlo para su inscripción y haya firmado el acta sin indicar no ser la madre, implicó aceptación de la maternidad... - porque- el acta de nacimiento tiene por objeto probar el parto en relación con la madre y la paternidad respecto del padre, y es tal la eficacia de la partida de nacimiento como medio probatorio de la filiación,... (Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXVI, Página: 144, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

6.- “PATERNIDAD, PRESUNCIÓN LEGAL DE. HACE PRUEBA PLENA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)...la negativa del presunto progenitor a proporcionar la muestra necesaria para la prueba biológica de paternidad, hará presumir, salvo prueba en contrario, que se trata de la madre o el padre, es de carácter legal,... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, Febrero de 2009, Página: 1988, Tesis: I.8o.C.283 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

Por supuesto que un tema sobresaliente que la legislación civil ha considerado, es la del derecho del infante a conocer sus orígenes biológicos para un sano desarrollo, razonamiento que debe otorgarse a los infantes nacidos por las TRA; tal como lo acreditan las siguientes tesis aisladas:

1.- “PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. ES ILEGAL SU DESECHAMIENTO POR NO CUMPLIR CON LAS FORMALIDADES EXIGIDAS POR LA LEY PARA SU OFRECIMIENTO, EN JUICIOS RELACIONADOS CON LA PATERNIDAD O MATERNIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)... de los artículos 4o. constitucional, 3, 6 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se colige que los menores de edad tienen derecho a conocer su identidad, esto es, la posibilidad física y material de conocer su origen biológico,... Por tanto, es ilegal que en los juicios que versan sobre la paternidad o maternidad, se deseche la prueba pericial en genética, que es precisamente la idónea para demostrar tales cuestiones... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Diciembre de 2008, Página: 1067, Tesis: VI.2o.C.647 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

2.- “JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)... cuando los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en genética, opera la presunción de filiación controvertida, toda vez que de una interpretación analógica y de principios generales del derecho,... era dable presumir dicha filiación;... en consideración - a la- interpretación jurídica y,... exacta aplicación de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, 6, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. - Que establecen- el derecho de los menores a conocer su identidad y... origen biológico (ascendencia), -esta filiación se determina con - la prueba pericial en materia de genética (ADN)... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito,

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Febrero de 2008, Página: 2313, Tesis: VII.2o.C.111 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.”

No obstante, habría que reconsiderar estos supuestos, si bien es cierto que los infantes tienen Derecho a conocer sus orígenes, también lo es el derecho de los padres biológicos a negarse a dicha probanza y a que se respete su privacidad de donadores o mujer gestante subrogada conforme lo establece LGS, nociones robustecidas por las siguientes tesis:

1.- “PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ANTE LA POSIBILIDAD DE LOS PRESUNTOS PADRES DE NEGARSE AL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA, SE PRESUMIRÁ SU PATERNIDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL)... El artículo 5, apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia,... sobre su origen, -e - identidad de sus padres y a conocer su origen genético, se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no implica que dicho artículo autorice la práctica de la citada probanza de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, porque el precepto no establece la correlativa obligación de los supuestos padres a someterse a la práctica de la citada prueba pericial,... - sin embargo- la paternidad y la maternidad, según sea el caso, se presumirá, salvo prueba en contrario. (Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Página: 736, Tesis: 1a. CCXVII/2005, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

2.- “PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE

PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD. Tratándose de la investigación de la paternidad legal para esclarecer lo planteado en un asunto de desconocimiento o reconocimiento de paternidad, debe prevalecer esa prerrogativa en orden con la de intimidad o privacidad, en razón... -de - las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Noviembre de 2005, Página: 911, Tesis: II.2o.C.501 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

Del mismo modo, considerar a la prueba genética como probanza idónea para acreditar la filiación materna y paterna sería contraproducente, toda vez que los padres comitentes en ocasiones no son los padres biológicos, porque no aportaron material genético al párvulo, conjuntamente se podrían dar casos de doble maternidad y paternidad, o de ninguna porque los progenitores o padres legales soliciten juicios de desconocimiento de filiación, o no se permita el reconocimiento si son fruto de una inseminación *post-mortem*, como lo demuestran las siguientes tesis:

1.- “RECONOCIMIENTO DE HIJO. ES NULO EL SEGUNDO SI EN EL JUICIO NO SE ALLEGA PROBANZA ALGUNA TENDENTE A PONER DE MANIFIESTO QUE EL PRIMER RECONOCIENTE DESCONOCIÓ SU PATERNIDAD, O BIEN QUE LA MADRE LA CONTRADIJO O QUE POR CUALQUIERA DE AMBAS RAZONES SE HAYA DECLARADO SIN EFECTOS ESE ACTO JURÍDICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El reconocimiento es un acto jurídico familiar entre el reconociente y el reconocido, cuyos efectos son generar un estado de familia;... el reconocimiento efectuado por el padre a su hijo excluye cualquier posibilidad de validez del registro que después efectúe una persona distinta a él, aun cuando haya sido otorgado por error o engaño, arrancado por violencia o sorprendido por dolo,... debe estimarse que el segundo reconocimiento es nulo,... ya que no está legalmente permitido que una

misma persona sea reconocida dos o más veces por personas diferentes, subsistiendo jurídicamente el anterior reconocimiento. (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Enero de 2007, Página: 2315, Tesis: XI.2o.142 C, Tesis Aislada Materia(s): Civil).” Este supuesto puede verse reflejado cuando la mujer gestante subrogada es casada y no quiere entregar el bebé a los padres comitentes, en consecuencia ella y su marido serían los padres legales, y el infante está expuesto a una doble maternidad-paternidad de hecho.

2.- “DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, ACCIÓN. PUEDE INTENTARSE POR TODO VARÓN QUE ESTIME NO SER EL PADRE BIOLÓGICO DE UN HIJO NACIDO DENTRO O FUERA DE MATRIMONIO... la acción de desconocimiento de la paternidad, es susceptible que sea intentada por todo varón (cónyuge o concubino) que estime no ser el padre biológico de un hijo... Incluso, dicha acción, puede ser intentada por aquel varón que registró a un menor como su hijo,... (Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Octubre de 2007, Página: 3160, Tesis: I.11o.C.183 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).” Este supuesto se podría dar cuando el marido o concubino de la madre gestante sustituta no quiere, y está en todo su derecho, reconocer por presunción a la criatura que parió su pareja, entonces el menor quedaría sin filiación paternal o maternal, según el caso.

3.- Por último, un impúber nacido por técnicas de reproducción asistida *post-mortem*, quedaría a la deriva si sus padres biológicos, comitentes y/o legales fallecen, por las siguientes causas:

a) “INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD. LAS ACCIONES RELATIVAS SOLO PUEDEN INTENTARSE EN VIDA DE LOS PADRES (HIJOS NATURALES)... ‘Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.’. Por consiguiente,...

precluyó el derecho del quejoso para deducir la acción de que se trata, toda vez que su supuesto progenitor había fallecido. (Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Informes, Informe 1980, Parte II, Página: 47, Tesis: 43, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

b) “INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD. LAS ACCIONES RELATIVAS SOLO PUEDEN INTENTARSE EN VIDA DE LOS PADRES. HIJOS NATURALES (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO)... ‘Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres’. De donde se sigue que si el supuesto progenitor ha fallecido, debe considerarse precluído el derecho del actor para deducir la acción de que se trata. (Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 133-138 Cuarta Parte, Página: 146, Tesis Aislada, Materia(s): Civil).”

4.2 Legislación Extranjera o Derecho Comparado

Como se ha mencionado los países que se encuentran a la vanguardia en conocimientos tecnológicos de maternidad-paternidad asistida son entre otros Estados Unidos de América, Canadá, España, Francia, Inglaterra y Japón, al igual que nuestro país; de ahí el interés del presente estudio por comparar nuestra legislación nacional con dos de estas naciones y saber si tenemos los mismos principios jurídicos tradicionales en materia de maternidad y paternidad, pero lo más importante que leyes regulan de manera específica la maternidad-paternidad asistida

En cuanto a la nación Española, el interés se debe a la “similitud” cultural, toda vez que fue y es uno de los países europeos que mantiene mayor contacto con los países latinoamericanos, debido al factor histórico que nos une; pero principalmente por ser uno de los Estados Europeos que se mantienen a la vanguardia en la legislación del tema de la MPA, en atención a que desde 1988,

ha reglamentado y actualizado esta actividad científica en su normatividad, aunado al acontecimiento jurídico efectuado por nuestros diputados consistente en proponer una iniciativa de Ley en materia de MPA semejante a su Ley promulgada en el año 1988.

Por su parte, EUA es uno de los Estado más cercano a nuestro país, por la cuestión geográfica, además es una de las principales naciones con la que nuestro Estado mantiene actividades socioeconómicas, políticas y culturales, aunado al excesivo tránsito humano que se da entre nuestros nacionales.

4.2.1 España

“País situado en la Península Ibérica de Europa Meridional y Mediterránea, con una superficie de 504 782 km² y limita al Norte con Francia y el Mar Cantábrico, al Oeste con Portugal y el Océano Atlántico, y al Sur y al Este con el Mar Mediterráneo.”⁴² Su lengua oficial es el castellano y la religión predominante es la católica.

De acuerdo, con su Constitución de 1978, su nombre oficial es Reino de España, es un Estado social y "democrático que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La soberanía nacional reside en el pueblo español y la forma política del Estado es la de una monarquía parlamentaria... El Poder Judicial incumbe al Tribunal Supremo. Para la administración de justicia...”⁴³ Es país miembro de la Unión Europea.

4.2.1.1 Casos reales de maternidad-paternidad asistida en España

⁴² GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón, *Enciclopedia metódica Larousse en color*, 2ª ed. actualizada, 3ª reimpresión, México, D.F., ediciones Larousse, 1988, Tomo I, p. 53

⁴³ *Ibidem*, p. 56

La infertilidad y esterilidad en las parejas contemporáneas a nivel mundial es inevitable, por consiguiente, la población del país Español al igual que nuestro Estado Mexicano, recurre a las TRA para satisfacer sus necesidades maternas y paternas, de ahí que también se susciten casos reales relacionados con la MPA, algunas anécdotas son:

a) “El deseo de seleccionar el sexo de los hijos no es una cuestión que podamos considerar como novedad de los últimos tiempos sino que se trata de un anhelo extendido repetidamente a lo largo de la historia.

“Hoy en día los motivos son distintos pero podemos decir que sigue vivo ese anhelo de elegir el sexo de los hijos, esta vez más por motivos personales, de satisfacción del deseo que, según estudios realizados en Estados Unidos, tiene un gran número de parejas de tener hijos de destinto sexo y principalmente el primero varón y el segundo hembra. Sin ir más lejos esa querencia se ha puesto de manifiesto... en el caso de la mujer de Mataró que en el año 1990 solicitaba la práctica de técnicas de reproducción asistida para conseguir tener una hija argumentando,... - que- ya tenía cinco hijos varones y... su mayor ilusión era tener una niña.”⁴⁴

b) “Un tribunal de Valencia juzga el primer caso de una ‘madre de alquiler’...

“Un matrimonio cuarentón había *alquilado* a una joven embarazada para que les entregara la criatura tras el parto y el bebé sería inscrito como hijo biológico del matrimonio. El niño nació prematuro en la Clínica Virgen del Consuelo de Valencia, el 3 de junio de 1991, quedando ingresada en dicho centro la madre biológica. Debido a los problemas de peso que presentaba el recién nacido se aconsejó su traslado a La Fe, en cuyo hospital los médicos sospecharon de un matrimonio, ya mayor, que reclamaba el niño, mientras ello ocurría la madre de la criatura se fugó de la clínica en que se hallaba internada y nadie desde

⁴⁴ ALBERRUCHE Díaz-Flores, Mercedes, *La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?*, Madrid-España, Centro Universitario CRC, Ramón Caranda, Dykinson, 1998, p. 131

entonces la ha vuelto a ver y al parecer tan solo se conoce su extrema juventud y su pertenencia a la etnia gitana. En La Fe dieron parte los médicos a la policía y así pudo descubrirse toda la trama. Rafaela V., una mujer de Madrid, conoció a la muchacha desaparecida en los primeros meses de 1991, cuando ésta se encontraba ya en período de embarazo. La joven manifestó su deseo de ‘desprenderse de la criatura tan pronto como hubiera nacido’. Rafaela V. puso en contacto a la joven gestante con su hermanastro, J., y con la mujer de este, María del Carmen M., quienes no podían tener hijos. Entre todos se acordó que el parto tendría lugar en una clínica privada, por lo que decidieron desplazarse a Valencia, inscribiéndose en dicha clínica la joven con el nombre de María del Carmen M. El médico certificó, sin comprobación alguna, que la madre que dio a luz se llamaba así y tal certificado sirvió para que el niño fuera inscrito como hijo del matrimonio. La audiencia de Valencia juzgará por el delito de suposición del parto al matrimonio, que niega haber realizado pago alguno a la madre biológica y gestante, así como a la intermediaria y al médico. Para éste, el Ministerio Fiscal solicita dos años, al caso que para cada uno de los otros coacusados tan solo un año de prisión, por estimar una falsedad en la certificación para el asiento registral. El galeno explicaba, el 4 de enero al corresponsal de *El país*, que la paciente le exhibió un carnet a nombre de María del Carmen M. y que él no es ‘policía para comprobarlo’.”⁴⁵

c) “En España hay en estos momentos aproximadamente 25 centros de los denominados Bancos autorizados, existiendo unos 800 embriones que según la LTRA no pueden ser implantados en una mujer por el mero hecho de llevar más de cinco años congelados.

“Como dato... la LTRA autoriza la congelación del semen durante un plazo de cinco años y prohíbe la crioconservación de óvulos...”⁴⁶

⁴⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, op. cit., nota 21, pp. 160 y 161

⁴⁶ GAFO, Javier, *Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11, Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid, editado por la Universidad Pontificiada Comillas, 1998, p. 170

Cabe resaltar que el primer bebé nacido en la Nación Española por las TRA fue en el año de 1984 y mediante FIVTE, de la misma manera, el primer banco de semen data de 1978.⁴⁷

4.2.1.2 Legislación Española

El país Español en relación con el tema de maternidad-paternidad asistida fue un precursor legislativo, ha promulgado y publicado tres normatividades pertenecientes al tema como lo son: la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, a la cual le realizaron reformas en el año de 2003 con la Ley 45/2003, y la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida. Normas que demuestran la evolución jurídica de la MPA en el país español, el contenido de dichas normas grosso modo es:

1.- La Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, fue promulgada el 22 de noviembre de ese año. Esta normatividad expone como motivos de su creación, la necesidad de organizar un marco jurídico que discipline las consecuencias generadas por la RHA, se constituía por siete capítulos.

a) Capítulo I Ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 1º). Reconoce a la IA, FIV, TE y TIG como TRA, las cuales se aplican en casos de esterilidad, así como prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario. Conjuntamente autoriza algunas investigaciones y experimentaciones con gametos y preembiones.

b) Capítulo II Principios generales (arts. 2º al 4º). Establece que las TRA sólo se aplicaran cuando exista conocimiento informado por escrito, que comprende aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos, proporcionado por los equipos médicos y los responsables del centro sanitario. De la misma manera,

⁴⁷ Cfr. "Exposición de Motivos" de la **Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 22 de noviembre de 1988 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html

los datos de donantes, receptoras, TRA utilizada e infantes nacidos por estas pericias deben encontrarse en una historia clínica individual y con estricto secreto de identidad.

c) Capítulo III De los donantes (arts. 5° al 10). Establece requisitos para ser donante y que no deben nacer más de seis niños de un mismo donador. Regula que la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito y secreto, celebrado por escrito entre los donantes y el centro sanitario autorizado, con posibilidad de revocación si al donante le sobreviene infertilidad; asimismo, los hijos nacidos por TRA pueden solicitar información general de su progenitor genético, con excepción de su identidad, la cual puede ser proporcionada en caso de enfermedad o causa penal, sin que ello obligue a determinar filiación legal.

En caso de ser mujer gestante casada debe mediar el consentimiento informado por escrito del marido. Permite la inseminación *post-mortem* dentro de los seis meses posteriores al fallecimiento del consorte cuando conste en escritura pública o testamento. Considera nulo el contrato de gestación subrogada gratuito u oneroso. No permite la renuncia de la filiación y la filiación de los hijos nacidos por TRA es determinado por el parto.

d) Capítulo IV Crioconservación y otras técnicas (arts. 11 al 17). No permite la crioconservación de óvulos, la crioconservación del semen y preembriones es de cinco años. Establece que las técnicas terapéuticas sólo se utilizarán cuando se trate de enfermedades graves o muy graves y la mujer soltera o la pareja otorguen su consentimiento informado por escrito. Conjuntamente, permite las investigaciones y experimentaciones siguientes:

1. Investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, 2. Perfeccionamiento de técnicas de obtención y maduración de ovocitos, 3. Investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases de división celular, meiosis, mitosis, citocinesis, y envejecimiento celular, 4. Investigaciones

sobre los procesos de diferenciación sexual en el ser humano, 5. Perfeccionamiento de las TRA y técnicas de crioconservación y descongelación de gametos, preembriones y embriones, 6. Investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, y 7. Investigación o experimentación en preembriones *in vitro* viables con fines terapéuticos, mientras no se modifique el patrimonio genético no patológico.

e) Capítulo V Centros sanitarios y equipos biomédicos (arts. 18 al 19). Instituye que el personal biomédico que trabajen en estos centros sanitarios debe ser especialista cualificado en técnicas de reproducción humana asistida y sus aplicaciones complementarias, y que incurrirán en responsabilidad si efectúan mala práctica de las técnicas mencionadas y violan el secreto de identidad.

f) Capítulo VI De las infracciones y sanciones (art. 20). Prohíbe la elaboración de las siguientes prácticas: 1. Mantener *in vitro* a los óvulos fecundados después de los catorce días, 2. Comercializar preembriones o sus células, 3. Utilizar preembriones o sus células sin fines terapéuticos o científicos, 4. Estimular la partenogénesis, 5. Crear preembriones de personas del mismo sexo aunque sean con fines reproductores, 6. Intercambiar MGH con animales sin fines terapéuticos, y 7. Propiciar o fomentar la ectogénesis, entre otras.

g) Capítulo VII Comisión Nacional de Reproducción Asistida (art. 21). Establece la creación de la CONAREPA como un órgano permanente, la cual se encargará de dirigir y orientar la utilización de conocimientos científicos y técnicos en materia de RHA.

h) Disposiciones finales. Destaca la creación del Registro Nacional de Reproducción Asistida, encargado de informar e inventariar los donantes de gametos y preembriones.⁴⁸

⁴⁸ Cfr. **Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], op. cit., nota 46, web

2.- La Ley 45/2003, por la que se modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fue promulgada el 21 de noviembre de ese año. Con el objeto de resolver el grave y urgente problema de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, la solución propuesta combinó el compromiso y responsabilidad de los centros sanitarios y usuarios de TRA, la reforma se concreta en la modificación de los artículos 4º y 11 de la Ley 35/1988.

a) Artículo 4º. El equipo médico analizará la situación de cada mujer o de cada pareja, con el objeto de adecuar el proyecto reproductivo y evitar los embarazos múltiples, reducción embrionaria y generación de preembriones supernumerarios; para ello, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones, salvo en los casos en que la patología de los progenitores lo impida.

b) Artículo 11. El semen podrá crioconservarse durante la vida del donante, del mismo modo se autoriza la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida. Cuando se genere preembriones supernumerarios serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de transferirlos y donarlos a la mujer u otras posteriormente; en estos casos, los progenitores deben firmar un compromiso de responsabilidad sobre sus preembriones crioconservados; además se debe comprobar que la pareja o la mujer en su caso, no tengan preembriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida.

Por su parte, los centros de fecundación *in vitro* que procedan a la crioconservación de preembriones humanos, deberán disponer de un seguro o instrumento equivalente, que garantice su capacidad para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a los preembriones crioconservados.

c) Por último la disposición adicional única de esta reforma. Creó el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, para atender la coordinación, gestión y promoción política y de investigación de trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano en España, de acuerdo con la legislación y convenios internacionales firmados y vigentes en materia de biomedicina.⁴⁹

Lo anterior, para conservar y respetar la dignidad humana en sus etapas gestales y no abusar de las TRHA, además de cumplir con las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y del Comité Asesor de Ética de Ciencia y Tecnología.

3.- La Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, fue promulgada el 26 de mayo de ese año. Esta normatividad derogó a la Ley 35/1988, con el objeto de abarcar los avances y necesidades de la reproducción humana asistida en el ámbito jurídico y científico. Lo anterior para subsanar las lagunas y equivocaciones legales, así como redimir algunas limitantes científicas y tecnológicas que entorpecen el trabajo de las técnicas de reproducción asistida en materia de investigación terapéutica. No obstante, el espíritu de la Ley 35/1988 y las reformas de la Ley 45/2003, ambas sobre técnicas de reproducción asistida, se encuentran plasmadas en esta Ley, por lo que destacare las eliminaciones, semejanzas y diferencias que tiene con sus antecesoras.

a) Capítulo I. Disposiciones generales (Arts. 1º al 4º).- Adhiere a la ICSI como una técnica de reproducción asistida y acepta la investigación de gametos humanos con el de animales, cuando estas desarrollen la salud de la especie humana. Define al preembrión *in vitro* como el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

⁴⁹ Cfr. **Ley 45/2003, por la que se modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 21 de noviembre de 2003 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/L45-03.htm>

b) Capítulo II. Participantes en las técnicas de reproducción asistida (arts. 5° al 10).- Permite el uso de las TRA a las mujeres casadas y solteras, con independencia de su orientación sexual. En los casos de Inseminación *post mortem* aumenta el tiempo a 12 meses para realizar la fecundación y debe estar establecido en escritura pública, testamento o “documento de instrucciones previas.”

c) Capítulo III. Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida (arts. 11 al 13).- Consciente la crioconservación para efectos: personales, adopción de gametos y preembriones, y donación para investigación, la cual una vez autorizada deberá ser renovada o modificada en dos ocasiones mediante consentimiento por escrito cada dos años, de lo contrario pasarán a ser propiedad de los bancos de crioconservación.

d) Capítulo IV. Investigación con gametos y preembriones humanos (arts. 14 al 16).- Aprueba todo tipo de investigación terapéutica en gametos y preembriones, cuando los proyectos de investigación hayan sido presentados y autorizados por las autoridades sanitarias competentes, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, del mismo modo, autoriza los proyectos de investigación relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias.

e) Capítulo V. Centros sanitarios y equipos biomédicos (arts. 17 al 19).- Los datos de las historias clínicas, con excepción de la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora, de las parejas, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.

f) Capítulo VI Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 20).- Cada semestre la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada de las prácticas investigaciones realizadas, y de manera

anual de los datos recogidos en los Registros Nacionales de Donantes y, Actividad y Resultados de los Centros y Servicios de Reproducción Asistida.

g) Capítulo VII Registros Nacionales de Reproducción Asistida (arts. 21 al 23).- Controla dos tipos de registros: Registro nacional de donantes, encargado de inscribir los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, e hijos nacidos de TRA. El Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida, regulará la constitución, organización y funcionamiento de centros y servicios de reproducción asistida, igualmente recogerá el número de preembriones crioconservados que se conserven en cada centro.

h) Capítulo VIII Infracciones y sanciones (arts. 24 al 28) Infracciones y sanciones.- Establece que las infracciones en materia de RHA son objeto de sanciones administrativas, responsabilidad civiles y penales.

i) De las disposiciones adicionales destaca la modificación del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, por Organización Nacional de Trasplantes.⁵⁰

Por otra parte, su legislación civil-familiar en materia de filiación y maternidad-paternidad asistida, conserva los principios tradicionales: La calidad de madre legal se deriva del embarazo y el parto, y el padre legal por presunción es su pareja (marido o concubino).

La impugnación de la paternidad legítima resulta de la presunción de concepción durante los plazos legales, es decir, el hijo nacido no puede ser del marido, si este no tuvo acceso sexual con su mujer. Probanza que va encaminada a demostrar la imposibilidad de cohabitación entre la pareja, pero limita lo relativo

⁵⁰ Cfr. **Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 26 de mayo de 2006 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html#anexo

a enfermedades⁵¹ de infertilidad y esterilidad, esto es, qué pasaría con los infantes nacidos por TRA, en donde los padres tenían conocimiento de que se aplicaría una técnica de RHA en su mujer, y ésta no quiere entregar al bebé, se queda con él y lo registra, ¿sería su hijo legítimo o podría impugnarlo? En consecuencia este problema debería contar con apoyo legal.

Del mismo modo, otro inconveniente que preocupa a los juristas españoles es la admisión abierta para investigar los orígenes de la maternidad y paternidad por parte del infante, establecida en la Ley mayo 1981, que refiere: “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas”. Esto es, será lícita la investigación de paternidad y maternidad derivada de la RHA⁵², y hasta donde sería permitido y aceptable este tipo de juicios a favor de los hijos nacidos por TRA.

4.2.2 Estados Unidos de América

Es un país situado casi en su totalidad en América del Norte, comprendiendo también un estado en Oceanía, “está limitado al Norte por Canadá, al Sur por México, el Golfo de este mismo nombre y parte del Mar Caribe, al Este por el Océano Atlántico y al Oeste por el Pacífico.

“... La población de los Estados Unidos ha crecido rápidamente... debido a la migración... El idioma es el inglés, pero con ciertas particularidades fonéticas e idiomáticas que ha valido que se le aplique el nombre de *americano*. En religión, los norteamericanos son principalmente de confesión protestante, pero hay... numerosos católicos... e israelitas”⁵³.

⁵¹ Cfr. ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, ediciones de Derecho reunidas, 1984, volumen IV: Familia, pp. 350-356

⁵² Cfr. ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, nota 51, pp. 374-376

⁵³ GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón, *Enciclopedia metódica Larousse en color*, nota 41, pp. 127 y 128

“Es una república constitucional, presidencial y federal. Su Gobierno tiene unos poderes limitados enumerados en la Constitución de los Estados Unidos. Su forma de gobierno es conocida como democracia presidencialista...”⁵⁴

4.2.2.1 Casos reales de maternidad-paternidad asistida en los Estados Unidos de América

A finales del año 1986 se produjeron más de cien casos de madres portadoras en Norteamérica, procesos que con los años han incrementado y algunos de los cuales se tiene conocimiento relacionado con la maternidad-paternidad asistida son:

1) “Una viuda californiana de 29 años, madre de tres niños, accedió a gestar un hijo para un matrimonio. No se extendió ningún documento y sólo se convino en que se sufragarían por los cónyuges los gastos médicos derivados del acuerdo, si bien la viuda firmó un documento con un médico para llevar a cabo su inseminación artificial. La citada fue fecundada por este procedimiento con semen del marido de la pareja solicitante, lográndose en el tercer ciclo de inseminación. Pero, tras dar a luz felizmente, se negó a entregar el hijo, por lo que tuvo que ser demandada por el padre genético del niño. Los abogados del actor entendieron que la demanda no podía prosperar, por lo que llegaron a un acuerdo con la otra parte en virtud del cual quedaría la criatura para la portadora. Si bien figuraba en la inscripción de nacimiento el demandante como padre, éste no ostentaba ningún derecho ni tenía deber alguno respecto al niño, ya que en la legislación californiana los padres, casados o solteros tienen derechos y deberes, lo que no ocurre con los donantes de semen.”⁵⁵

2) “El 10 de enero de 1983 nació un niño microcéfalo en la localidad de Lansing en el Estado de Michigan, que había sido gestado por una madre

⁵⁴ WIKIPEDIA, “Estados Unidos de América”, *Enciclopedia libre* [en línea], México, [citado junio 22, 2009], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Estados_Unidos

⁵⁵ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, *La maternidad portadora...*, nota 21, pp. 26 y 27

portadora, Judy Stiver, tras un normal embarazo después de haber sido artificialmente fecundada. El niño fue rechazado en el primer momento por su madre biológica y por la pareja contratante. Judy alegó que el bebé ‘perteneía’ a un tal Alexander Malahoff, que la había contratado, prometiéndole 10.000 dólares tras la entrega de la criatura. Si en un principio Malahoff aceptó el niño deforme, después lo rechazó y lo devolvió a su madre por el motivo de no ser su progenitor. Realizadas las correspondientes pruebas y comprobaciones, se determinó que la paternidad correspondía al esposo de Judy, aceptando al fin este matrimonio la criatura, porque biológicamente pertenecía a dichos esposos.”⁵⁶

3) “En 1983, Sherry King, de treinta y cinco años, accedió a ser inseminada con espermatozoides del esposo de su hermana, que era infértil y aceptó dar a luz el hijo para el matrimonio sin recibir por ello contraprestación alguna.”⁵⁷

4) “... Los esposos Stern decidieron la maternidad subrogada, ante el fracaso de la adopción, por tratarse de pareja ‘mayor’, ser ambos cónyuges de diferentes religiones y la espera obligada de varios años de la paternidad adoptiva.

“En 1985 el matrimonio Stern contrató con Mary Beth Whitehead, de veintinueve años, la gestación para ellos de un niño. Mary Beth fue inseminada artificialmente con semen del señor Stern, quedando embarazada y dando a luz... una niña, que sería más tarde mundialmente famosa como Baby M. La portadora se negó a entregar la criatura al matrimonio Stern y ello motivó un ruidoso proceso que culminaría en el Tribunal Supremo del Estado. El contrato establecía el compromiso por parte de la portadora de no crear, ni intentar crear una relación materno-filial a partir del nacimiento de la criatura, absteniéndose también de ponerle nombre. Se recogía asimismo la obligación de abortar, si los tests de amniocentesis determinaban que el feto era anormal. La gestante se comprometía, además a abstenerse del consumo de alcohol, tabaco y drogas durante el embarazo, recibiendo como contraprestación a tales obligaciones, pero sobre todo

⁵⁶ Ibidem, p. 27

⁵⁷ Idem

a la gestación y al parto, la cantidad de 10.000 dólares y otros 10.000 más de compensación por gastos médicos.

“Las diferencias entre las parejas comitente y la gestante resultaban patentes. Ambos esposos Stern poseían doctorados universitarios y desahogada posición económica, mientras que los Whitehead carentes de una formación intelectual tenían un nivel más bien bajo en el aspecto económico, con inseguridad laboral y varias hipotecas impagadas, al punto que habían cambiado de residencia en los últimos años hasta doce veces y el marido de tal pareja adicto al alcohol. Los Whitehead tenían un hijo de doce y una hija de once años.

“Poco después de quedar embarazada la portadora, los Stern hicieron testamento instituyendo heredera universal de sus bienes a la concebida, para el supuesto que llegase a nacer.

“El 27 de marzo de 1986 nació Baby M. pero sin que la gestante manifestase en ningún momento que era una madre subrogada y apareciendo el nombre del señor Whitehead como padre de la criatura. Después declarararía la portadora que en el momento del parto se percató de que no podría abandonar a su hija. Ello determinaría en la gestante un estado de intranquilidad emocional y una depresión y angustia, que la llevarían a una fuga con la criatura por todo el país. Pero el 5 de mayo de 1986 el Tribunal ordenó a la señora Whitehead entregar la niña al matrimonio Stern, siendo puesta bajo la custodia de éstos el 31 de julio siguiente.

“Uno de los psiquiatras manifestó que la gestante no pudo haber dado un consentimiento informado, solicitando el doctor Harold Koplewicz, Director de Psiquiatría Infantil en el hospital judío de Long Island, una custodia conjunta, que fue rechazada por el Tribunal. El perito nombrado por el *curator ad litem*, doctor Schechter, encontró un trastorno mental en la señora Whitehead.

“El proceso se originó a instancia de los Stern, conociendo en primera instancia el juez Harvey Sorkow, para Hackensack (New Jersey), Condado de Bergen, que entregó la custodia de la criatura a los Stern y que en su sentencia determinó que el contrato era válido y legal, terminando con todos los derechos de la portadora.

“Tal sentencia fue recurrida por la Sra. Whitehead y..., el Tribunal Supremo del Estado revocó la de primer grado, declarando la nulidad del contrato.

“Esta nueva resolución revoca... y declara la nulidad del contrato por infringir la legislación y la política pública estatal, declarando en consecuencia su inexigibilidad en base a los siguientes fundamentos:

“a) Uno de los fines del contrato es conseguir la adopción de un niño, a través de las gestiones de una Agencia privada, pero la utilización de dinero para tal propósito resulta ilegal. En definitiva, se trata de un acto de adopción, pero al mismo tiempo se está produciendo la compra de un niño, que constituye una acción prohibida por la Ley.

“b) La renuncia a todo derecho, deber y responsabilidad sobre Melissa (tal era el nombre de pila de Baby M.) se estimaba y declaraba nula, porque tal renuncia, que concluye con los derechos maternofiliales se encuentra revestida de interés público y sólo puede otorgarse una vez que se han cumplido todos los requisitos señalados en la Ley, lo que en este caso no aconteció. Además, la adopción de la niña por la esposa del donante del semen, señora Stern, se declaró inválida e ineficaz como consecuencia de lo que antecede.

“c) El Tribunal hubiera declarado que en el Estado de New Jersey no es contrario al ordenamiento jurídico, que una mujer voluntariamente y sin mediar pago alguno convenga en ser madre portadora, siempre que no se vincule a renunciar a la criatura.

“d) Constitucionalmente el derecho de procreación es simplemente el derecho de tener hijos según la naturaleza, a través de relaciones sexuales o por inseminación artificial. No es nada más que eso. Dice textualmente la sentencia: ‘Concluimos que el derecho a procrear se entiende y protege mejor si se limita a sus (elementos) esenciales y cuando se trata de (otros) derechos relativos a la criatura resultante (custodia, cuidado, compañía) diferentes intereses entran en juego.’

“La custodia de la niña se concedió al padre biológico, también legal, otorgándose a la portadora derechos de visita y ello se debió a haberse destruido legalmente la presunción de paternidad (discutida) a favor del señor Whitehead esposo de la madre gestante.”⁵⁸

5) “El 4 de diciembre de 1987 Penny Wadnais de Spokane dio a luz un niño al que gestó como madre portadora, habiendo sido inseminada artificialmente con esperma de su cuñado. El niño fue registrado como hijo de sus padres biológicos hasta que finalizaron los trámites de la adopción, en que la hermana de la gestante pasó a ser la madre del niño.”⁵⁹

6) “Ha saltado a los medios de comunicación el caso de una madre de alquiler que pretendió compartir la custodia del niño que llevó en su seno con los padres genéticos que pagaron por el servicio un millón de pesetas. Todo ocurrió tras el alumbramiento de un hermoso niño de tres kilos de peso, la madre portadora, Anna Johnson ha reclamado compartir la custodia del recién nacido, extremo al que se opusieron los padres genéticos, matrimonio formado por Mark y Crispina Calvert. Esta última, ante la imposibilidad de tener descendencia al haber sufrido una intervención que le impedía criar el feto en su seno, optó por utilizar los servicios de una madre subrogada, Anna Johnson. Después de la fecundación in vitro del óvulo de Crispina con el semen de su esposo, el embrión resultante fue

⁵⁸ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 21, pp. 27-29 y 42-43

⁵⁹ *Ibidem*, p. 29

implantado en el útero de Anna, que recibiría por su gestación diez mil dólares y una vez nacida la criatura la entregaría a sus padres genéticos. Pero la portadora, después del alumbramiento se negó a entregar el niño, alegando que durante el embarazo se había establecido un lazo especial entre ambos, por lo que decidió reclamar la custodia compartida, pero los Clavert no estaban dispuestos en modo alguno a compartir con la mulata norteamericana el resultado de su óvulo y espermatozoide. La portadora era compañera de Crispina y enfermera asimismo en el Hospital de Santa Anna.

“El Juez de la Corte Superior del condado de Orange ha tenido que resolver la controversia, permitiendo a la madre de alquiler visitar tres horas diarias al recién nacido, pero manteniendo la custodia legal en los padres genéticos. El embrión de los Calvert, fue colocado con éxito en Anne Johnson al primer intento, posibilidad que sólo suele materializarse en uno de cada diez mil casos, pero a pesar de tan favorable pronóstico, al no ponerse de acuerdo los litigantes, no pudo conseguirse nombre para la criatura. El defensor de oficio de los intereses del niño apuntó que el niño pudiera ser llevado a una casa de adopción para su cuidado. La disputa ha hecho declarar a los Clavert que prefieren a su hijo al cuidado de una casa de adopción que bajo la custodia de la subrogada.

“El abogado de la portadora, con la confianza propia de los de su oficio, había expresado su impresión de obtener la victoria en la apelación, pero su colega, el defensor de los Calvert, ante la aceptación en el estrado de Anna, de haber recibido diez mil dólares,... y tras las declaraciones de la misma a la revista ‘Los Angeles Times’ de que genéticamente nada tenía que ver con el feto, que si hubiera sido su óvulo habría sido diferente, manifestó que la cuestión emocional, después introducida, resultaba un ‘cuento’.

“Al término de tan emotivo proceso, el Juez de Santa Anna (California) otorgó la custodia del pequeño Christopher, de dos meses de edad, a sus padres biológicos, Mark y Crispina Calvert, negando además cualquier derecho de visita

de la madre de alquiler para no crear confusión afectiva y emocional al pequeño. Una situación de dos madres sería muy confusa para la criatura y los derechos de visita y custodia parcial ‘facilitarían la extorsión emotiva y financiera’. Este es el fin del caso que ha suscitado notorio interés en los Estados Unidos.”⁶⁰

7) También se conoce “el caso ‘Doe versus Kelly’, - en donde- un Tribunal de Michigan se negó a ordenar el cumplimiento de la prestación pecuniaria a favor de la madre portadora en compensación de sus servicios, con excepción de los estrictos gastos en que incurrió por ello, sin hacer referencia alguna a la validez del contrato.”⁶¹

4.2.2.2 Legislación de los Estados Unidos de América

En la moderna maternidad subrogada de los EUA, los padres comitentes y la MGS realizan acuerdos (en adelante *agreements*), como “segunda condición, es que antes de hacer este acuerdo, las partes deben llegar a un contrato que defina sus respectivos derechos y obligaciones antes y después del nacimiento del niño. Estos incluyen que las obligaciones de la subrogada son inseminación, aborto, cuidados de salud, y transmisión de los derechos paternos, y que las obligaciones de la pareja contratante son suministrar estas condiciones a la subrogada durante el tiempo de su embarazo.”⁶² Por lo general este tipo de *agreements* son realizados por agencias publicitarias de fertilización que existen en los Estados Unidos, algunas de las cláusulas que contienen son:

1. La mayoría de las normatividades exigen que la solicitud sea realizada por parejas casada o unidas en concubinato, con un problema de esterilidad.
2. Ambas partes deben manifestar no tener antecedentes penales.

⁶⁰ Ibidem, pp. 30 y 31

⁶¹ Ibidem, p. 39

⁶² “The second condition is that before actually making this arrangement, the parties must reach an agreement defining what their respective rights and duties will be both before and after the child is born. These include what the surrogate’s duties are regarding insemination, abortion, health care, and transferal of parental rights, and what the contracting couples’ duties are regarding providing for the surrogate during the term of her pregnancy.” (Traducción propia.) SLONN, Irving J., *The law of adoption and surrogate parenting*, USA, Ocean publications, Inc., 1998, pp. 73-74

3. Ambas partes deben tener asesoramiento médico y legal por separado, para que otorguen un consentimiento informado; porque se prohíbe la representación legal común de padres comitentes, donantes y gestante.

4. El contrato debe tutelar la salud y bienestar del (os) embrión (es), y futuro (s) bebé o bebés, en el caso de que se de un embarazo múltiple.

5. Los padres comitentes tienen derecho a conocer los resultados de los exámenes genéticos, psíquicos y psiquiátricos de la futura gestante, para decidir adecuadamente y saber si está apta para entregar la criatura al momento del nacimiento y no se la vaya a quedar. Así como, de las características del estado de salud y nivel educacional del donante de gametos y embriones.

Por su parte, el centro de fertilidad tiene la obligación de garantizar el anonimato de los donantes de gametos y embriones, salvo cuando la ley lo exija o la vida del infante se encuentre en peligro.

6. La gestante debe renunciar por escrito a sus derechos de filiación respecto del gameto, embrión o párvulo que nacerá, declinando sus derechos biológicos a favor de los padres comitentes.

7. La gestante se compromete a entregar al bebé en cuanto nazca.

8. La gestante se compromete a no mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la inseminación artificial y a no reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo.

9. La gestante debe seguir instrucciones médicas, biogenéticas y psicológicas para proteger su salud y la del producto de manera mensual, como serían: a) Acudir a obscultación mensual con el médico que contraten los padres comitentes y/o designe el hospital o agencia de fertilidad y publicidad, b) Debe abstenerse de fumar y beber alcohol, ni mucho menos consumir drogas, c) Aceptar propuestas razonables de los padres comitentes, d) En algunas ocasiones suprimir ciertas actividades que soliciten los padres comitentes, en virtud de que si el bebé sufre malformaciones por epigenética negligente de la gestante, no obliga a la custodia del mismo a los padres comitentes, e) Tener una familia estable, y f) No atravesar por un problema psico-social durante el embarazo. (Ejemplo.- un divorcio)

10. En caso de aborto debe ser por recomendación médica en términos legales, y por mutuo acuerdo de las partes, cuando la salud de la gestante o embriones esté en riesgo; en este caso la gestante tiene derecho a un porcentaje de gastos, médicos y legales.

Si la gestante aborta sin necesidad médica declarada por escrito, debe indemnizar a los padres comitentes, resarcir los gastos médicos pagados, así como pagar gastos y costas legales.

11. El costo del trámite debe ser devengado por los padres comitentes, y clasificarse en: a) Gastos de los terceros intermediarios (médico, banco de esperma-óvulos y embriones criopreservados, hospital, agencias de fertilidad y publicidad), y b) Retribución a la gestante, la cual debe ser en un 50% al inicio y el resto en cuanto se ha entregado el menor, pero si se mal logra el producto, no percibe nada antes del quinto mes. Consumos que deben ser devengados por los padres comitentes, por otra parte existen autores que consideran que el pago depende de que el bebé nazca vivo o muerto.⁶³

De estos *agreements* se observan: a) Quienes son los individuos (pareja, donantes y mujer gestante subrogada) vinculados a las TRA homóloga o heteróloga, y sus requisitos como: a) Ser mayores de edad, b) Tener capacidad de ejercicio, c) Tener consentimiento informado en los aspectos biomédicos, biogenéticos y jurídicos, al igual que su marido en caso de que la madre gestante sea casada. Esta "información... debe ser dirigida a la pareja que solicita el servicio, y donadores de gametos y embriones. Debiendo incluir... las consecuencias de orden biológico, jurídico, ético o económico, que implica el acto."⁶⁴ Para que su consentimiento sea instruido, evitar conductas dolosas y de mala fe, o enfermedades por eupenesia que pudieran repercutir en la figura civil de la lesión con sus respectivos daños y perjuicios. En forma particular los sujetos deberían reunir los siguientes requisitos:

⁶³ Cfr. SLONN, Irving J., op cit., nota 61, pp. 111-120 y, "Surrogate motherhood", *West's encyclopedia of American law, 2nd Edition, USA*, 2000, pp. 412-414

⁶⁴ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, *Tesina: Las deficientes reformas...*, nota 14, web

1. Los padres comitentes, contratantes o solicitantes deben: a) Haber agotado los tratamientos farmacéuticos y quirúrgicos para eliminar su esterilidad y/o infertilidad, b) Tener un límite de edad, porque las personas de edad avanzada tendrán nietos en lugar de hijos, c) De preferencia deben ser casados o vivir en concubinato, porque a las parejas del tercer sexo no se les permite el uso de las TRA, d) Otorgar por escrito su “consentimiento. El requisito *sine qua non* es que el cónyuge o compañero haya permitido la utilización de esta técnica en forma fehaciente e indubitable”⁶⁵, e) Estabilidad familiar, y f) Disposición y capacidad de amor, estabilidad emocional, social y económica; para proporcionar al menor cuidados médicos, alimentación, vestido, educación y/o demás necesidades.

Lo anterior con el objeto de que se cuiden los mejores intereses a favor del menor.

2. Los donantes y MGS se comprometen a: a) Tener un límite de edad, aún cuando se trate de familiares o amigos de los padres comitentes, b) Gozar de buen estado de salud psicofísica. Indudablemente que cuando se trata de un familiar o amigo, los padres comitentes lo excluyen, c) Someterse a exámenes biomédicos exhaustivos de genitales y gametos, como: Para los donantes es el estudio de características genotípicas, previsión de no padecer enfermedades genéticas, hereditarias o de infección transmisible. Para la mujer gestante el examen pélvico, de sangre, tomar hormonas y someterse al procedimiento de fertilización, y d) Someterse a pruebas psicológicas.

3. A los terceros intermediarios (médico, hospital, banco de esperma-óvulos y embriones crioconservados, agencias de fertilidad y publicidad), les corresponde:

⁶⁵ ANSELM I Cabral, Graciela I., **Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica** [en línea], Argentina, [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet: www.irestoscana.it/info/salud/reproducción_asistida/reproducciónasistida.php

En relación con los donantes y MGS: a) Celebrar un contrato gratuito, formal y secreto con ellos, b) No darles a conocer el nombre de los beneficiarios, c) Garantizar el anonimato, que podrá ser revelado por enfermedad en el infante o mandato judicial, d) Informarles de plenitud médica y jurídica respecto de las pericias que se les aplicaran, independientemente de la que ellos se asistan, e) Elaborar los exámenes biomédicos, biogenéticos y pruebas psicológicas, para cerciorarse de que tengan excelente salud psicofísica, y f) Por lo que corresponde a la MGS darle seguimiento médico hasta la entrega del menor.

En relación con los padres comitentes: a) Celebrar un contrato formal y secreto con ellos, b) Informarles de la salud y nivel educacional de los donantes de gametos y embriones, c) Informarles el resultado de los exámenes genéticos, psíquicos y psiquiátricos de la futura gestante, d) Independientemente de los informes de salud, no darles a conocer el nombre de los donantes y MGS, y e) Informarles de la plenitud médica y jurídica respecto de las pericias que se realizarán, autónomamente de la que ellos concurren.

Del mismo modo, se fundamentan y motivan las razones de hecho para la retribución en el contrato de gestación subrogada, como serían:

a) La gestante no sólo cede su útero, sino su personalidad y ser quedan implicados en la formación de la criatura, por ello tiene derecho a cobrar por el servicio que prestará, toda vez que el embarazo le significa ausencias del trabajo, régimen alimenticio y médico establecido, y una modificación en su estilo de vida si fue clausulado con los padres comitentes.

b) Se somete a pruebas y ensayos terapéuticos (nuevos medicamentos y técnicas) con efectos secundarios que se desconocen o presentan a futuro, como serían futuros y posibles cánceres mamarios y cervicouterinos por los tratamientos hormonales, así como el hecho de no haber proporcionado lactancia al menor.

Enfermedades que en caso de presentarse en un futuro, representan un gasto excesivo en sus tratamientos, cuando se carece de institución médica gubernamental, recordemos que muchas de las gestantes son mujeres que viven en países tercer mundistas y debido a las políticas neoliberales no todas tienen acceso al sector salud público, y un tratamiento médico de cáncer es muy costoso.

c) En caso de un embarazo múltiple, que es muy difícil evitar, expone su salud y vida para lograr los productos, también se somete a abortos denominados tratamientos de embrio-reducción y reducción fetal, que si no son bien realizados ponen en peligro su vida.

d) Por último, conforme a las normas civiles que regulan los contratos, estos pueden ser gratuitos u onerosos, todo depende del criterio y condiciones que establezcan las partes. Conductas que deben ser respetadas y acatadas en atención a que su consentimiento es informado y de manera voluntaria.

Independientemente de estos *agreements*, desde el año de 1987 existen proyectos de Ley en algunos Estados de Norteamérica sobre MPA, debido a que “la maternidad subrogada - es una- consecuencia de las dificultades que surgen en materia de adopción, ya que hay pocos niños que adoptar y dentro de éstos, la mayoría son de raza negra.”⁶⁶

Del mismo modo, diferentes legislaciones de los EUA “sancionan como delito la entrega de dinero o de otra clase de bienes materiales por la adopción de menores de edad.”⁶⁷ La razón es que los contratos de gestación remunerativos en donde se paga por un menor o adopción antes del nacimiento es contraria a la ley, moral y buenas costumbres. Entre los proyectos de Ley relacionados con MPA, de los cuales se tiene conocimiento están:

⁶⁶ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 21, p. 77

⁶⁷ *Ibidem*, p. 39

- Iowa, Maryland y Wisconsin prohibirían los contratos de maternidad-paternidad asistida.
- Alabama, Columbia, Florida, Kentucky, Michigan, Minesota, Nebraska, New Jersey, New York, Oregon, Pensilvania y Wisconsin solo aceptarían los contratos gratuitos.
- Conecticut, Carolina del Norte y Rhode Island proponen la inexigibilidad de estos contratos.
- California e Illinois aceptan los contratos de MPA onerosos, y permiten la reducción judicial, si ésta se estima excesiva.
- New Jersey la permite y establece como cifra límite 10.000 dólares.
- Carolina del Sur prevé que la MGS no perciba compensación alguna, salvo los gastos médicos, si aborta antes del quinto mes de embarazo.
- California y Massachussets no otorgan la custodia de la criatura a los padres comitentes, si la MGS es la culpable de las deformaciones.

Sólo Arkansas, Nevada y Louisiana tienen leyes ya aprobadas:

- Arkansas especifica que los padres comitentes son los padres legales del niño y no la mujer gestante subrogada.
- Nevada prohíbe el pago por el servicio de alquiler de útero en la MPA.
- Louisiana acepta los contratos onerosos de maternidad asistida

De la misma manera, algunas regulaciones específicas inherentes a la MPA, son:

- La mujer gestante subrogada puede ser casada o soltera.
- Si los padres comitentes contratan con una MGS soltera, los padres legales del niño son ellos y no la madre asistida.
- Sólo se puede acudir a la MPA por razones médicas.

- Los padres comitentes que soliciten los servicios de una MGS deben estar casados y permitir una investigación sobre su vida y entorno familiar.
- El Departamento de Salud debe llevar un registro confidencial de todas las madres gestantes subrogadas.
- El médico supervisor de la TRA será el responsable de entregar copia de todos los documentos médicos y contrato de subrogación al Departamento de Salud.

Cabe resaltar, que el Congreso de los Estados Unidos de América estudia un proyecto de Ley que prohíba los contratos de maternidad asistida cuando las portadoras acepten dinero a cambio de la concepción y gestación de la criatura.⁶⁸

Por otra parte, un documento que ha sido de gran importancia en Norteamérica para los temas relacionados con MPA, fue el Informe Warnock de 1984, este instrumento fue emitido por el Gobierno de Inglaterra, como reacción al nacimiento de la primera niña *in vitro* y el estudio de las TRA. Fue en el año de 1982 cuando el Departamento de Salud “designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock con la finalidad de ‘considerar el reciente y potencial desarrollo de la medicina,... la fertilización humana y la embriología; considero qué políticas... deberían ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales y legales, haciendo las recomendaciones pertinentes’.”⁶⁹ Este informe grosso modo contiene:

- “Una definición de maternidad asistida.
- “No apoya el FIV ni IAD en mujeres sin pareja ni lesbianas, porque cree que es inconveniente crear vínculos postnatales inadecuados... - y-

⁶⁸ Cfr., MARTÍNEZ-PEREDA, Rodríguez, J. M., et al., *La maternidad portadora...*, pp. 43-50

⁶⁹ HURTADO Oliver, Xavier, *El Derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, Problemas éticos, legales y religiosos*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 94

deficiente comunicación afectiva, posibilidad de doble vínculo y vulnerabilidad del proceso educativo.”⁷⁰

- Mantiene una “postura ecléctica,... - porque- autoriza totalmente la elección de sexo en todos aquellos supuestos que eviten enfermedades de origen hereditario o genético, pero... - manifiesta- que si científicamente se logra esto con plenas garantías, tal procedimiento podría ser perfectamente comercializado para uso particular.”⁷¹

Manuscrito que propició en EUA el deseo y aceptación para elaborar más investigaciones científicas y tecnológicas en materia y derivadas de las RHA, ejemplo de ello es el documento: “*Guidelines for Research Involving Human Pluripotent Cells*, en diciembre de 1999... - que- acepta la investigación sobre embriones utilizando fondos públicos, siempre que sean aquellos sobrantes creados en procesos de infertilidad; se insiste en la diferenciación del consentimiento informado para aceptar someterse a la terapia de infertilidad y para la donación de embriones sobrantes, así como la aprobación de un protocolo con requerimientos muy estrictos y específicos para la investigación.”⁷²

De lo anterior, se observa que la plataforma normativa de este país es variable y variada en materia de MPA, sin seguir alguna lógica más allá de cambios de actitud moral de acuerdo al partido en el poder, es decir, no existe una uniformidad en sus criterios jurídicos, lo cual propicia la existencia de *agreements*, particulares y válidos que regulan las necesidades de los participantes.

4.3 Legislación Internacional

Recordemos que el primer bebé nacido por las técnicas de reproducción asistida fue en Inglaterra en el año de 1978, estas pericias “abrieron la posibilidad de procreación a parejas con impedimentos para hacerlo de manera natural, - lo que

⁷⁰ LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida*, nota 8, web

⁷¹ ALBERRUCHE Díaz-Flores, Mercedes, op. cit., nota 43, p. 132

⁷² CANO Valle, Fernando (coord.), *Clonación humana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, pp. 108-109

amplio- la noción de salud - reproductiva a nivel mundial, aunado a que- la legislación internacional reconoció los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales.”⁷³

4.3.1 Casos reales de maternidad-paternidad asistida en el ámbito jurídico internacional

Desde 1978 hasta la fecha se han publicado diversidad de anuncios en los medios de comunicación, prensa e internet por citar algunos, en los cuales se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril o infértil con ofrecimiento remunerativo, y las miles de respuestas no se hacen esperar.

Estas propuestas proliferan cada día más y para mediar entre la futura mujer gestante y las parejas interesadas surgen organizaciones civiles y mercantiles con carácter lucrativo; un ejemplo de ellas es la agencia de mediación *Surrogate Parenting Associates (Gran Bretaña)*, con diversas oficinas en California, Maryland y Arizona (EUA, con su nombre filial *Nacional Centre for Surrogate Parentaga*). Es el caso que en el año de 1984, realizó entre dos parejas una americana y otra inglesa los trámites para una maternidad gestante subrogada, asunto que fue de amplia repercusión y comentarios en los diversos medios de comunicación mundiales.

La historia es la siguiente: “La señora Kim Cotton, de veintiocho años, dio a luz una niña para una pareja estéril el 4 de noviembre de 1984, mediante inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. La niña nació en el *Victoria Maternity Hospital*,... el acuerdo de gestación – fue realizado por- la agencia *Surrogate Parenting Association*, filial de la norteamericana *Nacional Centre for Surrogate Parentaga*,...”⁷⁴ Sucedió que la señora Cotton y su

⁷³ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)” [en línea], México, [citado marzo 24, 2009], disponible en internet: http://www.eticacyt.gov.ar/reproducción_asistida.pdf

⁷⁴ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, op. cit., nota 21, p. 35

marido se negaron a entregar el producto de la gestión a la familia contratante de los EUA.

En consecuencia, se tuvo que acudir a “los tribunales ingleses para la retención legal de la niña ante la denuncia de los funcionarios de servicios sociales del Gobierno. La decisión judicial consistió en que la niña permaneciera bajo custodia del Hospital hasta que decidiera sobre su futuro el competente Tribunal de Menores y con objeto de que prosiguieran los trámites preceptuados por la legislación de adopción. Más tarde, la Corte Superior Civil de Londres decidió entregar la niña a la pareja contratante, mientras se preparaban los trámites de adopción bajo el control del Tribunal de Menores.”⁷⁵ Esta decisión judicial se basó en lo establecido en “el contrato,... Así se dio cumplimiento a la resolución y actualmente la niña reside en los Estados Unidos de América.”⁷⁶

En relación con el acuerdo pactado, sobresale que “la señora Cotton se había comprometido en su convenio a no mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la inseminación artificial y a no reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo, así como abstenerse de fumar y beber alcohol, suscribiendo asimismo una cláusula penal para el supuesto a que se negara a entregar la criatura. La pareja estéril abonó un equivalente a 2.600.000 pesetas, comprendiéndose en dicha suma, tanto los derechos de la agencia intermediaria, como la retribución a la señora Cotton, que había manifestado a la prensa necesitar dicho dinero para realizar diversas mejoras en su hogar.”⁷⁷

“Un caso como el anterior plantea diversos problemas al internacionalista. Atendiendo al *ius sanguinis*, ¿cuál será la nacionalidad de la niña?, ¿con quién mantendrá parentesco?... ¿A qué pareja matrimonial se reconocerá la condición de padre y madre? ¿Qué pasaría si en el sistema jurídico de cada pareja

⁷⁵ Ídem

⁷⁶ PEREZNIETO Castro, Leonel y SILVA Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado, parte especial*, México, Editorial Oxford University Press, 2000, colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 167

⁷⁷ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, op. cit., nota 21, p. 35

contratante las leyes son distintas, por ejemplo, que en un lugar se prohíba ese tipo de contrato y en otro no? ¿Conforme a qué ley se calificará el interés superior del hijo? ¿Tendrá alguna obligación la madre que gesto a la niña?; y ésta, ¿tendrá algún derecho respecto de esa madre?”⁷⁸

No obstante lo anterior, se deduce que las agencias intermedias de publicidad para la aplicación de TRA, son de gran ayuda para la MPA, ejemplo de ello es el contrato que celebran y el establecimiento de requisitos para los donadores y mujeres gestadoras subrogadas, como:

- “Donadoras menores de 35 años de edad, de preferencia de 21 y 22.
- “Pasar por una serie de exámenes médicos y psicológicos.
- “Someterse a la extracción de óvulos, cuyo proceso es largo y doloroso, pues se recurren a medicamentos para favorecer la ovulación y métodos invasivos.
- “Conocer los riesgos de este procedimiento, particularmente los de sufrir hemorragias o padecer el síndrome del ovario hiperestimulado.
- “Tener claro que es probable que en algún lugar del mundo exista un bebé suyo, sobre el que no tendrá ningún derecho legal.”⁷⁹

Requisitos que favorecen la selección de personas saludables que aportan material genético, pero que han abusado al no existir una regulación específica de sus actividades.

Otra anécdota de relevancia en los asuntos internacionales es la ocurrida entre “Junior Lewis y Mary Davis, que al divorciarse plantearon el problema de saber quién se quedaría con siete embriones congelados fecundados *in vitro*. Ella luchó por su custodia a fin de continuar la fertilización y tener un hijo cuando quisiera... Un juez resolvió la custodia de los embriones en favor de la mujer, pero

⁷⁸ PEREZNIETO Castro, Leonel, *et al.*, op. cit., nota 75, p. 167

⁷⁹ “Vientres en alquiler”, **ADN, salud+vanguardia+estilo**, nota 1, p. 39

el señor Lewis declaró que no deseaba convertirse en padre del hijo que pudiera nacer.

“En este caso, además de la cuestión ética, surgen problemas tan graves como saber si en el momento del divorcio los embriones deben ser destruidos o puede continuarse su fertilización. ¿A qué padre se le adjudicará la custodia de los hijos? ¿Cómo se establecerá la obligación de pagar los alimentos? ¿Algunos de los miembros de la pareja podrán desligarse de la obligación al momento del divorcio?”⁸⁰ ¿Se puede negar la filiación paterna o materna? ¿El centro o banco de fertilización se puede quedar con los preembriones? En caso de quedárselos ¿puede elegir si los utilizará para reproducción, darlos en adopción o experimentación e investigación?

Una historia más contemporánea y con un final feliz es la del cantante Ricky Martin, quien “se convirtió en padre... - de gemelos-, a través de un vientre prestado...”⁸¹

En suma, los casos narrados suscitan problemas que el derecho sustantivo interno e internacional necesita resolver debido a que cada día van en aumento. Al tener elementos internacionales los complica más. Por tal motivo, regular los avances científicos y tecnológicos, así como las investigaciones y experimentaciones relacionadas y derivadas de la maternidad-paternidad asistida, son de imperiosa necesidad, debido a que traspasan fronteras; es decir, la comunidad internacional requiere de la celebración jurídica internacional de tratados, convenios y/o acuerdos, para proteger y obligar a los científicos a respetar los inicios de la vida, en especial para evitar y resolver los conflictos de leyes que se puedan presentar entre sus connacionales.

4.3.2 Tratados, Convenciones y/o Acuerdos Internacionales

⁸⁰ PEREZNIETO Castro, Leonel, *et al.*, op. cit., nota 75, p. 167

⁸¹ “Anuncia Ricky retiro temporal” [en línea], Yahoo México, 2008 [citado septiembre 05, 2008], disponible en internet: <http://www.lacronica.com/EdicionEnLinea/Notas/Entretenimiento/05092008/325774.aspx>

No existe una convención bilateral, regional o multilateral firmada y ratificada por la comunidad internacional o mejor dicho por nuestro país, con el nombre explícito de “Convención de Maternidad-Paternidad Asistida”, sin embargo si constan diversidad de tratados regionales (en especial europeos) relacionados con TRA, por ser las que dieron pauta a la creación de nuevas y sofisticadas investigaciones y experimentaciones en materia de salud, relacionadas con la biomedicina y biogenética.

Igualmente México firmó una convención en materia genética, así como tratados de índole civil que a través de una interpretación permitirían solucionar los problemas en materia de MPA que se presenten, pero es necesario y urgente crear y firmar una convención de maternidad-paternidad asistida que subsane todos o la mayor cantidad de conflictos posibles en el ámbito jurídico, generados por la población de las Naciones. Como tratados tenemos:

1.- Aunque no lo parezca, este nuevo revuelo jurídico, tuvo sus orígenes en el siglo XIX, cuando el científico Gregor Mendel descubrió las tres principales leyes de la genética, mejor conocidas como las Leyes de Mendel; las cuales dieron pauta para comprender los comienzos biológicos del ser humano, y auxiliar a la humanidad en el conocimiento de su creación, composición, pero en especial curar enfermedades y mutaciones que hoy en día atañen al hombre. Lo cual se perfeccionó y logró con la aplicación de TRA.

2.- El filósofo inglés Thomas Hobbes decía que “El hombre es el lobo del propio hombre”, tal vez por eso y como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial es que surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Que relacionada con la maternidad-paternidad asistida establece:

- “Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”
- “Artículo 16.
 “1 Los hombres y las mujeres,... tienen derecho, sin restricción alguna...
 “a... fundar una familia...
 “3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Si bien es cierto, que la Declaración no formula de manera literal los derechos a la procreación.⁸² Si tutela los derechos de crear una familia, que de acuerdo con nuestra LGS (art. 77 bis 4), la considera una unidad de protección integrada por progenitores (solteros o casados) y descendientes. Principios que se robustecen con los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos⁸³ (art. 23 apartado 1 y 2 del PIDCP), y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁴ (arts. 3º, 10 apartados 1 y 3, 12 apartado 1, 2 inciso c, y 15 apartado 1 inciso b del PIDESC)

a) El PIDCP en su artículo 23 apartados 1 y 2, establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado., 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.”

b) El PIDESC en sus artículos establece: “Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

⁸² Cfr. ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, op. Cit., nota 14, web

⁸³ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** [en línea], adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, convenio multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.pdf>

⁸⁴ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** [en línea], adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, convención multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.pdf>

“Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución..., 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

“Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental., 2... las medidas que deberán adoptar los Estados... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán... c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

“Artículo 15. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:... b) Gozar de los beneficios del progreso científico de sus aplicaciones;”

Normas que conjuntas, establecen la protección de la familia, y la aplicación de las TRA como beneficio del progreso científico, para que puedas fundar tu familia en una igualdad de derechos.

c) Del mismo modo, otra norma que tutela a la familia, o cuando menos al miembro más desvalido de la misma, es la Declaración Universal de los Derechos de los Niños⁸⁵, en especial su derecho a conocer sus orígenes, el cual es permitido cuando los padres, tutores o representantes de menores interponen un juicio de reconocimiento de paternidad y/o maternidad, las autoridades judiciales

⁸⁵ **Convención sobre los Derechos del Niño** [en línea], adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, convención multilateral vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CONV.%20DERECHOS%20DEL%20NINO.pdf>

fundamentan su decisión de autorizar las pruebas en materia genética en el artículo 8° de la Declaración, que cita:

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

4.4 Organismos

En la actualidad la ciencia hace posible el embarazo en los casos que hasta hace poco tiempo no era viable, mediante fecundación asistida homóloga y heteróloga, sin embargo, “los costos reservan esta posibilidad para unos pocos, todavía; pero la tendencia a considerar - la infertilidad y esterilidad como- una enfermedad de imposibilidad ‘natural’ para procrear, hará que muy pronto sea considerada dentro de los servicios prestables por las obras sociales y hasta de los hospitales públicos.”⁸⁶

Por ello, es necesario conocer las principales instituciones públicas con facultades explícitas de otorgar, proteger y garantizar el Derecho a una salud reproductiva, en especial los centros sanitarios que reglamentan y ofrecen los servicios de TRHA con consecuencias para MPA.

4.4.1 Nacionales

En el ámbito nacional de la maternidad-paternidad asistida, la mayoría de centros de salud en donde se aplican las técnicas de reproducción humana asistida, son

⁸⁶ ZAMUDIO, Teodora, *Ensayo: Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos, se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos* [en línea], Argentina, [citado junio 25, 2008], disponible en internet: <http://www.biotech.bioetica.org/docta40.htm>

agencias de publicidad y fertilización particulares. No obstante, estos centros de salud deben constituirse y pertenecer conforme lo establece el artículo 5º de la LGS al Sistema Nacional de Salud, el cual "... está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud."

Instituciones que a su vez deberán registrarse "por las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos y las normas oficiales mexicanas que emita la Secretaría de Salud, así como por los tratados y convenciones internacionales en los que los Estados Unidos Mexicanos sea parte y que se hubieren celebrado con arreglo a las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." (art. 351 LGS.)

Los centros sanitarios que participan en la aplicación de la maternidad-paternidad asistida en cualquiera de sus facetas de salud reproductiva, planificación familiar y, desarrollo de investigaciones científicas y tecnologías en materia de TRHA, no sólo pertenecen al sector salud, sino que son dependencias de la Administración Pública Federal que realizan políticas transversales para atender la MPA en el ámbito de su competencia.

4.4.1.1 Secretaría de Salud

Como se ha mencionado, México está a la vanguardia en maternidad-paternidad asistida primordialmente en TRHA, porque una de sus metas es fortalecer la perspectiva de Derechos Humanos en materia de Derecho a la Salud, con el objeto de cubrir la atención de salud reproductiva y servicios de planificación familiar, tal como lo establece en sus líneas de acción el PNDH 2008-2012; y las instituciones encargadas de cumplirlo son la Secretaría de Salud (en adelante SS) y el ISSSTE.

De una interpretación a la LGS, la SS tiene como facultades relacionadas con la MPA:

a) La organización, coordinación y vigilancia del servicio y ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud en materia de planificación familiar, atención materno-infantil e investigaciones de humana para prevenir y controlar enfermedades transmisibles (Art. 3º, fracciones IV, VII, IX, XI y XVII, 48, 61, 67, 68 y 100). Actividades que se encuentran íntimamente relacionadas con la maternidad-paternidad asistida.

b) Como la MPA requiere de centros especializados en técnicas de manipulación genética, la SS debe exigir que los establecimientos de salud encargados de estas técnicas, tengan autorización de las mismas cuando cuenten con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos. (art. 315 LGS) De la misma manera, estos centros contarán con un responsable sanitario. (art. 316 LGS)

c) El personal médico y auxiliar que desempeñe las TRHA y técnicas auxiliares debe contar con el entrenamiento especializado respectivo, conforme lo determinen las disposiciones reglamentarias aplicables. (art. 335 LGS)

d) Aunque la LGS no ha regulado de manera específica a la MPA en sus lineamientos, establece que la responsabilidad de cuidar las células (como serían los gametos y preembriones), órganos, y tejidos destinados a trasplantes, estarán a cargo del Centro Nacional de Trasplantes, quien a través del Registro Nacional de Trasplantes y bancos especializados, integrará y actualizará la siguiente información: Los datos de los receptores, de los donadores y fecha del trasplante, establecimientos autorizados, profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes, entre otros. (art. 338 LGS)

4.4.1.2 Secretaría de Educación Pública

La Secretaría de Educación Pública (en adelante SEP) forma parte del estudio de la MPA, debido a que colabora con la SS en el fomento y desarrollo de la salud reproductiva, a través de las siguientes facultades:

a) Promover un sistema de enseñanza continua en materia de salud, para reconocer, respetar y promover el desarrollo de la medicina, cabe resaltar que la educación para la salud en materia de MPA tiene por objeto orientar y capacitar a la población preferentemente en materia de nutrición, salud mental, salud bucal, educación sexual, planificación familiar, uso adecuado de los servicios de salud y prevención oportuna de enfermedades. (arts. 93 y 112 fr. III LGS)

b) En continuidad del anterior, participar con las instituciones de educación superior, para recomendar normas y criterios para la formación de recursos humanos en el sector salud. Del mismo modo, en coordinación con la SS y el CONACYT orientar al desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud. (arts. 89 y 97 LGS)

4.4.1.3 Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología

La MPA tiene su origen en el desarrollo de investigaciones científicas y tecnológicas, siempre y cuando reporte beneficios en la salud humana, por ello la Secretaría de Salud colabora en algunas funciones con el Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología (en adelante CONACYT, quien es la institución mexicana de fomentar las mismas. Entre sus facultades relacionadas con la MPA destacan:

a) SEP, SS y CONACYT deben realizar trabajos coordinados para orientar al desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, labores que requieren el apoyo de los gobiernos de las entidades federativas. (art. 97 LGS)

b) Aunado a lo anterior, el CONACYT, SEP y SS deben mantener actualizado el inventario de la investigación de las instituciones de educación superior en el área de salud del país.

4.4.1.4 Consejo Nacional de la Población

El último organismo de la administración pública federal que colabora con la secretaría de salud en la investigación, desarrollo y fomento de la MPA es el Consejo Nacional de la Población (en adelante CONAPO), y sus atribuciones sobresalientes son:

a) El CONAPO colabora con la SS en materia de servicios de MPA, debe promover el desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en sus contenidos y estrategias, del mismo modo establece las políticas que la SS debe otorgar en sus asesorías de planificación familiar y educación sexual en los sectores público, social y privado. (art. 68 fracciones I y III, y 69 LGS)

b) El CONAPO asesorará a la SS en la elaboración de programas educativos en materia de planificación familiar y educación sexual que requiera el sistema educativo nacional. (art. 71 LGS)

Lo anterior con base en el artículo 3º fracción II de la Ley General de Población, que cita: “II.- Realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública de que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que realicen organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias, con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país;...”

4.4.2 Internacionales

Sin importar el tema, los avances científicos y tecnológicos siempre son de ámbito internacional, por los beneficios que aportan a la humanidad, por tal motivo las Naciones contemporáneas suelen crear organismos que permitan su intercambio de opiniones, para ello crean organismos internacionales. En el plano internacional mencionaremos los criterios jurídicos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO) por ser de nivel universal, y algunos organismos Europeos, por ser los más adelantados en el tema de técnicas de reproducción humana asistida.

4.4.2.1 Organización de las Naciones Unidas

Hasta el momento la organización de las naciones unidas (ONU) no ha realizado ningún programa, congreso o conferencias que discuta las eventualidades de la MPA en específico, no obstante existen coloquios de otras materias que pueden servir de apoyo en el estudio de esta institución jurídica, como lo fueron:

a) Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (celebrado en El Cairo, en 1994). En dicha conferencia se “reconoce el derecho básico que tienen ‘...todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.’

“Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de los derechos reproductivos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de Técnicas de Reproducción Asistida. El apartado 7.6 de la Conferencia de El Cairo expresa que la atención de la salud reproductiva implica, entre otras cosas, la ‘prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad’.”⁸⁷

b) La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (celebrada en Pekín, en 1995). Esta conferencia “estableció que la salud reproductiva es ‘un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia’. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a ‘métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados’.”⁸⁸

Cabe resaltar que estas conferencias en conjunto con la OMS establecieron que la salud reproductiva es un estado de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias,⁸⁹ es decir, todos los humanos, enfermos o no enfermos, tenemos los mismos derechos a la procreación. Finalmente ambas conferencias establecieron programas concretos de acción,

⁸⁷ BELLVER Capella, Vicente, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Granada, Editorial COMARES, S.L., 2000, p. 83

⁸⁸ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op.cit., nota 72, web

⁸⁹ Cfr. GUTHMANN, Yanina, *El discurso bioético y la legitimación de las nuevas tecnologías reproductivas* [en línea], Argentina, Ensayo Ganador del primer lugar del Concurso Regional de Ensayos: “Nuevas tecnologías reproductivas”, [citado julio 07, 2008], disponible en internet: <http://www.cladem.org/espanol/novedades/primerlugarNTR.asp>

para promover la implementación de los derechos reproductivos a través de políticas gubernamentales.⁹⁰

4.4.2.2 Organización Mundial de la Salud

En su “último informe la Organización Mundial de la Salud (2002) - expresó que- alrededor de 80 millones de personas son estériles y la mayor incidencia se registra en los países pobres donde es más difícil el acceso a servicios de atención y a las TRA.”⁹¹ Desde el 29 de noviembre de 1993 afirmó: “la necesidad de elaborar criterios mínimos comunes sobre reproducción y clonación humana, porque no se puede permitir que la tecnología aventaje a la ética.”⁹²

Para resolver esta “demanda de accesibilidad a las TRA... - estableció- tres principios reconocidos...: I. El derecho a la autodeterminación que cada ser humano debe poder ejercer respecto de su proyecto de vida; II. El derecho a gozar de salud reproductiva; y III. El derecho a la equidad en el acceso a las prestaciones de la salud.”⁹³ Valores que tuvieron su origen en el “Código Internacional de Conducta en materia de Tecnologías de Reproducción Humana, donde reglamenta el proceder en la investigación genética. Destaca como puntos básicos:

- “a) La garantía de seguridad del material genético humano.
- “b) La dignidad del ser humano.
- “c) La inviolabilidad de la persona humana.
- “d) La inalienabilidad del cuerpo humano.
- “e) La penalización.”⁹⁴

⁹⁰ Cfr. “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 72, web

⁹¹ Ídem

⁹² MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 21, p. 165

⁹³ “Técnicas de reproducción asistida (TRA)”, op. cit., nota 72, web

⁹⁴ CANO Valle, Fernando (coord.), **Clonación humana**, nota 71, p. 112

Por su parte, la Asociación Médica Mundial en septiembre de 1993 elaboró un Proyecto de Declaración para controlar las técnicas de embrio-reducción o reducción fetal, que refería:

La aplicación de TRA tiene como resultado un gran aumento de los embarazos múltiples, y a veces muchos embriones. Además, está comprobado que en los embarazos de más de tres fetos, los problemas de mortalidad fetal y retardo en el desarrollo relacionados con enfermedad cerebral, se presentan en más del 50% de los casos. Debemos reconocer los efectos altamente dañinos para la salud física de la madre, como también las repercusiones económicas y en especial psicológicas para los padres. Por lo que se recomienda no implantar más de tres embriones a la vez en las técnicas *in vitro*.

En caso de estimulación médica de la ovulación, sin recurrir a la fecundación *in vitro*, en donde no siempre se puede evitar el embarazo múltiple, se puede realizar la reducción del número de ovocitos, siempre y cuando la técnica sea posible y por disposición médica.

Sin embargo, debido al riesgo de complicaciones y a que en realidad se trata de la eliminación de un ser humano potencial, se debe tratar de evitar este tipo de procedimiento simplemente por complacer las exigencias personales de los futuros padres, que prefieren por ejemplo tener un solo niño en dicho embarazo, en lugar de dos.

Del mismo modo, la Asociación Médica Mundial recomienda, en lo posible:

- a) Que las asociaciones médicas nacionales establezcan criterios sobre cuáles son las características que debe tener la persona para ser aceptada como donante de gametos y evitar así cualquier desviación eugenésica,
- b) Que los médicos mantengan el anonimato de los donantes y de los receptores, hasta donde la Ley lo permita, excepto en los casos donde una condición congénita o transmisible que no pudo ser prevista en el momento de la donación y aparezca más tarde en el

niño o en el donante, c) Que los médicos no permitan la comercialización de gametos humanos, d) Que los médicos entreguen una información lo más completa posible al donante y al receptor sobre los métodos y riesgos que implica este procedimiento, e) Que los médicos no realicen ningún procedimiento de procreación médicamente asistida en personas que han pasado la edad normal de procreación, y f) Los médicos deben abstenerse de intervenir en los procesos de reproducción que permitan elegir el sexo del feto, a menos que sea para evitar la transmisión de enfermedades graves relacionadas con el sexo.⁹⁵

4.4.2.3 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Debido a las investigaciones de diagnóstico y terapéuticas realizadas a los gametos y preembriones sobrantes de las TRHA, es que se reconoce que “el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas,”⁹⁶ para regular y dirimir las controversias éticas, científicas y jurídicas que se pudieran presentar, la UNESCO considero necesario un proyecto al cual denomino Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Esta Declaración inició trabajos en el año de 1997 y resultó ser un avance fundamental en este sentido, porque generó un marco moral y ético sobre los derechos y responsabilidades para el manejo de la información genética presente

⁹⁵ Cfr. “Ética médica” [en línea], Colombia, [citado mayo 22, 2009], disponible en internet: <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII-parte2.htm>

⁹⁶ SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, “El Genoma Humano y la ética médica”, *Gaceta Seguridad Social*, México, IMSS, julio 2007, p. 9 de la sección de salud

en el genoma de la raza humana. No obstante, fue rechazada al ratificar, en 1998, por la totalidad de países miembros de la ONU.⁹⁷

Derivado de ello, “la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO en la conferencia general proclamó 25 artículos el 16 de noviembre de 1999. Los temas de esta declaración son ‘dignidad humana y genoma humano’, ‘el derecho de las personas interesadas’, ‘investigaciones sobre genoma humano’, ‘condiciones de ejercicio sobre la investigación científica’, ‘solidaridad y cooperación internacional’ y ‘fomento de los principios de la declaración’.”⁹⁸ De los postulados de esta declaración de la UNESCO destaca y puede relacionarse con una interpretación muy aguda a la MPA, los subsecuentes:

“A. La dignidad humana y el genoma humano. Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

“C. Investigaciones sobre el genoma humano. Artículo 12. b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.

“D. Condiciones de ejercicio de la actividad científica. Artículo 16. Los Estados reconocerán el interés de promover, en los distintos niveles apropiados, la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios, encargados de

⁹⁷ Cfr. CANO Valle, Fernando (coord.), op. cit., nota 71, p. 33 y 95

⁹⁸ SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, op. cit., nota 95, p. 9 de la sección de salud

apreciar las cuestiones éticas, jurídicas y sociales planteadas por las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones.”⁹⁹

Es decir, como el genoma humano es extraído del ADN del ser humano, en específico de los genes que existen en los gametos y preembriones sobrantes de las TRHA, es de imperiosa necesidad otorgar filiación y/o “propiedad” de estas células y organismos.

4.4.2.4 Organismos Europeos

Europa es uno de los continentes más avanzados en materia de maternidad-paternidad asistida, tal como lo demuestran las legislaciones del país español, en consecuencia mencionare algunos organismos regionales, así como sus documentos elaborados.

1.- Desde la firma en Londres en el año 1949 de sus Estatutos, el Consejo de Europa¹⁰⁰ se ha preocupado intensamente por la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en materia de inseminación artificial humana, fecundación *in vitro*, los derechos del niño no nacido, la ingeniería genética, la experimentación e investigación con embriones y fetos humanos, etc. He inició su trabajo sobre RHA “como consecuencia de una sesión parlamentaria organizada por la Comisión de Asuntos Jurídicos celebrada en el año 1981 en Copenhague... - en la cual- presentó un informe a la Asamblea Parlamentaria que, a su vez formuló al Consejo de Ministros diversas proposiciones. Estas pueden sintetizarse en las tres siguientes:

“a) Garantizar el respeto de los derechos humanos en esta materia, fundamentalmente mediante el reconocimiento del derecho a un patrimonio genético con la finalidad de evitar la fácil manipulación.

⁹⁹ Ídem

¹⁰⁰ Cfr. GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 45, pp. 115 y 116

“b) Las excepciones a dicha garantía deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana, debiendo definirse los principios del tratamiento de las informaciones genéticas según los Convenios y resoluciones del Consejo de Europa.

“c) Concreta determinación de los casos en que puede resultar admisible la terapia genética con el consentimiento de los propios afectados.

“Además su Recomendación 934 sobre ingeniería genética, aprobada en 1982, determinó la creación de un órgano *ad hoc*, ‘Committee of Experts on Genetic Engineering’ (CAHGE - traducción Comité de Expertos en Ingeniería Genética-), para el estudio de los problemas planteados por los avances en la ingeniería genética y con la mira puesta en una adecuada armonización de las diversas medidas a adoptar por los Estados miembros y, en su caso, para la elaboración del instrumento legal más adecuado. Esta celebró sus sesiones finales en Estrasburgo durante los meses de junio y octubre de 1984. Ya en la primera propuesta del informe final de actividades se encuentran definiciones de inseminación artificial (AI), fecundación in vitro (FIV), embrión, manipulación embrionaria y donación de gametos,...”¹⁰¹ entre otros.

“El Informe final... proponía: ‘se limitarán de forma estricta el número de embriones obtenidos por FIV y transferidos al número necesario para conseguir el éxito de la procreación: y si es posible, serán transferidos todos los embriones obtenidos’. ‘Las leyes nacionales fijarán el período de tiempo máximo que deberán permanecer almacenados los embriones congelados; en principio no será superior a diez años’.”¹⁰²

“Terminados los trabajos del CAHGE y tras este primer intento, el Consejo de Ministros acordó la creación de un segundo Comité de Expertos para el estudio de los problemas éticos y jurídicos determinados por el espectacular desarrollo de

¹⁰¹ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M., *et al.*, **La maternidad portadora...**, nota 21, pp. 17 y 18

¹⁰² GAFO, Javier, *op. cit.*, nota 45, pp. 165 y 166

las ciencias biomédicas (CAHBI)...”¹⁰³ Este organismo emitió en “marzo de 1986 unos principios provisionales sobre las técnicas de Procreación Artificial Humana... sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética,... - en específico- para el uso de la crioconservación de embriones:

- “Que sólo se puede crioconservar embriones humanos para la implantación destinada al embarazo de la mujer a la que se han extraído los óvulos con esta finalidad.
- “Que se limite la duración de la crioconservación.
- “Que se prohíba y penalice el comercio con embriones crioconservados para fines científicos o industriales...

“Aunque el 24 de septiembre de 1986 aprobó la Recomendación 1046 sobre ‘el uso de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos e industriales’.”¹⁰⁴ No obstante, en diverso documento “publicado en 1989 ‘constata que el desarrollo humano se lleva a cabo de forma continuada desde la fecundación... estimando que el embrión humano debe ser tratado en toda circunstancia de forma que se respete su dignidad humana’...”¹⁰⁵

En el mes de febrero de 1987, presentó un informe completo sobre las más avanzadas técnicas de reproducción artificial humana,¹⁰⁶ que concluyó en el “Proyecto de Recomendación número 87 del Comité de Ministros a los Estados Miembros (CAHBI, Estrasburgo, 3 de octubre de 1988),”¹⁰⁷ del cual destaca “su principio décimo quinto,... considera madre a la que alumbró al hijo.”¹⁰⁸

2.- Por su parte, el Parlamento Europeo “en su Resolución (A 2-372/88), aprobada el 16 de marzo de 1989 en su punto 11 mantuvo que toda forma de

¹⁰³ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 21, pp. 17 y 18

¹⁰⁴ GAFO, Javier, op. cit., nota 45, pp. 166 y 217

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 179

¹⁰⁶ Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 21, pp. 17 y 18

¹⁰⁷ GAFO, Javier, op. cit., nota 45, p. 130

¹⁰⁸ MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. *et al.*, op. cit., nota 21, p. 146

maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial, debiendo prohibirse asimismo los impresos anunciadores de tal actividad y el comercio de embriones o gametos.”¹⁰⁹ Además, “expresa el deseo de que se defina el estatuto jurídico del embrión humano, con el objeto de garantizar una protección clara de la identidad genética y recuerda que el cigoto requiere protección y no puede ser objeto de experimentación de forma arbitraria. En el Informe sobre la manipulación genética (1989) se afirma que, desde el punto de vista científico, es indiscutible que el cigoto es ya vida humana, éste se encuentra indefenso desde el punto de vista jurídico.”¹¹⁰

3.- Otros precedentes del Consejo y Parlamento Europeo de carácter jurídico y científico internacional que sirvieron de orientación para regular las investigaciones y experimentaciones científicas sobre la especie humana, fueron: el Código de Nüremberg (1946), completado y actualizado por la Declaración de Helsinki (1964 y 1975). Los principios más importantes del primero son:

- La necesidad de un verdadero consentimiento por parte del individuo que se somete a una experimentación, que debe ir precedido de una información sobre las características, beneficios y riesgos que se esperan de la misma.
- Debe tratarse de investigaciones que sean necesarias y beneficiosas para la humanidad y cuyos resultados no puedan conseguirse por otros medios.
- Debe ir precedida por una experimentación realizada en el laboratorio y en otras especies animales.
- Nunca puede realizarse una investigación humana que conlleve el riesgo de la muerte o la incapacidad física del sujeto sometido a experimentación.
- Debe existir una adecuada proporción entre los beneficios y los riesgos que se esperan conseguir de la experimentación.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 71

¹¹⁰ GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 46, p. 180

- Los intereses del individuo deben prevalecer sobre los de la ciencia o de la sociedad.¹¹¹

“Los principios de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial se aplicarán a toda investigación clínica en materia de fecundación in-vitro y de trasplante de embriones, así como también a todos los problemas que puedan surgir de dicha investigación clínica. La Asociación Médica Mundial recomienda a los médicos abstenerse de intervenir en los procesos de reproducción que permitan elegir el sexo del feto, a menos que sea para evitar la transmisión de enfermedades graves relacionadas con el sexo.”¹¹²

Con estos instrumentos la comunidad internacional (europea) determinó la utilización y protección de preembriones y embriones producidos *in vitro*, que no tiene la capacidad de cumplir el desarrollo durante el cual adquiere el carácter de ser humano, pero tiene un valor simbólico que previene que les considere como una mera cosa. Conjuntamente al pasar el tiempo permitido, sean descartados para su eventual utilización en protocolos de investigación científica debidamente autorizados, con fines beneficiosos para la salud humana.¹¹³ Documentos que también sirvieron para controlar las investigaciones de clonación, partogénesis y ectogénesis principalmente.

4.- Por último, “un nuevo proyecto inglés, el llamado UK Biobank, almacenará a partir de 2008 muestras de 500,000 pacientes de entre 40 y 69 años, con el propósito de que investigadores de todo el mundo puedan acceder a ellas y estudiar las causas de las enfermedades, como el cáncer, Alzheimer, diabetes o algunos problemas cardiovasculares. Para ello se está recogiendo sangre y orina de los donantes, que se congelará durante décadas a una temperatura de entre -20°C y -80°C y se guardará en un gran contenedor del tamaño de un tráiler. Los ingenieros de la empresa han diseñado un robot de 1.5

¹¹¹ Cfr. GAFO, Javier, *Dilemas éticos de la medicina actual-11...*, nota 46, p. 171

¹¹² “Ética médica”, op. cit., nota 95, web

¹¹³ Cfr. “Ética médica”, op. cit., nota 95, web

toneladas que accederá a las muestras almacenadas en diversos compartimientos.”¹¹⁴

4.4.2.5 Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología

El 13 de septiembre de 1983, se reunieron en Madrid veintiún Estados integrantes de la ONU, para debatir la creación de un Centro Internacional de Genética, el cual fue adoptado a través del instrumento multilateral denominado Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología, documento que fue depositado en la *United Nations Industrial Development Organization* (en español Organización del Desarrollo Industrial de las Naciones Unidas), al cual se adhirieron hasta el año 2005, 50 naciones¹¹⁵.

México publicó su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 1988. Este Centro es una organización internacional que comprenderá un centro y una red de centros nacionales, regionales y subregionales asociados (art. 1º), para promover la cooperación internacional de desarrollo y aplicación pacífica de la ingeniería genética y la biotecnología, en particular para los países en desarrollo. (art. 2º inc. a)¹¹⁶

Por otra parte, se encuentra en desarrollo el “Proyecto Internacional del Genoma Humano (PIGH). El propósito inicial fue el de dotar al mundo de herramientas trascendentes e innovadoras para el tratamiento y prevención de enfermedades... Los principales asuntos que se discutieron fueron cómo asegurarse de que los resultados de diagnóstico genético no se usarían en forma negativa,... cómo garantizar que los individuos que acepten someterse al análisis de su propio ADN saben a qué se están comprometiendo, qué pasos concretos

¹¹⁴ “Banco biológico”, *Muy interesante*, México, Sumario, año XXV, No. 02, febrero 2008, p. 20

¹¹⁵ Cfr. *Multilateral Treaties Deposited with The Secretary General*, Status as at 31 December, 2004, New York, United Nations, 2005, Volume II, Part I: Chapters XII to XXIX, and Part II, p. 70

¹¹⁶ Cfr. *Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología* [en línea], adoptado en Madrid el 13 de septiembre de 1983, convención multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 1988 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CIGB.pdf>

deberían darse para regular la exactitud de las pruebas de genéticas, cuando se encuentre que un feto posee genes que no le permitirán desarrollarse como un ser humano funcional ¿quién debería tener el derecho de terminar el embarazo?”¹¹⁷

En conclusión, las técnicas de reproducción humana asistida fueron el móvil de investigaciones científicas y tecnológicas a favor de la salud humana, se ha creado una diversidad de legislaciones nacionales y extranjeras, así como organismos nacionales e internacionales, pero desafortunadamente, estas legislaciones y organismos siguen produciendo carencia en la legislación a aplicar en materia de maternidad-paternidad asistida.

¹¹⁷ SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, op. cit., nota 96, p. 9 de la sección de salud

CAPÍTULO V

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO, EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

La necesidad de comparar las legislaciones Española, Americana y Mexicana relacionadas con la maternidad-paternidad asistida es con el objeto de determinar las ventajas y desventajas que pueden tener en el ámbito jurídico, social, ético y económico de las sociedades.

5.1 Estudio de las legislaciones

Debido a los avances científicos y tecnológicos, las tradicionales instituciones jurídicas de maternidad y paternidad se enfrentan a una nueva postura legal como lo sería la maternidad-paternidad asistida.

Algunas legislaciones han empezado a regularlas, pero con bastantes deficiencias, aunado a que la mayoría establece lineamientos exclusivos para las TRHA y genética humana (genoma humano), es decir, no abarcan el tema específico de MPA.¹ Por lo que respecta a las legislaciones Española, Americana y Mexicana sobresale:

España tiene una Ley específica (Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida) para “regular la MPA”, el tórax de esta norma es determinar qué son y cuáles son las TRHA, donación y utilización de gametos y preembriones, amplitud para la investigación de gametos y preembriones en

¹ Cfr. Capítulo IV de este trabajo, diversos apartados, pp. 177-275

materia genética, en cuanto a MPA sólo menciona a la maternidad gestante subrogada, por lo que obvia los demás supuestos de la maternidad-paternidad asistida.

EUA no tiene una ley federal, es decir no cuenta con un criterio unificado de los asuntos jurídicos que pudieran presentarse en materia de MPA, por lo que la mayoría de sus Estados sólo la permiten si es gratuita, tres Estados reconocen los *agreements*, uno de ellos contempla la condicionante de onerosidad, la mayoría se apoya en *agreements* particulares, y los restantes tienen proyectos para su regulación.²

México a nivel federal no cuenta con la regulación de MPA en ninguna de sus leyes, desde 1999 tiene una iniciativa de Ley denominada: “*Ley de técnicas de reproducción asistida y de disposición de material genético humano, y de reformas a los artículos 329 y 349 de la Ley General de Salud*”, por lo que los problemas jurídicos que se presentan en materia de MPA son resueltos por las legislaciones de materia civil estatal y jurisprudencia.³

A nivel mundial, no existe un tratado, convenio y/o acuerdo bilateral, regional o internacional que regule de manera específica a la maternidad-paternidad asistida con sus modalidades y condicionantes, toda vez que los que instrumentos existentes se abocan a la regulación de TRHA; uso y destino de los gametos, preembriones y embriones viables y no viables sobrantes de estas pericias, e investigación genética.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que del estudio de la Ley 14/2006 de España, los *Agreements*, análisis de diversas legislaciones federales mexicanas y su iniciativa de Ley, así como de la exploración a la legislación internacional, se puede concluir lo siguiente:

² Cfr. Capítulo IV, apartado 4.2.2.2 Legislación de los Estados Unidos de América, de este trabajo, pp. 242, 245, 247-249

³ Cfr. Capítulo IV, apartado 4.1.12 Iniciativas de ley, de este trabajo, pp. 212-217

1. Sólo los EUA reconoce los contratos gratuitos y onerosos de la MPA. Aunque en algunos Estados es declarado nulo e inexigible si es oneroso, y cuando lo reconoce es con limitaciones.

2. EUA en sus *agreements* y México en su iniciativa de Ley aceptan la renuncia expresa de la filiación del infante a favor de los padres comitentes.⁴ Pero España no; además, España y México continúan con el principio de gestación y parto como prueba para establecer la filiación del infante respecto de la madre, en consecuencia, se conserva la filiación paterna por presunción.⁵

3. España y EUA permiten la utilización de TRHA en mujeres casadas y solteras, sin distinción de orientación sexual, lo que propicia el respeto al Derecho de reproducción de todos los seres humanos. Aunque ninguna establece de manera precisa que sucedería en caso de que una mujer o varón fértil célibe, o pareja fértil desee contratar los usos de la MPA, en cualquiera de sus modalidades genética, o gestante subrogada parcial y total.⁶

4. Las tres naciones permiten la inseminación *post mortem*, siempre y cuando esté autorizada en testamento, escritura pública o “documento con indicaciones específicas”. Sólo suele variar el tiempo de aplicación de la TRHA.

5. España y EUA permiten el uso para experimentación e investigación ilimitada de gametos, preembriones, embriones y fetos viables, no viables y muertos. México en su iniciativa de Ley establece que sólo se puede experimentar e investigar en estos organismos biológicos cuando se trate de investigaciones de diagnóstico, mejorar las TRHA y terapéuticas.⁷

⁴ Cfr. Capítulo IV, apartado 4.2.2.2 Legislación de los Estados Unidos de América, de este trabajo, pp. 242-249

⁵ Cfr. Capítulo IV, apartado 4.2.1.2 Legislación Española, de este trabajo, p. 235

⁶ Cfr. Capítulo III, apartado 3.2.1.3.7 Problemas sociales y jurídicos que se generan por la maternidad-paternidad asistida, pp. 158-161, y Capítulo IV apartado 4.1.2 Constitución, p. 183, ambos de este trabajo

⁷ Cfr. Capítulo IV, diversos apartados de este trabajo, pp. 215, 216, 233, 234 y 250

6. España y EUA cuentan con instituciones especiales para la supervisión y control de TRHA, donantes e investigaciones a realizar; México en su iniciativa de Ley contempla la creación de un organismo especial para estos fines.

7. Ninguno establece nada sobre las actividades comerciales de las agencias de publicidad, que suelen en muchas ocasiones ser intermediarias en el uso y aplicación de TRHA.

8. Ninguno establece nada sobre lactancia.

9. Los tres países establecen que la aportación de gametos y preembriones es una donación de material genético confidencial y gratuita entre el donador y centro de salud, en España sobresale el seguro de protección de gametos y preembriones a favor de los donantes y padres comitentes. No obstante, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO otorga cierta cualidad patrimonial sobre el material genético.⁸

10. Los tres Estados concuerdan en que las TRHA deben ser aplicadas con consentimiento informado de las partes, el cual comprende factores éticos, biológicos, jurídicos y económicos, del mismo modo debe ser proporcionado por los centros de salud que aplicarán la TRHA y se debe llevar una historia clínica personal y secreta.⁹

11. Los centros de salud tienen la obligación de guardar la confidencialidad de los donantes y MGS, porque de lo contrario incurrirían en responsabilidad; no obstante, como excepciones los pueden manifestar en casos de enfermedad grave que ponga en riesgo la vida del menor y cuando las autoridades penales lo requieran.

⁸ Cfr. Capítulo IV, diversos apartados de este trabajo, pp. 188, 232 y 268

⁹ Ídem

12. La confidencialidad de los donantes y MGS, en España y México resulta inoperante e ineficaz, toda vez que los infantes por norma internacional (Convención de los Derechos de los Niños de la ONU) tienen Derecho a conocer sus orígenes.¹⁰

12. Ninguno establece lo concerniente a casos de eupenesia, además España y EUA permiten las investigaciones de partogénesis y ectogénesis.

13. Ninguno hasta el momento establece la regulación de “juicios especiales” reconocimiento y desconocimiento de maternidad y paternidad derivados de los supuestos de la MPA.

14. En caso, de embarazo múltiple riesgoso, ninguno establece de manera nítida, cuantos y qué preembrión, embrión o feto será susceptible para la aplicación de las técnicas de reducción fetal y/o embrional.

15. Los contratos de MPA sólo existen, son reconocidos y exigibles en los EUA, aunque con algunas limitantes. Aunado a que no refieren nada sobre cláusulas penales y compensaciones, filiación de un infante con problemas natales, postnatales y/o mutaciones ocasionadas por el medio ambiente de la mujer gestante subrogada.¹¹

16. España y EUA cuentan con organismos públicos nacionales específicos encargados de coordinar, controlar y supervisar las actividades de los bancos y centros sanitarios privados, sociales y públicos que aplican TRHA.

17. Las tres naciones concuerdan en la protección de la vida humana desde su concepción, aunque no han unificado sus criterios para definir lo que es un gameto, preembrión, embrión y feto viable, no viable y muerto en materia de MPA.

¹⁰ Cfr. Capítulo IV, apartado 4.4 Organismos, de este trabajo, p. 258

¹¹ Cfr. Capítulo IV, apartado 4.2.2.2 Legislación de los Estados Unidos de América, de este trabajo, pp. 242-247

18. Ninguna Ley específica de manera nítida la filiación civil (adopción) de preembriones, embriones y fetos con utilidad reproductiva, así como diferenciar autorización del donante para utilizar el material genético en adopciones e investigaciones del consentimiento informado.

19. No existe un tratado, convenio y/o acuerdo bilateral, regional y/o internacional que regule con precisión todos los aspectos inherentes a la maternidad-paternidad asistida, como serían: Definiciones, supuestos, clasificaciones, filiación, responsabilidad de las partes participantes (donantes, mujer gestante subrogada, padres comitentes y/o legales, especialistas en técnicas de reproducción humana asistida [personal médico, administrativo e institución], y agencias intermediarias), sujetos, objeto, modalidades, entre otras; para evitar los conflictos de leyes que se puedan suscitar entre las naciones, derivado del tráfico internacional de las personas físicas de distinta nacionalidad.

5.2 Ventajas y desventajas, en relación con las consecuencias o problemas jurídicos de la maternidad y paternidad asistida

“En Europa, específicamente en Francia,... - la MPA- empieza... a regularizarse pues, aunque ahí sí está prohibida esta práctica desde 1994, ahora planea legalizarse después de que muchas parejas que alquilaron un vientre tuvieron problemas legales para que un juez reconociera su paternidad.”¹²

Como se ha reiterado, México está a la vanguardia y nivel de EUA, Canadá, España, Francia, Inglaterra y Japón,¹³ entre otros, en tecnología de TRHA; no obstante, las consecuencias frecuentes de estas pericias como lo serían el establecer una filiación materna y paterna, destino y uso de los gametos y preembriones sobrantes de FIVTE, aceptación y reconocimiento judicial del

¹² VALLEJO Mael, “Negocio millonario. Renta de vientres”, *EVE*, México, abril 2009, p. 56

¹³ Cfr. Notimex, “Sufre padecimientos relacionados con infertilidad 17% mexicanos[en línea], México, Yahoo, 2007 [citado noviembre 12, 2008], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/12122007>

contrato de maternidad-paternidad asistida con sus modalidades y condicionantes, entre otros; genera ventajas y desventajas sociales, jurídicas y científicas por citar algunas, en el ámbito de la maternidad-paternidad asistida por no encontrarse debidamente reglamentadas.

Algunas desventajas son:

1.- En las tres naciones y a nivel mundial, la principal desventaja es el reconocimiento jurídico del contrato de maternidad-paternidad asistida con sus modalidades y condicionantes (oneroso y gratuito), es decir, carece de existencia y validez jurídica, porque consta de hecho pero no de Derecho. En virtud de que este tipo de negociaciones son nulas, en especial si es oneroso, de acuerdo con algunos juristas es contrario a la ley, moral, buenas costumbres, en atención a que los bebés y la filiación no pueden ser producto de transacción.

2.- Derivado del anterior, en Europa y todo el mundo, la desventaja primordial de efecto es el otorgamiento de una filiación legal a favor de los padres comitentes, debido a que cualquier tipo de contrato de maternidad-paternidad asistida es nulo.

3.- Incongruencia en las legislaciones nacionales e internacionales, toda vez que los gametos, preembriones, embriones y fetos son asimilados a la institución jurídica del patrimonio, es decir, las donaciones para reproducción e investigaciones deben ser por escrito y con autorización de los donantes.

4.- Falta de aceptación social y reconocimiento jurídico para establecer el periodo de lactancia como elemento esencial en los contratos de maternidad-paternidad asistida, toda vez que produce mayores beneficios al infante y progenitora biológica de carácter psico-desarrollo emocional y de salud. Su carencia puede ocasionar enfermedades en ambos.

5.- Carencia de reglamentación de responsabilidades de los terceros intermediarios: Peritos, instituciones médicas, administrativos, agencias de publicidad y fertilidad.

6.- Carencia de legislación específica sobre reducción embrional y fetal en los embarazos múltiples, es decir, en la TRHA de FIVTE se estableció la producción y transplatación de tres óvulos o preembriones como máximo para evitar embarazos múltiples y el uso de estas técnicas, pero en las demás TRHA no se estableció nada, y no se ha determinado cuál sería el orden para seleccionar el producto a eliminar.

7.- La legislación internacional y nacional tutela como Derecho de los menores el conocimiento de sus orígenes, en consecuencia se carece de una reforma en las causas para interponer juicios de reconocimiento y desconocimiento de maternidad y paternidad.¹⁴

8.- No se estableció nada sobre parejas o personas célibes fértiles que desean la utilización de un hijo por las TRHA, en especial por caso de vanidad o cuestiones personales femeninas.

9.- En el ámbito mundial, al no existir una legislación internacional, regional o bilateral que contemple a la MPA como tal, producirá una diversidad de conflictos jurídicos: Sustantivos, de competencia y ejecución de sentencias.

Entre las ventajas encontramos las siguientes:

1.- La sociedad mundial ante la necesidad de subsanar sus deficiencias de salud en materia de infertilidad y esterilidad médicas y deseos de ser padres, acepta la MPA como la solución idónea para estos problemas.

¹⁴ Cfr. Capítulo IV, apartados 4.1.12 Iniciativas de ley, y 4.2.1.2 Legislación española, de este trabajo, pp. 220, 221 y 229

2.- Aunque el contrato de maternidad-paternidad asistida no existe y no es valido en el mundo jurídico, las personas lo constituyen y cumplen de hecho en atención a sus acuerdos verbales y privados pactados.¹⁵

3.- La existencia de un consentimiento informado propicia igualdad en las contrataciones de maternidad-paternidad asistida.¹⁶

4.- El escrito de autorización (como lo contempla España), para dar en adopción y permitir investigaciones científicas de diagnostico y terapéuticas en gametos, preembriones, embriones y fetos viables, no viables y muertos, en beneficio de la salud del ser humano por parte de los propietarios del material genético demuestra una evolución en la educación de las naciones, del mismo modo, acredita el fomento de las investigaciones científicas y tecnológicas.

5.- La aceptación de la renuncia de la filiación legal por parte de la MGS a favor de los padres comitentes, propuesta en la iniciativa de Ley mexicana sería un gran avance jurídico, económico y social. Además, daría pauta a la apertura de un nuevo supuesto en la filiación, como lo sería su transacción onerosa y gratuita, y eliminaría los trámites adoptivos y pseudoadoptivos. Lo más importante produciría existencia y validez jurídica de los contratos de maternidad-paternidad asistida.¹⁷

Por último, un factor que puede ser ventaja y desventaja conjunta en la MPA, sería: La carencia de nociones y diferencias precisas en las legislaciones entre: a) maternidad-paternidad asistida y maternidad-paternidad tradicional, b) maternidad-paternidad biológica o consanguínea, c) maternidad-paternidad genética, d) maternidad gestante subrogada, maternidad gestante asistida o maternidad asistida (en atención a que este último término ya está muy posesionado en el vocablo jurídico, social y científico), e) maternidad gestante

¹⁵ Cfr. Capítulo IV, apartados 4.1.12 Iniciativas de ley, y 4.2.2.2 Legislación de los Estados Unidos de América, de este trabajo, pp. 221-224 y 250-251

¹⁶ Cfr. Capítulo IV, apartados 4.1. Código Civil Federal, de este trabajo, pp. 197

¹⁷ Cfr. Capítulo IV, apartados 4.1.12 Iniciativas de ley, de este trabajo, pp. 214 y 215

asistida parcial, f) maternidad gestante asistida plena, g) maternidad-paternidad civil, h) maternidad-paternidad comitente e, i) maternidad-paternidad legal.¹⁸

¹⁸ Cfr. Capítulo III, diversos apartados de este trabajo, pp. 121-137

CONCLUSIONES

PRIMERA. La familia es la institución jurídica medular de toda civilización, la cual se genera por el matrimonio, concubinato o reproducción humana natural y asistida; que da como resultado lazos de parentesco, derechos y obligaciones entre descendientes y ascendientes; unidad que evoluciona y modifica su estructura socio-económica, política, cultural y jurídica conforme a las necesidades del tiempo y espacio de cada sociedad, pero procura conservar valores recíprocos de amor, respeto, responsabilidad, igualdad y equidad entre sus integrantes.

SEGUNDA. En el ámbito jurídico existe un vacío nacional e internacional ante los avances científicos y tecnológicos de las técnicas de reproducción humana asistida relacionadas con las nuevas instituciones de la maternidad-paternidad asistida, en virtud de que las existentes no satisfacen las necesidades y problemas legales que se presentan.

TERCERA. Se debe otorgar existencia y validez jurídica a los contratos de maternidad-paternidad asistida, a sus clasificaciones y modalidades gratuita y onerosa. Del mismo modo, reconocer a la maternidad gestante subrogada como un nuevo oficio.

CUARTA. No existe una definición jurídica de Maternidad-Paternidad Asistida, sin embargo, debe entenderse como: La maternidad y/o paternidad comitente que se da entre los padres comitentes y el párvulo nacido por técnicas de reproducción humana asistida homólogas o heterólogas, con el objeto de crear un vínculo de filiación que les otorgue un estado de identidad en una familia, así como derechos y obligaciones jurídicos, sociales, éticos y psicológicos.

QUINTA. Es necesario establecer conceptos precisos en las leyes mexicanas de maternidad-paternidad tradicional y maternidad-paternidad asistida, con el objeto de actualizar los principios determinantes de filiación materna y paterna.

SEXTA. De la maternidad-paternidad asistida se derivan los siguientes tipos de maternidad y paternidad: a) maternidad-paternidad tradicional, b) maternidad-paternidad asistida, c) maternidad-paternidad consanguínea tradicional, d) maternidad-paternidad genética, e) maternidad gestante subrogada parcial, f) maternidad gestante subrogada plena, g) maternidad-paternidad civil tradicional, h) maternidad-paternidad asistida civil o pseudo-adoptiva, i) maternidad-paternidad asistida comitente, y j) maternidad-paternidad legal.

SÉPTIMA. Establecer correctamente el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, así como sus técnicas de recolección y reducción. Además, establecer los casos en que sea viable su utilización, con respeto a los derechos de reproducción de los individuos, sin distinción de personas con pareja y solteras, fértiles o estériles.

OCTAVA. Se carece de una reglamentación para otorgar la lactancia como un Derecho de desarrollo de salud y psicoemocional entre el infante y la mujer gestante subrogada, con el objeto de evitar enfermedades inmediatas o secundarias en ambos.

NOVENA. Se carece de requisitos, derechos, obligaciones y responsabilidades concretas de todos los elementos y sujetos que intervienen en la maternidad-paternidad asistida, como serían: a) Donantes, b) Mujer gestante subrogada, c) Padres comitentes, d) Gametos, preembriones, embriones y fetos viables, no viables y muertos, e) Párvulo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida, f) Instituciones de salud del sector público, privado y social, g) Agencias de publicidad y fertilidad, y h) Peritos y administrativos.

DÉCIMA. Se carece de la explicación precisa de lo que es el consentimiento informado y documento de autorización para investigación. Del mismo modo, la diferencia que existe entre ambos.

DÉCIMA PRIMERA. Se carece de una regulación que contemple lo relativo a vitrificación, eupenesia, partogénesis y ectogénesis, por ser el tipo de investigaciones más vanguardistas en el tema de la maternidad-paternidad asistida y genética. Del mismo modo, la diferencia entre preembrión y embrión.

DÉCIMA SEGUNDA. Es necesario, la creación de un juicio especial para el desconocimiento y reconocimiento derivado de la maternidad-paternidad asistida, con el objeto de evitar dobles o ninguna maternidad y paternidad, y sus consecuencias jurídicas de alimentos, sucesiones y estado de hijo (patria potestad, guarda y custodia).

DÉCIMA TERCERA. Es necesario que las autoridades sanitarias establezcan políticas administrativas, legislativas y judiciales con otras dependencias para la creación y aceptación jurídica de reformas legislativas, así como del contrato de maternidad-paternidad asistida.

DÉCIMA CUARTA. Del Derecho Comparado entre España, Estados Unidos de América y México se observa que las dos primeras naciones tienen una autoridad específica para el registro y control de técnicas de reproducción asistida y México no.

DÉCIMA QUINTA. Del Derecho Comparado entre España, Estados Unidos de América y México se observa que los tres Estados sólo se interesan por la filiación materna-infantil, con ello obvian la filiación paterna.

PROPUESTAS

La maternidad-paternidad asistida es aquella que inicia con la solicitud efectuada a terceros por parte de los padres comitentes, para obtener la maternidad y/o paternidad legal del infante nacido por técnicas de reproducción humana asistida homólogas o heterólogas, con el objeto de crear un vínculo de filiación que les otorgue un estado de identidad en una familia, así como derechos y obligaciones jurídicos, sociales, éticos y psicológicos. Para cumplir con este cometido son necesarias tres situaciones:

PRIMERA PROPUESTA

En el ámbito nacional reformar las diversas legislaciones del Derecho que intervengan en la maternidad-paternidad asistida, para que los derechos y obligaciones de cada una de las partes (padres comitentes, donantes, mujer gestante subrogada, gametos, preembriones, embriones, fetos, infantes, intermediarios, peritos, agencias de publicidad y autoridades) estén bien delimitados. Derivado del estudio realizado, se propone realizar reformas de manera específica, en el Código Civil Federal y Ley General de Salud, en los siguientes términos:

a) En cuanto al Código Civil Federal se debe reformar mediante adhesión los artículos 293, 324, 338, 340, 360 y 1638, conjuntamente, se debe crear un capítulo especial en el título décimo Del contrato de prestación de servicios, bajo el nombre de: De la maternidad-paternidad asistida, en los siguientes términos:

Artículo 293. “El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.”

Adherir. El párvulo nacido por técnicas de reproducción humana asistida, genera parentesco consanguíneo con la mujer y/o hombre comitente, no con la mujer gestante subrogada.

Artículo 324. “Se presumen hijos de los cónyuges:

“I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

“II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Adherir. III. Los hijos nacidos, concebidos y no natos por técnicas de reproducción humana asistida, cuando exista consentimiento informado por escrito de los cónyuges.

Artículo 338. “No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.”

Adherir. Excepto en los casos de maternidad-paternidad asistida, que reúnan los requisitos establecidos en el capítulo (x) De la maternidad-paternidad asistida, del título décimo Del contrato de prestación de servicios de este Código.

Artículo 340. “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.”

Adherir. También se comprueba filiación con el consentimiento informado por escrito de los padres comitentes, que hayan autorizado la utilización de una técnica de reproducción humana asistida.

Artículo 360. “La filiación de los hijos nacidos fuera de 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.”

Adherir. Los supuestos establecidos en el párrafo anterior, no son operables, si se comprueba contrato de maternidad-paternidad asistida, en virtud, de que la filiación del menor, correspondería a los padres comitentes y no a la mujer gestante subrogada y/o donante de material genético humano.

Artículo 1638. “Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.”

Adherir. El consorte supérstite debe informar al juez del contrato de maternidad-paternidad asistida, o del consentimiento informado que el difunto cónyuge haya autorizado, para otorgar el legado o herencia correspondiente, al producto o futuro producto que nazca de la técnica de reproducción humana asistida.

Por último, en el Título Décimo, Del Contrato de Prestación de Servicios, se debe adherir un Capítulo (x) De la maternidad-paternidad asistida, con los siguientes artículos:

Artículo (x). El contrato de maternidad-paternidad asistida es el acto jurídico celebrado por escrito entre hombre y/o mujer comitente con donadores de material genético humano, y/o mujer gestante subrogada, y/o terceros especializados en servicios de fertilidad y/o técnicas de reproducción humana asistida, para otorgar filiación materna y/o paterna del párvulo nacido por estas pericias a favor de los padres comitentes.

Artículo (x). El contrato de maternidad-paternidad asistida deberá ser por escrito, ante notario público o privado ante dos testigos. Contará como contrato de maternidad-paternidad asistida el celebrado por medios electrónicos entre las partes.

Artículo (x). El contrato de maternidad-paternidad asistida puede ser gratuito u oneroso.

Artículo (x). El contrato de maternidad-paternidad asistida deberá contar con consentimiento informado y documento de autorización para investigación por escrito, de los padres comitentes, donadores de material genético humano y mujer gestante subrogada. Los cuales deberán ser otorgados y recabados por el centro sanitario de salud.

Artículo (x). El hombre o mujer comitente o padres comitentes son aquellas personas que solicitan la concepción y gestación de un bebé a terceros, con el objeto de obtener la filiación del menor nacido por técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo (x). El donador de material genético humano es aquel hombre o mujer que entrega un gameto femenino o masculino, o un preembrión para ser utilizado en técnicas de reproducción humana asistida o investigaciones científicas.

Artículo (x). La mujer gestante subrogada es aquella que alquila su útero de manera gratuita u onerosa, según lo convenido con los padres comitentes. La cual puede ser parcial o plena; la parcial es aquella que sólo aporta el servicio de gestación, y la plena proporciona óvulo e incubación del producto a nacer.

Artículo (x). Los terceros especializados en servicios de fertilidad y/o técnicas de reproducción humana asistida, son: el perito, médico, genético, biólogo, etc.; centro de salud y agencias de fertilización y/o publicidad encargadas de otorgar un servicio a los padres comitentes para la concepción, gestación y nacimiento de su hijo.

Artículo (x). El consentimiento informado es el proporcionado a los padres comitentes, donadores de material genético y mujer gestante subrogada, sobre los efectos, riesgos, consecuencias de índole médica, económica, social, psicológica y jurídica que se derivan de la maternidad-paternidad asistida, así como el procedimiento de las técnicas de reproducción humana asistida a utilizar. El cual debe ser por escrito y proporcionado por los terceros especializados.

Artículo (x). El documento de autorización para investigación es el proporcionado a los padres comitentes y donadores de material genético, para darles a conocer el uso que se le dará al material genético sobrante, y debe ser por escrito y proporcionado por los terceros especializados.

Artículo (x). Los padres comitentes tienen derecho de conocer el estado de salud y nivel educacional del donador de material genético humano, y de la mujer gestante subrogada.

Tienen la obligación de cubrir los gastos y honorarios de los terceros especializados; y pagar la cantidad pactada a la mujer gestante subrogada por el servicio prestado.

Artículo (x). La mujer gestante subrogada tiene derecho a resguardar su identidad y cobrar por el servicio prestado. Conjuntamente tiene como obligaciones:

- I. Realizarse exámenes clínicos y psicológicos.
- II. Atender las indicaciones médicas y acudir a consulta cada mes.
- III. Atender las solicitudes razonables de los padres comitentes.
- IV. Proporcionar un período de lactancia a favor del bebé, como mínimo de cuatro meses.
- V. Renunciar a la filiación del menor a favor de los padres comitentes.
- VI. Entregar el infante a los padres comitentes.

En caso de ser casada o vivir en concubinato, debe presentar consentimiento informado de su consorte o concubino.

Artículo (x). La mujer gestante subrogada que no entregue al menor y genere malformaciones por eupenesia, responderá por daños y perjuicios.

Artículo (x). Los centros de salud tienen como obligación:

- I. Resguardar la identidad de los donantes de material genético humano, mujer gestante subrogada y padres comitentes.
- II. Llevar un registro de los consentimientos informados y documentos de autorización para investigación.
- III. Informar a la Secretaría de Salud de los contratos de maternidad-paternidad asistida registrados.
- IV. Y los demás que establezca la ley general de salud.

b) En cuanto a la Ley General de Salud, se debe realizar la siguiente reforma:

En el título tercero Prestación de los servicios de salud, agregar un capítulo denominado de la reproducción humana asistida, con el siguiente contenido:

Artículo (x). La reproducción humana asistida forma parte de los servicios de planificación, debe entenderse como los métodos biomédicos y biogenéticos que generan la concepción y desarrollo de un ser humano, con intervención de terceras personas, peritos y centros de salud especializados en fertilización.

Artículo (x). El material genético humano es el óvulo, espermatozoide o preembrión donado por un tercero para ser utilizado en una técnica de reproducción humana asistida o investigación científica.

Artículo (x). Las técnicas de reproducción humana asistida, son:

I. Fecundación *in vitro* es la técnica de reproducción humana asistida que fusiona el óvulo y espermatozoide en un instrumento de cultivo. En la cual es posible manipular el sexo del futuro bebé.

Esta técnica permite la utilización de crioconservación y descongelación de material genético humano. Así como, el transplante de embriones, consistente en implantar el cigoto o preembrión cultivado en el útero de la mujer para su fecundación.

II. La inyección intracitoplasmática del espermatozoide es la técnica consiste en seleccionar un espermatozoide por cada óvulo y inyectarlo con unos micromanipuladores, para su fecundación.

III. La inseminación subzona pelúcida es la técnica de la reproducción humana asistida que inyecta a través de una micropipeta una cantidad determinada de espermatozoides seleccionados, bajo la zona pelúcida en el llamado espacio perivitelino del óvulo para su fecundación.

IV. La transferencia intratubárica de gametos es la técnica mediante la cual se transfieren las células reproductivas a las trompas de falopio, para facilitar su fecundación.

V. La inseminación artificial es la técnica de reproducción humana asistida mediante la cual se introduce el espermatozoide en el órgano genital femenino, con el fin de facilitar el encuentro del espermatozoide con el óvulo, para que la fecundación se produzca al azar.

Artículo (x). Cuando el embarazo ponga en riesgo la salud y vida de la mujer gestante subrogada o preembriones o fetos, el médico podrá practicar técnicas reducción embrionaria y fetal.

Artículo (x). Por maternidad asistida se entenderá lo establecido en el Código Civil Federal, que será de aplicación supletoria a los tratamientos de reproducción humana asistida.

En el artículo 96 fracción V, del capítulo único del título quinto Investigación para la Salud, debe adherirse la siguiente información:

Las investigaciones de reproducción humana asistida permitidas son:

- a) Investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina.
- b) Perfeccionamiento de técnicas de obtención y maduración de ovocitos.
- c) Investigación básica sobre el origen de la vida humana y envejecimiento celular.
- d) Investigaciones sobre los procesos de diferenciación sexual en el ser humano.
- e) Perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, de crioconservación y descongelación de gametos, preembriones y embriones.
- f) Investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas.

g) Investigación o experimentación en preembriones *in vitro* viables con fines terapéuticos.

En el capítulo VI Delitos, del título decimo octavo Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos. Se debe adherir el artículo siguiente:

Artículo (x) Incurrirá en delitos de reproducción humana asistida, al que practique:

I. Fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana.

II. Comercialización de preembriones o sus células.

III. Utilice preembriones o sus células sin fines terapéuticos o científicos.

IV. Clone seres humanos.

V. Estimule la partenogénesis en seres humanos.

VI. Propicie la ectogénesis en seres humanos.

VII. Utilice ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

SEGUNDA PROPUESTA

Como soporte de las reformas mencionadas, es importante reconocer la existencia y validez del contrato de maternidad-paternidad asistida en sus modalidades gratuita y onerosa, y diferentes clasificaciones, para otorgar una certeza legal a los sujetos que intervienen en ella y evitar conflictos socioeconómicos y jurídicos nacionales e internacionales imposibles de resolver. Una propuesta del contenido de dicho contrato sería:

CLÁUSULA PRIMERA. Especificar los derechos y obligaciones particulares de cada parte.

1. Los padres comitentes.

Tienen derecho a:

- a) Conocer las características del estado de salud y nivel educacional del donante de gametos, preembriones o embriones.
- b) Conocer los resultados de los exámenes genéticos, psíquicos y psiquiátricos de la futura mujer gestante subrogada.

Tiene obligación de:

- a) Pagar lo pactado a la mujer gestante subrogada.
- b) Cubrir los gastos médicos y de la agencia publicitaria.

2. La mujer gestante subrogada se compromete a:

- a) Realizar los exámenes clínicos y psicológicos en el centro de salud solicitado por los padres comitentes.
- b) Renuncia expresa de su filiación con el menor a favor de los padres comitentes.
- c) No mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida, y a reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo.
- d) Debe abstenerse de fumar, beber alcohol y consumir drogas durante el embarazo y período de lactancia.
- e) Acudir al médico que establezcan los padres comitentes de manera mensual para su chequeo de rutina.
- f) Compromiso expreso de seguir las indicaciones médicas, para evitar mutaciones o malformaciones del producto derivadas de la eupenesia. Así como las solicitadas por los padres comitentes.
- g) En caso de tener pareja, consentimiento informado de este o esta.

3. Los centros de salud tienen como obligación:

- a) Proporcionar y recabar el conocimiento informado de las partes.
- b) Proporcionar y recabar el documento de autorización y donación de material genético de las partes, para realizar investigaciones.

- c) Llevar un registro de donadores, mujeres gestantes subrogadas y material genético sobrante.
- d) Llevar una historia clínica individualizada de las partes.
- e) Resguardar la identidad de los donantes, mujeres gestante subrogadas y padres comitentes.
- f) Realizar los exámenes médicos, genéticos y psicológicos a las partes.
- g) Aplicar con ética la técnica de reproducción humana asistida, para garantizar su resultado.

4. Las agencias de publicidad tienen por obligación:

- a) Proporcionar conocimiento informado a las partes.
- b) Proporcionar informes de lo qué es un documento de autorización.
- c) En caso de negativa de entrega del menor, ser los encargados de la guarda y custodia del infante.

CLÁUSULA SEGUNDA. Bajo protesta de decir verdad, ambas partes deben manifestar no tener antecedentes penales.

CLÁUSULA TERCERA. Objeto del contrato.

CLÁUSULA CUARTA. Mención y explicación de la técnica o técnicas de reproducción humana asistida a utilizar.

CLÁUSULA QUINTA. Retribución económica pactada y forma de pago.

CLÁUSULA SEXTA. Descripción de gastos.

CLÁUSULA SÉPTIMA. Descripción de las indicaciones médicas y particulares.

CLÁUSULA OCTAVA. Especificar en que casos se aplicarán técnicas de reducción embrionaria y/o fetal, y cómo se seleccionará el producto a eliminar; del mismo modo, en que supuesto prospera el aborto.

CLÁUSULA NOVENA. Cláusula penal. Para el supuesto de que la mujer gestante subrogada se niegue a entregar a la criatura; conjuntamente, se deberá designar que institución pública, privada o social tendrá la guarda y custodia del menor, hasta que el Tribunal competente decida su situación jurídica.

CLÁUSULA DÉCIMA. Destino final de los gametos, preembriones, embriones y fetos sobrantes viables, no viables y muertos producto de la técnica de reproducción humana utilizada.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. Autoridades competentes para conocer del asunto en caso de controversia, así como la legislación bajo la cual pactan el presente contrato.

TERCERA PROPUESTA

Los Estados de la comunidad internacional deben elaborar un convenio multilateral sobre maternidad-paternidad asistida, para evitar conflictos de normas entre sus connacionales, que comprenda: Definición de maternidad-paternidad asistida. Definición de las técnicas de reproducción humana asistida. Definición de los sujetos que intervienen en la maternidad-paternidad asistida. Aceptación de la transacción y renuncia expresa de la filiación del menor a favor de los padres comitentes. Legislación aplicable en caso de conflicto.

GLOSARIO

Adopción prenatal. Es la solicitud jurídica de una mujer y/o hombre, para otorgar filiación de maternidad y/o paternidad asistida legal con un gameto, preembrión, embrión o feto, que les ha sido donado o seleccionado por ellos. También se le conoce como maternidad-paternidad asistida civil.

Aya. “(Del gót. *hagja, guardia). // 1. m. y f. Persona encargada en las casas principales de custodiar niños o jóvenes y de cuidar de su crianza y educación.”¹

Bioética. “El término ‘bioética’ tiene una raíz griega: ‘bios’ (vida) y ‘éthnos’ (ética). La acuñación de este término denota su campo de estudio: la reflexión ética sobre la vida humana. La bioética es la reflexión sistemática sobre la conducta humana en el campo de la vida y de la salud, a la luz de los valores y principios éticos.”²

Biogenética. “Rama de la biología que se ocupa de los mecanismos responsables de la herencia, del estudio de los caracteres de los seres vivos, de los mecanismos mediante los cuales esos caracteres se transmiten a la descendencia, y de las posibles alteraciones de esos mecanismos, y sus consecuencias. Sus estudios abarcan: la reproducción sexual, las leyes de Mendel, la herencia ligada al sexo, los cromosomas sexuales, mutaciones, la estructura del gen, etc., ya sea en la especie vegetal como en la animal.”³

¹ “Aya”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

² BÁEZ, Carlos, *Bioética* [en línea], [citado febrero 15, 2009], disponible en internet: bioetica.org/.48K

³ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Desalma, 1995, p. 49

Biomedicina. “Es la disciplina que se ocupa de estudiar los movimientos del cuerpo humano, bajo circunstancias y condiciones diferentes... ha ayudado a comprender muchas enfermedades y lesiones para proponer soluciones capaces de evaluarlas, prevenirlas y desarrollar técnicas reparadoras o que por lo menos reduzcan el daño.”⁴

Biotecnología. “Es la tecnología basada en la biología, especialmente usada en... y medicina. Se desarrolla en un enfoque multidisciplinario que involucra varias disciplinas y ciencias como biología, bioquímica, genética, virología, agronomía, ingeniería, física, química, medicina y veterinaria entre otras. Tiene gran repercusión en la farmacia, la medicina...”⁵

Célula germinal. Son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión. (art. 314 fr. I de la LGS)

Congénito, ta. “(Del lat. congenitus). // 1. adj. Que se engendra juntamente con algo. // 2. adj. Connatural, como nacido con uno mismo.”⁶ Es “adquirido durante la vida intrauterina, resultado de un factor genético, físico (radiación), químico (fármacos, tóxicos) o infeccioso (rubeola congénita entre otras).”⁷

Contrato, de maternidad-paternidad asistida. Es el acto jurídico en el que intervienen o pueden llegar a participar padres comitentes, donantes de material genético humano, mujer gestante subrogada, peritos especialistas en técnicas de reproducción humana, centros de salud especializados en reproducción humana asistida y agencias de publicidad; con el objeto de transmitir la filiación legal de un infante nacido por técnicas de reproducción humana asistida a favor de los padres comitentes.

⁴ WIKIPEDIA, “Biomedicina”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Biomedicina>

⁵ WIKIPEDIA, “Biotecnología”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Biotecnologia>

⁶ “Congénito”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

⁷ WIKIPEDIA, “Congénito”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cong%C3%A9nito>

Crioconservación o criopreservación. Es la técnica de frío utilizada en la reproducción humana asistida, para conservar en perfecto estado de salud los gametos, preembriones y embriones recolectados y creados por las técnicas de reproducción humana asistida.

Descongelación. Es la destreza utilizada en la reproducción humana asistida, para sacar a los gametos, preembriones y embriones del estado de congelamiento en que se encuentran sin daños en su material genético.

Duchenne, distrofia muscular de. “Es la más común dentro de las distrofias musculares, siendo una miopatía, de origen genético, donde se produce degeneración muscular, es hereditaria y afecta a todas las razas... Sinónimos: Distrofia Muscular Juvenil, Distrofia Muscular Recesiva, Distrofia clásicamente ligada al Cromosoma X.”⁸

Ecografía. Es una técnica de recolección de óvulos utilizada en la reproducción humana asistida, mediante vía vaginal, a través de la inserción de una aguja para aspirar los folículos, se considera un procedimiento menos traumático, en las técnicas de reproducción humana asistida.⁹

Ectogénesis. Creación “de un ser humano individual y autónomo, fuera del útero de una mujer, es decir, en laboratorio.”¹⁰

Endogamia. “De endo- y –gamia. // 1. f. Práctica de contraer matrimonio personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca... // 3. f.

⁸ WIKIPEDIA, “Duchenne”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Distrofia_muscular_de_Duchenne

⁹ CFR. GAFO, Javier, *Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11, Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid, editado por la Universidad Pontificiada Comillas, 1998, p. 163

¹⁰ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, p. 218

Biol. Cruzamiento entre individuos de una raza, comunidad o población aislada genéticamente.”¹¹

Embrión. Se le conoce como embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional. (art. 314 fr. VIII de la LGS) En términos estrictos médicos “es la fase del desarrollo embrionario que, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio; se corresponde esta fase con la conocida como ‘embrión postimplantatorio’.”¹²

Embrión, preimplantatorio o preimplantado o preembrión. De acuerdo con la medicina en el desarrollo humano “es la fase de preorganogénesis,... generalmente se designa el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero.”¹³

Epigenética. “La epigenética (del griego epi, en o sobre) se refiere a los cambios reversibles de ADN que hace que unos genes se expresen o no dependiendo de condiciones exteriores (polifenismo). El término fue acuñado por C. H. Waddington.”¹⁴

Eugenesia. “Ciencia de la mejora del linaje humano. El término apareció en la segunda mitad del siglo XIX, fue acuñado por Galton, y significa “la perfección hereditaria, para abarcar la totalidad del ‘estudio de factores bajo control social que pueden mejorar o perjudicar las cualidades raciales de las generaciones humanas futuras, tanto desde el punto de vista físico como mental’.”¹⁵

¹¹ “Endogamia”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drael/>

¹² GAFO, Javier, op. cit., nota 9, pp. 174 y 175

¹³ Ídem

¹⁴ WIKIPEDIA, “Eugenesia”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Epigen%C3%A9tica>

¹⁵ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 2, web

Eupenesia. “El premio Nobel Joshua Lederberg propuso el término EUFENESIA para indicar aquellas manipulaciones ambientales encaminadas a corregir un fenotipo mal adaptado producido por una constitución genética defectuosa.”¹⁶

Esterilidad. “Desde el punto de vista médico... esterilidad,... indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible.”¹⁷
Incapacidad biológica que “sin intervención médica no tendría hijos/as nunca.”¹⁸

Exogamia. “Del gr. $\epsilon\chi\omega$, fuera, y $-gamia$. // 1. f. Antrop. Regla o práctica de contraer matrimonio con cónyuge de distinta tribu o ascendencia o procedente de otra localidad o comarca. // 2. f. Biol. Cruzamiento entre individuos de distinta raza, comunidad o población, que conduce a una descendencia cada vez más heterogénea.”¹⁹

Familia. “Es la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social del ser humano; toda vez que es una comunidad de vida primaria generada por el matrimonio o concubinato - principalmente- que da como resultado lazos de parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores, abuelos, tíos, primos, etc.) constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones, reguladas por el derecho; relaciones que deben darse en un ambiente de consideración, solidaridad, respeto a su dignidad física y psíquica, que el Estado está interesado en proteger.”²⁰
Institución que evoluciona de acuerdo al pensamiento y actuar de los individuos de cada sociedad, por ello puede ser integrada por pareja, padre o madre soltera y descendientes, originados por reproducción humana natural o asistida.

¹⁶ Ídem

¹⁷ LOYARTE, Dolores y-o, op. cit., nota 3, p. 83

¹⁸ ASSEMBLEA DE DONES D'ELX, *Mujeres y reproducción asistida* [en línea], Francia, Anuario 1994 [citado mayo 30, 2009], disponible en internet: <http://www.nodo50.org/doneselx/home.htm>

¹⁹ “Exogamia”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

²⁰ BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, Edición revisada y actualizada por Rosalía Buenrostro Báez. De la obra de familia y sucesiones, de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, primera reimpresión: abril de 2006, colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 9

Fecundación. “Es la fusión del óvulo y el espermatozoide...”²¹

Fecundación artificial. Es la fusión de los gametos masculino y femenino a través de una técnica de reproducción humana asistida.

Fecundación extracorpórea o *in vitro* (FIV). Fecundación extracorpórea o extrauterina mejor conocida como fecundación *in vitro*, es la destreza médica de la reproducción humana asistida que fertiliza los óvulos fuera del cuerpo de la mujer, es decir la fusión del óvulo y espermatozoide se realiza en un instrumento de cultivo.²²

Fecundación extracorpórea o *in vitro* con transplante de embriones (FIVTE). Esta técnica de reproducción humana asistida consiste en implantar el cigoto, preembrión o embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación.

Feto. Es el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno. (art. 314 fr. IX de la LGS) Dicho de otra manera es “la fase más avanzada del desarrollo embriológico,... por tener apariencia humana y órganos formados (del tercer mes en adelante), que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.”²³

Gameto. Ver célula germinal.

Genética. “Es una disciplina que trasciende al individuo, estudiando las reglas que determinan el paso de los determinantes hereditarios de una generación a las sucesivas y que, en la reproducción sexual, comporta la combinación de dos patrimonios genéticos diversos.”²⁴

²¹ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 2, web

²² Cfr. LOYARTE Dolores, *et al.*, op. cit., nota 3, p. 130

²³ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, pp. 174 y 175

²⁴ *Ibidem*, p. 230

Genoma humano. “Es el material genético que caracteriza a la especie humana, el que contiene toda la información genética del individuo y que es considerado como la unidad biológica fundamental del ser humano.”²⁵

Gestación. Es la acción de desarrollar a otro ser vivo en el útero hasta el momento del parto. Por lo general y en todas las especies, incluyendo la humana se desarrolla en el género femenino.

Heteróloga, técnica de reproducción asistida (TRAD). Es aquella pericia reproductiva en la que interviene un sujeto ajeno a la pareja como donante de material genético humano y/o mujer gestante subrogada; es decir, es la técnica en donde interviene un tercero (donante y/o mujer gestante) en el proceso biotecnológico.

Homóloga, técnica de reproducción asistida (TRAC). Es aquella pericia reproductiva en la que el material genético humano y/o gestación es realizada por los solicitantes de la técnica; es decir, es la destreza en donde interviene algún integrante de la pareja (matrimonio, concubinato o el mismo sexo) de manera directa, en el proceso biotecnológico.

Infertilidad. “Es la dificultad para procrear en un periodo determinado, lo cual no quiere decir que se sea biológicamente incapaz de hacerlo.”²⁶

Ingeniería genética. Es la “tecnología de la manipulación y transferencia del ADN de unos organismos a otros, que posibilita la creación de nuevas especies, la corrección de defectos génicos y la fabricación de numerosos compuestos útiles.”²⁷

²⁵ CANO Valle. Fernando(coord.), *Clonación humana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, p. 117

²⁶ ASSEMBLEA DE DONES D'ELX, op. cit., nota 18, web

²⁷ “Ingeniería genética”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

Inseminación artificial (IA). Es la técnica de reproducción humana asistida mediante la cual se introduce el esperma en el órgano genital femenino, con el fin de facilitar el encuentro del espermatozoide con el óvulo, dejando que la fecundación se produzca al azar.

Inseminación subzona pelúcida (SUZI). Técnica de la reproducción humana asistida que inyecta a través de una micropipeta una cantidad determinada de espermatozoides seleccionados, justo bajo la zona pelúcida en el llamado espacio perivitelino.²⁸

Institutriz. “(Del fr. institutrice, maestra). // 1. f. Mujer encargada de la educación o instrucción de uno o varios niños en el hogar doméstico.”²⁹

Inyección o inseminación intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI). Esta técnica consiste en seleccionar un espermatozoide por cada óvulo utilizando unos micromanipuladores.³⁰

Laparoscopia. Es una técnica de recolección de óvulos utilizada en la reproducción humana asistida, “mediante la introducción de un aparato óptico en la cavidad abdominal y la aspiración de ovocitos, se realiza mediante anestesia general, ocasionalmente local”³¹

Material genético humano. Son los gametos y preembriones.

Maternidad asistida. Es aquella institución jurídica y técnica de reproducción asistida a la cual recurren las personas estériles o infértiles para tener un hijo, con el objeto de crear un vínculo de filiación e identidad materna y paterna, con todas

²⁸ Cfr. LOYARTE Dolores, *et al.*, op. cit., nota 3, p. 130

²⁹ “Institutriz”, **Diccionario de la Lengua Española** [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

³⁰ Cfr. ANSELMÍ Cabral, Graciela I., **Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica** [en línea], Argentina, [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet: www.irestoscana.it/info/salud/reproducción_asistida/reproducciónasistida.php

³¹ GAFO, Javier, op. cit., nota 9, pp. 163 y 164

sus consecuencias sociales, económicas, psicoemocionales, culturales y jurídicas, entre el infante y los padres solicitantes.

Maternidad asistida biológica. Es la maternidad que sigue la tendencia tradicional del parentesco consanguíneo, es decir, esta maternidad se genera de los lazos de sangre.

Maternidad asistida biológica parcial o no plena. Este tipo de maternidad puede ser genética o gestante, es decir, la mujer sólo aporta el gameto o la preñez.

Maternidad asistida biológica plena o total. Es la maternidad que reúne las características: genética y gestante; es decir, es la mujer que aporta el gameto y embarazo a la técnica de reproducción humana asistida.

Maternidad asistida civil. Ver adopción prenatal.

Maternidad asistida genética. Es la maternidad que sólo aporta gameto en la técnica de reproducción humana asistida.

Maternidad asistida por gestación subrogada. Es la maternidad parcial o total, es decir, es la mujer que aporta el embarazo a la técnica de reproducción humana asistida y puede ser parcial o total. Mejor conocida como maternidad asistida.

Maternidad-Paternidad Asistida (MPA). Es aquella institución que recurre al uso de técnicas de reproducción humana asistida homologas o heterólogas con el objeto de crear un vínculo de filiación e identidad, para generar derechos y obligaciones jurídicos, sociales, éticos y psicológicos entre el infante nacido de estas técnicas y los padres solicitantes.

Esta puede tener una clasificación muy amplia: a) maternidad-paternidad asistida biológica o genética, b) maternidad gestante subrogada o asistida, c) maternidad

gestante asistida parcial, d) maternidad gestante asistida plena, e) maternidad-paternidad asistida civil, f) maternidad-paternidad asistida comitente y g) maternidad-paternidad asistida legal.

Maternidad-Paternidad asistida comitente. Es el hombre y/o mujer que solicita la utilización de una técnica de reproducción humana asistida, para tener un p rvalo.

Maternidad-Paternidad asistida legal. Es el hombre y/o mujer que inició siendo el padre y/o madre comitente, pero al nacimiento y registro del menor ante autoridad competente, la Ley reconoce como progenitor.

Nodriz. “(Del lat. *nutrix*, -*īcis*). // 1. f. ama (mujer que cría una criatura ajena).”
Mujer que atiende a un bebé en su período de lactancia.”³²

Partenogénesis o partogénesis. “Palabra griega que quiere decir concepción virginal. Se trata de la reproducción sin fecundación por parte de la célula sexual masculina; lo que quiere decir que la cría cuenta sólo con un progenitor. Este fenómeno ocurre de manera espontánea en ciertas plantas inferiores y en ciertos animales.”³³

Paternidad asistida. Es aquella institución que recurre a técnicas de reproducción humana asistida homologas o heterólogas con el objeto de crear un vínculo de filiación e identidad, con todas sus consecuencias sociales, económicas, psicoemocionales, culturales y jurídicas, entre el infante y la hombre comitente.

Paternidad asistida biológica o genética. Es la paternidad que sólo aporta la célula germinal masculina en la técnica de reproducción humana asistida.

³² “Nodriz”, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22^a ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado mayo 18, 2009], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

³³ BÁEZ, Carlos, op. cit., nota 2, web

Paternidad asistida civil. Ver adopción prenatal.

Patrimonio. “El patrimonio es una tributo de la personalidad... visto objetivamente sólo es una masa de bienes”.³⁴ “El patrimonio de las personas está formado por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero...”³⁵

Persona. “Es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.”³⁶

Poliandria. De poli-1 y el gr. $\alpha\nu\delta\rho\alpha\varsigma$, varón. // 1. f. Estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres. // 2. f. Bot. Condición de la flor que tiene muchos estambres.

Poligamia. Del lat. polygamia, y este del gr. πολυγαμία . // 1. f. Estado o cualidad de polígamo. // 2. f. Régimen familiar en que se permite al varón tener pluralidad de esposas.

Reproducción humana asistida (RHA). Es la creación de un ser humano por conducto de técnicas científicas en las disciplinas de la biomedicina y biogenética.

Síndrome de Angelman. “Es una enfermedad genética rara que ocasiona un desorden neurológico en el cual se detectan dificultades severas de aprendizaje que están asociadas con características de apariencia facial y de comportamiento determinadas. En el pasado a este padecimiento se la conocía con el nombre de síndrome del bebe feliz, que ha quedado en desuso debido a los prejuicios y la estigmatización.”³⁷

³⁴ MANSILLA y Mejía, María Elena, *Glosario Jurídico Civil*, México, UNAM-IURE editores, 2005, colección glosarios jurídicos temáticos, 2ª serie, volumen 2, pp. 90 y 91

³⁵ SOTO Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 21 ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 1993, p. 141

³⁶ MANSILLA y Mejía, María Elena, op. cit., nota 34, p. 90

³⁷ WIKIPEDIA, “Síndrome de Angelman”, *Enciclopedia Libre* [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Angelman

Síndrome de Beckwith-Wiedemann. “Es un agrupamiento consistente de hallazgos de etiología desconocida (causa) y caracterizados por lengua grande (macroglosia), órganos grandes (visceromegalia), talla corporal grande (macrosomía), hernia umbilical u onfalocele (hernia del ombligo) y azúcar baja en la sangre en el recién nacido (hipoglicemia neonatal).

La causa del síndrome de Beckwith-Wiedemann se desconoce, pero parece tener origen genético. De hecho, algunos casos pueden estar asociados con un defecto en el cromosoma 11.”³⁸

Síndrome de Hunter. “Es una enfermedad de almacenamiento lisosomal causada por una enzima ausente o deficiente, llamada iduronato-2-sulfatasa (I2S).”³⁹

Síndrome de Lesch-Nyham. “Es una enfermedad rara hereditaria, debida a una alteración en el metabolismo de las purinas. Los afectados tienen ausencia de la enzima hipoxantina-guanina-fosforibosil-transferasa (EC 2.4.2.8)... El síndrome es una alteración genética recesiva ligada al cromosoma X,... Normalmente aparece al momento del nacimiento en los varones. La mayoría, aunque no todos los afectados cursan con retraso mental y problemas físicos a lo largo de su vida. Existen muy pocos casos en los que los afectados son mujeres.”⁴⁰

Técnica de reproducción humana asistida (TRHA). Son las pericias médico científicas y tecnológicas de manipulación genética, que propician el encuentro de los gametos, algunas de ellas son: a) Inseminación artificial, b) Transferencia intratubárica de gametos, c) Fecundación extracorpórea o *in vitro*, d) Inseminación subzona pelúcida, e) Inyección o inseminación intracitoplasmática del espermatozoide, y f) Fecundación extracorpórea o *in vitro* con transplante de embriones; las cuales pueden ser clasificadas en homólogas o heterólogas.

³⁸ “Síndrome de Beckwith-Wiedemann” [en línea], [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://www.clinicadam.com/Salud/5/001186.html>

³⁹ WIKIPEDIA, “Síndrome de Hunter”, **Enciclopedia Libre** [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Hunter

⁴⁰ WIKIPEDIA, “Síndrome de Lesch-Nyham”, **Enciclopedia Libre** [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Lesch-Nyhan

Conjuntamente, cuenta con técnicas auxiliares de recolección de gametos, de frío, de descongelamiento y, de reducción embrional y fetal.

Test de Hamster. Es un método para diagnosticar la infertilidad del esperma, a través de su movilidad.⁴¹

Transferencia intratubárica de gametos (TIG). Esta pericia consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de falopio, para favorecer la fecundación 'in vivo', después de haber obtenido los ovocitos de la mujer y de una preparación especial de los espermatozoides del hombre.⁴²

Transferencia tubaria de embriones (PROST). Esta técnica de reproducción humana asistida consiste en implantar el cigoto, preembrión o embrión resultante en las trompas de falopio de la mujer para su gestación.

⁴¹ Cfr. "Test de Hamster" [en línea], [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://en.wikipedia.org/wiki/Hamster_test

⁴² Cfr. LAZZARI, Alejandro, *Ética de la reproducción asistida* [en línea], Argentina, Clínica virtual-Ginecológica, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://members.tripod.com/gineco/documentos>

ABREVIATURAS

ADN	Acido Desoxirribonucleico
APF	Administración Pública Federal
CAHGE	Comité de Expertos en Ingeniería Genética
CCF	Código Civil Federal
CIMER	Centro de Investigaciones en Medicina Reproductiva
CoCo	Código de Comercio
CONACYT	Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología
CONAMED	Comisión Nacional de Medicina
CONAPO	Consejo Nacional de la Población
CONAREPA	Consejo Nacional de Reproducción Asistida (México)
CONAREPA	Comisión Nacional de Reproducción Asistida (España)
CPCF	Código de Procedimientos Civiles Federal
CPF	Código Penal Federal
CPPF	Código de Procedimientos Penales Federal
EUA	Estados Unidos de América
ESRHE (Inglés)	Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología
FE	Fecundación extracorpórea o extrauterina
FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
FETE o FIVTE	Fecundación extracorpórea o <i>in vitro</i> con transplante de embriones
GIFT	Transferencia tubaria de gametas (en inglés)
PROST	Transferencia tubaria de embriones (en inglés)
IA	Inseminación artificial
ICSI	Inyección intracitoplasmática del espermatozoide
IMPI	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
LCT	Ley de Ciencia y Tecnología
LFDA	Ley Federal del Derecho de Autor
LFT	Ley Federal del Trabajo
LGS	Ley General de Salud
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LTRA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Española)
MGH	Material genético humano
MGS	Mujer gestante subrogada
MPA	Maternidad-Paternidad Asistida
MPT	Maternidad-Paternidad Tradicional
OMS	Organización Mundial de la Salud

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNDH 2008-2012	Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012
RHA	Reproducción humana asistida
RHN	Reproducción humana natural
SEP	Secretaría de Educación Pública
SS	Secretaría de Salud
SUZI	Inseminación subzona pelúcida
TIG	Transferencia intratubárica de gametos
TRA	Técnicas de reproducción asistida
TRAC	Técnica de reproducción asistida homóloga
TRAD	Técnica de reproducción asistida heteróloga
TRHA	Técnica de reproducción humana asistida
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRÁFICA

1. ALBERRUCHE Díaz-Flores, Mercedes, ***La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?***, Madrid-España, Centro Universitario CRC, Ramón Caranda, Dykinson, 1998
2. BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía, ***Derecho de Familia***, Edición revisada y actualizada por Rosalía Buenrostro Báez. De la obra de familia y sucesiones, de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, primera reimpresión: abril de 2006, colección Textos Jurídicos Universitarios
3. BEJÁRANO Sánchez, Manuel, ***Derecho de las Obligaciones***, México, Editorial Harla, UNAM, 1999, Colección de Textos Universitarios
4. BELLVER Capella, Vicente, ***¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana***, Granada, Editorial COMARES, S.L., 2000
5. BRAVO González, Agustín y BRAVO Valdes, Beatriz, ***Derecho Romano, Primer Curso***, 16ª ed., México, Editorial Porrúa, 1999
6. CANO Valle, Fernando (coord.), ***Clonación humana***, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39
7. CHÁVEZ Asencio, Manuel F., ***La Familia en el Derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares***, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1990
8. CHÁVEZ Asencio, Manuel F., ***La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales***, México, Editorial Porrúa, 1987
9. CRETNEY, Stephen, ***Family Law in the Twentieth Century a History***, Great Britain, Editorial Oxford, University Press, 2003
10. DE PINA Vara, Rafael, ***Diccionario de Derecho***, 25ª ed., actualizada por Juan Pablo De Pina García, México, Editorial Porrúa, 1998

11. ENGELS, Federico, ***El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado***, México, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., 2005
12. ESPÍN, Diego, ***Manual de Derecho Civil Español***, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, ediciones de Derecho reunidas, 1984, Volumen IV: Familia
13. GAFO, Javier, ***Dilemas Éticos de la Medicina Actual-11, Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales***, Madrid, editado por la Universidad Pontificiada Comillas, 1998
14. GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón, ***Diccionario Larousse Usual, Diccionario Enciclopédico***, 5ª ed., México D.F., Ediciones Larousse, 1983
15. GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón, ***Enciclopedia metódica, Larousse en color***, 2ª ed. actualizada, 3ª reimpresión, México, D.F., ediciones Larousse, 1988, Tomo I
16. GÓMEZ Gama, Roberto y MELGAREJO, Filiberto J., ***Enciclopedia Ilustrada del Sexo***, Ojo de Agua, Estado de México, Editorial Procesos Tecnológicos, S.A. de C.V.
17. GUTIERREZ y González, Ernesto, ***Derecho sucesorio inter-vivos y mortis-causa***, México, Editorial Porrúa, 1995
18. GUZMÁN Brito, Alejandro, ***Derecho Privado Romano***, Santiago-Chile, Editorial jurídica de Chile, marzo de 2004, Tomo I
19. HELLMAN Louis M. y PRITCHARD, Jack A., ***Williams Obstetricia***, reimpresión de la primera edición, México, Salvat editores, S.A., 1973
20. HURTADO Oliver, Xavier, ***El Derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, Problemas éticos, legales y religiosos***, México, Editorial Porrúa, 1999
21. KUTHY Porter José, MARTÍNEZ González, Óscar y TARASCO, Michel Martha, ***Temas actuales de bioética***, México, Editorial Porrúa, 1999
22. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., ***Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético***, Buenos Aires, Argentina, Editorial Desalma, 1995

23. MANSILLA y Mejía, María Elena, **Glosario Jurídico Civil**, México, UNAM-IURE editores, 2005, colección glosarios jurídicos temáticos, 2ª serie, volumen 2
24. MARGADANT S., Guillermo Floris, **Introducción a la Historia del Derecho Mexicano**, 18ª ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 2001
25. MARTÍNEZ Calcerrada, Luis, **La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988)**, Madrid, España, 1989
26. MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. y MASSIGOGUE Benegiu, J.M., **La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español**, Madrid, España, Editorial Dykinson, 1994
27. PADILLA Sahagún, Gumesindo, **Derecho Romano I**, México, Editorial Mc Graw-Hill, 1996
28. PEREZNIETO Castro, Leonel y SILVA Silva, Jorge Alberto, **Derecho internacional privado, parte especial**, México, Editorial Oxford University Press, 2000, colección Textos Jurídicos Universitarios
29. RABASA, Emilio O., **Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los Tratados. Los textos positivos**, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003
30. RECASENS Siches, Luis, **Tratado General de Sociología**, 31ª ed., reimpresión de la tercera ed., México, Editorial Porrúa, 2006
31. SLONN, Irving J., **The law of adoption and surrogate parenting, USA**, Ocean publications, Inc., 1998
32. SOBERANES Fernández, José Luis, **Historia del Derecho Mexicano**, 10ª ed. revisada, México, Editorial Porrúa, 2003
33. SOTO Pérez, Ricardo, **Nociones de Derecho Positivo Mexicano**, 21ª Ed., Naucalpan, Estado de México, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., 1993
34. ZANNONI, Eduardo, **Inseminación artificial y fecundación extrauterina**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1978
35. ZAVALA Pérez, Diego H., **Derecho Familiar**, México, Editorial Porrúa, 2006

36. ***Multilateral Treaties Deposited with The Secretary General***, Status as at 31 December, 2004, New York, United Nations, 2005, Volume II, Part I: Chapters XII to XXIX, and Part II
37. ***West's encyclopedia of American law, 2nd Edition, USA, 2000***

LEGISGRÁFICA

1. Código Civil Federal
2. Código de Comercio
3. Código de Procedimientos Civiles Federal
4. Código de Procedimientos Penales Federal
5. Código Penal Federal
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
7. Convención sobre los Derechos del Niño
8. Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas
9. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO
10. Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología
11. Ley 14/2006 (Española)
12. Ley 35/1988 (Española)
13. Ley 45/2003 (Española)
14. Ley de Ciencia y Tecnología
15. Ley de Propiedad Industrial
16. Ley Federal del Derecho de Autor
17. Ley Federal del Trabajo
18. Ley General de Población
19. Ley General de Salud
20. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
21. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

HEMEROGRÁFICA

1. CASTILLO, Miriam, “Renta de úteros por internet”, **MILENIO**, México, año 9, núm. 3055, lunes 12 de mayo de 2008
2. CATALDO, Fabián, “La fecundación ‘*in-vitro*’ en el mundo”, **La semana**, Buenos Aires, Argentina, año X, junio de 1987
3. FLORES Javier, “¿Futuro de la reproducción humana?”, **La Jornada**, México, Distrito Federal, año 23, núm. 8220, 10 de julio de 2007
4. LÓPEZ Belman, Alfredo, “Entrevista: Al doctor en genética humana Gerardo Jiménez Sánchez, sobre el Desarrollo de la medicina genómica en México”, **Muy interesante**, México D.F., año XXI, núm. 8, agosto 2004
5. PEÑAS, José Antonio, “¿Pechos o biberones?”, **Muy interesante**, México, año XXI, núm. 8, agosto 2004
6. SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, “El Genoma Humano y la ética médica”, **Gaceta Seguridad Social**, México, IMSS, julio 2007
7. VALLEJO Mael, “Negocio millonario. Renta de vientres”, **EVE**, México, abril 2009
8. “Banco biológico”, **Muy interesante**, México, Sumario, año XXV, No. 02, febrero 2008
9. “Lactancia materna, ¡Fuera dudas!”, **ADN, salud+vanguardia+estilo**, México, mayo 2007
10. “Sin sexo”, **Muy interesante**, México D.F., año XXIV, núm. 07, julio 2007
11. “Vientres en alquiler”, **ADN, salud+vanguardia+estilo**, México, mayo 2007

OTRAS FUENTES

Internet

1. ABRAHAM De Cúneo, Lidia, ***La maternidad y la paternidad a la luz de las técnicas de fecundación asistida*** [en línea], Argentina, [citado marzo 30, 2008], disponible en internet: http://www.sap.org.ar/staticfiles/archivos/2004/arch04_5/A5.394-396.Abraham.pdf
2. ANSELMI Cabral, Graciela I., ***Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*** [en línea], Argentina, [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet: www.irestoscana.it/info/salud/reproducción_asistida/reproducciónasistida.php
3. ASSEMBLEA DE DONES D'ELX, ***Mujeres y reproducción asistida*** [en línea], Francia, Anuario 1994 [citado mayo 30, 2009], disponible en internet: <http://www.nodo50.org/doneselx/home.htm>
4. BÁEZ, Carlos, ***Bioética*** [en línea], [citado febrero 15, 2009], disponible en internet: bioetica.org/.48K
5. D'AGOSTINO, Francesco, ***La fecundación asistida y la figura paterna*** [en línea], 2007 [citado noviembre 05, 2008], disponible en internet. http://www.humanitas.cl/html/revista/hun04_1996.html
6. ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis, ***Tesis: Las deficientes reformas del Código Civil en el Distrito Federal en materia de Inseminación Artificial*** [en línea], México, ENEP ARAGON-UNAM, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030506000248.html>
7. GARCÍA Galván, Marilú, "Nace en México primer bebé de óvulo congelado", ***fuentes: Noticieros Televisa*** [en línea], México, publicado el 17 de febrero de 2005 [citado mayo 30, 2008], disponible en internet: <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/investigaciones/426613.html>

8. GUTHMANN, Yanina, ***El discurso bioético y la legitimación de las nuevas tecnologías reproductivas*** [en línea], Argentina, Ensayo Ganador del primer lugar del Concurso Regional de Ensayos: “Nuevas tecnologías reproductivas”, [citado julio 07, 2008], disponible en internet: <http://www.cladem.org/espanol/novedades/primerlugarNTR.asp>
9. LAZZARI, Alejandro, ***Ética de la reproducción asistida*** [en línea], Argentina, Clínica virtual-Ginecológica, [citado mayo 20, 2009], disponible en internet: <http://members.tripod.com/gineco/documentos>
10. LUNA Vázquez, Alfonso, “Desarrollan en la UNAM la primera base de perfiles genéticos en nuestro país”, ***Boletín UNAM-DGCS-018*** [en línea], México, UNAM-Ciudad Universitaria, 2007 [citado enero 09, 2009], disponible en internet: <http://www.unam.mx/>
11. LLANOS Pozzi, María José, ***La maternidad y las madres adoptivas*** [en línea], EUA, *Latin American Studies Association*, [citado marzo 30, 2008], disponible en internet: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/LlanosPozziMariaJose.pdf>
12. NOTIMEX, “Sufre padecimientos relacionados con infertilidad 17% de mexicanos” [en línea], México, Yahoo, 2007 [citado noviembre 12, 2008], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/12112007/7/mexico-sufre-padecimientos-relacionados-infertilidad-17-mexicanos.html>
13. REYES Barriga, Fernando, ***La reproducción humana asistida y el derecho*** [en línea], México, [citado febrero 15, 2007], disponible en internet: [http://www.themis.umich.mx/IUS/revista jurídica](http://www.themis.umich.mx/IUS/revista_juridica)
14. WIKIPEDIA, “Biomedicina”, Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Biomedicina>
15. WIKIPEDIA, “Biotecnología”, Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Biotecnologia>

16. WIKIPEDIA, "Congénito", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Cong%C3%A9nito>
17. WIKIPEDIA, "Duchenne", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Distrofia_muscular_de_Duchenne
18. WIKIPEDIA, "Estados Unidos de América", **Enciclopedia libre** [en línea], México, [citado junio 22, 2009], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Estados_Unidos
19. WIKIPEDIA, "Eugenasia", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Epigen%C3%A9tica>
20. WIKIPEDIA, "Fertilidad", **Enciclopedia Libre** [en línea], México, [citado noviembre 30, 2008], disponible en internet:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Fertilidad>
21. WIKIPEDIA, "Leyes de Mendel", **Enciclopedia Libre** [en línea], México, [citado noviembre 29, 2008], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Leyes_de_Mendel
22. WIKIPEDIA, "Salud", **Enciclopedia libre** [en línea], México, [citado agosto 05, 2008], disponible en internet:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Salud>
23. WIKIPEDIA, "Síndrome de Angelman", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Angelman
24. WIKIPEDIA, "Síndrome de Hunter", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Hunter
25. WIKIPEDIA, "Síndrome de Lesch-Nyhan", Enciclopedia Libre [en línea], México, [citado junio 29, 2009], disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Lesch-Nyhan

26. WIKIPEDIA, "Síndrome de Turner", **Enciclopedia Libre** [en línea], México, [citado noviembre 28, 2008], disponible en internet: http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Turner
27. ZAMUDIO, Teodora, **Ensayo: Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos, se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos** [en línea], Argentina, [citado junio 25, 2008], disponible en internet: <http://www.biotech.bioetica.org/docta40.htm>
28. **Convención sobre los Derechos del Niño** [en línea], adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, convención multilateral vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CONV.%20DERECHOS%20DEL%20NINO.pdf>
29. **Diccionario de la Lengua Española** [en línea], 22ª ed., México, Real Academia Española, 2001 [citado noviembre 23, 2008], disponible en internet: <http://buscon.rae.es/drae/>
30. **Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología** [en línea], adoptado en Madrid el 13 de septiembre de 1983, convención multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 1988 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CIGB.pdf>
31. **Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 26 de mayo de 2006 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html#anexo
32. **Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 22 de noviembre de 1988 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-l35-1988.html

33. **Ley 45/2003, por la que se modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida** [en línea], Madrid, España, promulgada el 21 de noviembre de 2003 [citada junio 1º, 2009], disponible en internet: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/L45-03.htm>
34. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** [en línea], adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, convenio multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.pdf>
35. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** [en línea], adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, convención multilateral vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981 [citado junio 23, 2009], disponible en internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.pdf>
36. **Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012** [en línea], México, vigente y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2008 [citado abril 9, 2009], disponible en internet: http://www.derechoshumanos.gob.mx/archivos/anexos/PROGRAMA_NACIONAL_DE_DERECHOS_HUMANOS_2008-2012.pdf
37. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “10 por ciento de las parejas mexicanas sufren problemas de esterilidad”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, junio 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 3123, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/006_junio/12_12/3123_10_por_ciento_de_las_parejas_mexicanas_sufren_problemas_de_esterilidad

38. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Aumentó cien por ciento el presupuesto para el sector salud durante la LIX Legislatura: Córdova Villalobos”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, julio 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 3294, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/007_julio/30_30/3294_aumento_cien_por_ciento_el_presupuesto_para_el_sector_salud_durante_la_lix_legislatura_cordova_villalobos
39. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Diputados proponen reformas a la Ley General de Salud para evitar manipulación en embriones humanos”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, [citado enero 30, 2009], Boletín 3343, disponible en internet: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/25135>
40. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Ley General de Salud”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, febrero 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1627, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/febrero_febrero/24_24/1627_el_pleno_de_la_camara_de_diputados_conocio_23_iniciativas_sobre_diversos_temas_que_seran_discutidas_en_comisiones
41. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Multas y cárcel a quienes practiquen la reproducción asistida sin autorización”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1816, disponible en internet: http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/abril_abril/23_23/1816_multas_y_carcel_a_quienes_practiquen_la_reproduccion_asistida_sin_autorizacion
42. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Proponen incluir a la reproducción asistida en los servicios básicos de salud”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, [citado enero 30, 2009], Nota

1610, disponible en internet:
<http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/view/full/11286>

43. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Proponen investigar con células madre obtenidas de un embrión creado que no sería utilizado por padres biológicos”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, marzo 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 2745, disponible en internet:

http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/003_marzo/11_11/2745_proponen_investigar_con_celulas_madre_obtenidas_de_un_embrión_creado_que_no_sería_utilizado_por_padres_bilógicos

44. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Reformas a la Ley General de Salud”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 2005 [citado enero 30, 2009], Boletín 1801, disponible en internet::

http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2005_2005/abril_abril/19_19/1801_proponen_adicionar_hasta_con_20_años_la_pena_corporal_vigente_a_homicidas_de_periodistas

45. Iniciativa de Ley del Congreso de la Unión, denominada: “Técnicas de reproducción asistida”, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, marzo 2006 [citado enero 30, 2009], Boletín 2726, disponible en internet:
http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2006_2006/003_marzo/07_07/2726_derogar_del_codigo_penal_los_delitos_contra_el_honor_propone_iniciativa

46. Iniciativa de Ley propuesta por los diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, denominada: DECRETO por el que se expide la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y de Disposición de Material Genético Humano, y de reformas a los artículos 329 y 349 de la Ley General de Salud, **Gaceta Parlamentaria** [en línea], México, abril 1999 [citado enero 30, 2009], Boletín 0379, año II, núm. 253, disponible en internet:
<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/1999/abr/19990427.html>

47. "Anuncia Ricky retiro temporal" [en línea], Yahoo México, 2008 [citado septiembre 05, 2008], disponible en internet: <http://www.lacronica.com//EdicionEnLinea/Notas/Entretenimiento/05092008/325774.aspx>
48. "¿Embarazo sin semen?" [en línea], [citado agosto 10, 2008], disponible en internet: <http://estilosdevida.prodigy.msn.com/saludbienestar/Holdingpage.aspx?cpc-documentid=5264624&wa=wsignin1.0>
49. "Ética médica" [en línea], Colombia, [citado mayo 22, 2009], disponible en internet: <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII-parte2.htm>
50. "Hombre de 72 años donará semen para la concepción de su nieto" [en línea], Londres, Yahoo México, 2007 [citado octubre 05, 2007], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/05102007/2/n-health-hombre-72-donar-semen-concepci-n-nieto.html>
51. "Infertilidad" [en línea], [citado noviembre 30, 2008], disponible en internet: <http://drgdiaz.com/eco/infertilidad.shtml>
52. "Infertilidad y/o esterilidad masculina" [en línea], [citado noviembre 28, 2008], disponible en internet: http://mx.answers.yahoo.com/question/index;_ylt=A0oGku1Q5U1H0iwBaAXD8Qt.;_ylu=X3oDMTFHa2R2YTVrBHNIYwNzcgRwb3MDMgRjb2xvA3NrMQR2dGlkA01YQzAwMV8xMARsA1dTMQ--?qid=20061021111632AAfufGe
53. "Síndrome de Beckwith-Wiedemann" [en línea], [citado junio 29, 2009], disponible en internet: <http://www.clinicadam.com/Salud/5/001186.html>
54. "Técnicas de reproducción asistida (TRA)" [en línea], México, [citado marzo 24, 2009], disponible en internet: http://www.eticacyt.gov.ar/reproducción_asistida.pdf

55. "Técnicas de reproducción humana asistida" [en línea], España, [citado marzo 1º, 2008], disponible en internet: http://www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/135_88.htm
56. "Test de Hamster" [en línea], [citado junio 29, 2009], disponible en internet: http://en.wikipedia.org/wiki/Hamster_test
57. "Un transexual será el primer hombre del mundo que dará a luz una hija" fuente: www.saludyciencias.com.ar [en línea], 2008 [citado marzo 27, 2008], disponible en internet: <http://mx.news.yahoo.com/s/27032008/77/transexual-primer-hombre-mundo-luz-hija.html>

Comentarios

1. CASAS Martínez, María de la Luz, "consentimiento informado", comentario realizado en: el tema Consentimiento informado, Mesa III Calidad en la atención de los servicios de salud, de la conferencia Salud integral y Derechos Humanos, en el Ciclo de conferencias en el marco del 60º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizada por la Secretaría de Salud, México D.F., noviembre de 2008
2. JIMÉNEZ Sánchez, Gerardo, "Enfermedades y genética", comentario realizado en: el Seminario de Ciencia, Tecnología y Derecho, impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., febrero 25, 2008
3. SALAMANCA Gómez, Fabio, "Medio ambiente y genética", comentario realizado en: el Seminario de Ciencia, Tecnología y Derecho, impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., marzo 3, 2008

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE MATERNIDAD ASISTIDA ENTRE LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
ASPECTOS GENERALES DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA	
1.1	6
1.1.1	7
1.1.1.1	8
1.1.1.2	9
1.1.1.2.1	9
1.1.1.2.1.1	10
1.1.1.2.1.2	11
1.1.1.2.2	12
1.1.1.2.2.1	13
1.1.1.2.3	15
1.1.1.2.3.1	16
1.1.1.2.3.2	16
1.1.1.2.3.2.1	16
1.1.1.2.3.2.2	17
1.1.1.2.3.2.3	17
1.1.1.3	18
1.1.2	20
1.2	21
1.2.1	22
1.2.1.1	22
1.2.1.2	23
1.2.1.2.1	23
1.2.1.2.2	24
1.2.1.2.3	24
1.2.1.3	25
1.2.1.3.1	26
1.2.1.3.2	28
1.2.1.3.3	33
1.2.1.3.4	33
1.2.2	34
1.2.2.1	35
1.2.2.2	36
1.2.2.2.1	37
1.2.2.2.2	38
1.2.2.2.3	38
1.2.2.2.4	39
1.2.2.3	39
1.2.2.3.1	40

1.2.2.3.2	Guarda y custodia	40
1.2.2.3.3	Alimentos	41
1.2.2.3.4	Sucesión	41
1.3	Institución jurídica de la maternidad	42
1.3.1	Definición de maternidad	42
1.3.2	Clasificaciones de la maternidad	42
1.3.2.1	Maternidad por parentesco consanguíneo	43
1.3.2.2	Maternidad por parentesco civil	43
1.3.3	Derechos y obligaciones	43

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

2.1	Familia	44
2.1.1	Orígenes de la familia	45
2.1.2	La familia en el Derecho Romano	46
2.1.3	La familia en España	50
2.1.4	La familia en los Estados Unidos de América	52
2.1.5	La familia en México	55
2.2	Parentesco	57
2.2.1	Parentesco en el Derecho Romano	58
2.2.2	Parentesco en España	59
2.2.3	Parentesco en los Estados Unidos de América	61
2.2.4	Parentesco en México	61
2.3	Filiación	61
2.3.1	Filiación en el Derecho Romano	62
2.3.2	Filiación en España	63
2.3.3	Filiación en los Estados Unidos de América	64
2.3.4	Filiación en México	64
2.4	Maternidad	66
2.4.1	Maternidad en el Derecho Romano	66
2.4.2	Maternidad en España	68
2.4.3	Maternidad en los Estados Unidos de América	68
2.4.4	Maternidad en México	69

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA Y MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

3.1	Reproducción humana	71
3.1.1	Reproducción humana natural	72
3.1.1.1	Fertilidad	76
3.1.1.2	Esterilidad e Infertilidad	77
3.1.2	Reproducción humana asistida	82
3.1.2.1	Tipos o técnicas de reproducción asistida	84
3.1.2.1.1	Inseminación artificial	88
3.1.2.1.2	Transferencia intratubárica de gametos	91
3.1.2.1.3	Fecundación extracorpórea o <i>in vitro</i>	93
3.1.2.1.4	Fecundación extracorpórea o <i>in vitro</i> con trasplante de embriones	98
3.1.2.1.5	¿Futuras técnicas de la reproducción asistida?	103
3.1.3	Finalidad de las técnicas de reproducción asistida	106
3.1.4	Riesgos médicos de las técnicas de reproducción asistida	109
3.1.5	Casos en los que proceden y/o autorizan la utilización de técnicas de reproducción asistida	114

3.1.6	Sujetos y elementos biológicos de las técnicas de reproducción asistida	115
3.1.7	Antecedentes de la reproducción humana asistida	116
3.2	Definición de maternidad-paternidad	121
3.2.1	Tipos de maternidad-paternidad	123
3.2.1.1	Maternidad-paternidad por parentesco biológico o consanguíneo	123
3.2.1.2	Maternidad-paternidad por parentesco civil	124
3.2.1.3	Maternidad-paternidad asistida	128
3.2.1.3.1	¿Qué es la maternidad-paternidad asistida?	128
3.2.1.3.2	Tipos de maternidad-paternidad asistida	129
3.2.1.3.2.1	Maternidad-paternidad asistida biológica, natural o consanguínea	129
3.2.1.3.2.1.1	Maternidad-paternidad asistida genética	130
3.2.1.3.2.1.2	Maternidad asistida gestante	131
3.2.1.3.2.2	Maternidad-paternidad asistida civil	134
3.2.1.3.2.3	Maternidad-paternidad asistida comitente y/o legal	135
3.2.1.3.3	Supuestos que se generan en la maternidad-paternidad asistida en relación con los sujetos que intervienen	138
3.2.1.3.4	Precedentes sociales de la maternidad-paternidad asistida	143
3.2.1.3.5	Naturaleza jurídica de la maternidad-paternidad asistida	145
3.2.1.3.6	Derechos y obligaciones que se generan con la maternidad-paternidad asistida	154
3.2.1.3.7	Problemas sociales y jurídicos que se generan por la maternidad-paternidad asistida	159
3.2.1.3.8	Similitudes entre maternidad-paternidad asistida y maternidad-paternidad tradicional	174
3.2.1.3.9	Diferencia entre maternidad-paternidad asistida y maternidad-paternidad tradicional	175

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

4.1	Legislación Nacional	178
4.1.1	Casos reales de maternidad-paternidad asistida en México	178
4.1.2	Constitución	182
4.1.3	Ley General de Salud	187
4.1.4	Ley Federal del Derecho de Autor y Ley de Propiedad Industrial	190
4.1.5	Ley de Ciencia y Tecnología	192
4.1.6	Código de Comercio	193
4.1.7	Código Civil Federal	196
4.1.8	Código de Procedimientos Civiles Federal	199
4.1.9	Código Penal Federal	200
4.1.10	Código de Procedimientos Penales Federal	206
4.1.11	Ley Federal del Trabajo	207
4.1.12	Iniciativas de Ley	208
4.1.13	Jurisprudencias relacionadas con la maternidad-paternidad asistida	219
4.2	Legislación Extranjera o Derecho Comparado	226
4.2.1	España	227
4.2.1.1	Casos reales de maternidad-paternidad asistida en España	227
4.2.1.2	Legislación Española	230
4.2.2	Estados Unidos de América	237
4.2.2.1	Casos reales de maternidad-paternidad asistida en los Estados Unidos de América	238
4.2.2.2	Legislación de los Estados Unidos de América	244
4.3	Legislación Internacional	252
4.3.1	Casos reales de maternidad-paternidad asistida en el ámbito jurídico internacional	253
4.3.2	Tratados, Convenciones y/o Acuerdos Internacionales	256
4.4	Organismos	260

4.4.1	Nacionales	260
4.4.1.1	Secretaría de Salud	261
4.4.1.2	Secretaría de Educación Pública	263
4.4.1.3	Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología	263
4.4.1.4	Consejo Nacional de la Población	264
4.4.2	Internacionales	265
4.4.2.1	Organización de las Naciones Unidas	265
4.4.2.2	Organización Mundial de la Salud	267
4.4.2.3	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura	269
4.4.2.4	Organismos Europeos	271
4.4.2.5	Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología	276

CAPÍTULO V

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y MÉXICO, EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD-PATERNIDAD ASISTIDA

5.1	Estudio de las legislaciones	278
5.2	Ventajas y desventajas, en relación con las consecuencias o problemas jurídicos de la maternidad y paternidad asistida	283
CONCLUSIONES		288
PROPUESTAS		291
GLOSARIO		303
ABREVIATURAS		316
BIBLIOGRAFÍA		318