



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Procesal

“Propuesta de adición del Capítulo II dentro del Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal relativo a la gestación subrogada”

TESIS

que para obtener el Título de Licenciada en Derecho

PRESENTA

Marcela García García

ASESORA:

Dra. Carina Gómez Fröde

Ciudad Universitaria, Junio 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A mis padres, por acompañarme
en esta aventura que es la vida y su
increíble apoyo a lo largo de ella.*

*A la Dra. Carina Gómez Fröde,
una gran maestra y ser humano
que nunca dudó en apoyarme.*

*A todos aquellos que me brindaron
su apoyo y ayuda incondicional
durante este arduo proceso.*

ÍNDICE

CAPÍTULO I

Breve referencia histórica sobre la filiación y la maternidad

I. Antigüedad.....	5
II. Antecedentes contemporáneos.....	11
1. Estados Unidos.....	11
2. Inglaterra.....	20
3. Francia.....	22
4. Australia.....	25
5. Alemania.....	27
6. España.....	29
7. México.....	31
8. Brasil.....	37
9. Colombia.....	40
10. Canadá.....	42
11. India.....	42
12. Rusia.....	43
III. Conclusiones.....	44

CAPÍTULO II

Conceptos fundamentales de la gestación subrogada

1. Concepto de maternidad y su análisis frente a la paternidad.....	46
1.1. Disociación de la maternidad.....	51
2. Filiación.....	52
3. Subrogación.....	57
4. Determinación del concepto "maternidad subrogada".....	59
5. El parentesco.....	68
6. La "mujer gestante".....	73
7. Inseminación artificial (IA) y Fertilización In Vitro (FIV).....	78
8. Conclusiones.....	83

CAPÍTULO III

Problemáticas jurídicas fundamentales en relación a la gestación subrogada

1. Determinación de la maternidad.....	85
1.1. Teorías frente a la determinación de la maternidad.....	88
1.1.1. Elemento biológico.....	88
1.1.2. Elemento social.....	89
1.1.3. Elemento volitivo.....	91
1.1.4. Posición ecléctica.....	92
2. Causas que dan origen a la gestación subrogada.....	95
3. El acceso a la gestación subrogada.....	103
3.1. Los solicitantes.....	103
3.2. La mujer gestante.....	107
4. El contrato de gestación subrogada.....	110
5. Conclusiones.....	131

CAPÍTULO IV

La Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal. Análisis y propuestas

I. Antecedentes.....	134
1. Los derechos reproductivos como base de la iniciativa.....	135
II. La ley y su contenido.....	142
1. El término mujer gestante.....	148
2. El concepto "gestación subrogada".....	152
3. La conveniencia de la denominación "Instrumento para la Gestación Subrogada".....	153
4. Separación y fallecimiento de los padres.....	155
5. Indemnización postnatal.....	156
6. Certificado de nacimiento del menor.....	157
7. El juicio especial por gestación subrogada.....	158
CONCLUSIONES	166
PROPUESTAS	172
BIBLIOGRAFÍA	174
ANEXO 1	180

CAPÍTULO I.

Breve referencia histórica sobre filiación y maternidad

Para comenzar con este trabajo de investigación, es menester realizar un recuento de los antecedentes que se presentan frente a la maternidad subrogada para poder ubicarla en el tiempo, no sin antes señalar que antecedentes remotos como la conocemos hoy en día no existen. Esta es una práctica relativamente reciente que deriva de los avances tecnológicos y científicos que se han dado con el paso del tiempo, y por ende no fue conocida tal cual desde el inicio de la historia; no obstante, tal inquietud ha existido desde el inicio mismo de la humanidad, encontrando algunos relatos y hechos que se pueden relacionar con la maternidad subrogada, mismos que serán analizados en el presente capítulo.

I. ANTIGÜEDAD

A la maternidad subrogada se le empezó a conocer y a practicar alrededor del año 1975 y se le han atribuido diversas denominaciones, aunque no todas son correctas (cuestión que se analizará en el siguiente apartado). Sin embargo, desde la antigüedad se presentaron algunos casos que se podrían catalogar como una subrogación de la maternidad, por una mera analogía.

Así tenemos que durante la existencia de los antiguos pueblos primitivos basados en un sistema patriarcal y poligámico, la reproducción resultaba ser de suma importancia para poder contar con descendencia para las guerras y era inadmisibile que una mujer fuera infértil. De ahí que se tuviera un sistema poligámico. El libro del Génesis, por ejemplo, nos cuenta la historia de Saray quien no podía dar hijos

a su esposo Abrán, el primer patriarca, y se vio en la necesidad de darle una sierva egipcia, Agar, para concebir.¹

El Génesis dice lo siguiente:

“Saray, mujer de Abraham, no le daba hijos. Pero tenía una esclava egipcia, que se llamaba Agar, y dijo Saray a Abraham: Mira, Yahvé me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella. Abraham escuchó el consejo de Saray.

Así, al cabo de diez años de habitar Abraham en Canaán, tomó Saray, la mujer de Abraham, a su esclava Agar la egipcia, y se la dio por mujer a su marido Abraham.”

Al estudiar esta historia en contexto con el Código de Hammurabi, que regulaba toda la vida conyugal de las parejas, se establecía que la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por mujer para poder reproducirse perdiendo el marido todo derecho a repudiar a su esposa (pues hay que recordar que en la antigüedad, si la mujer resultaba estéril, el marido tenía el derecho de repudiarla). Si la esclava no podía dar hijos al esposo, éste podía venderla, pero si ni la esposa principal ni la esclava le daban hijos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, aunque no de la misma categoría que la principal.²

También se encuentran otros casos como el de Raquel, quien no le podía dar hijos a Jacob, y decide darle a la esclava Bilhá, aunque cabe aclarar que aquí no hubo razones precisamente de esterilidad, puesto que Jacob tenía otras mujeres que no eran estériles. No obstante se podría inferir que, al no poder concebir, Raquel se ve en la necesidad de actuar conforme las leyes hebreas, y darle una esclava a su esposo para evitar ser repudiada por él.³

La Biblia dice:

¹ Génesis, 16.1, <http://iglesia.net/biblia/libros/genesis.html>

² Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1984, p. 25.

³ Génesis, 30:3, <http://iglesia.net/biblia/libros/genesis.html>

“... Jacob se enfadó con Raquel y dijo: ¿Estoy yo acaso en el lugar de Dios, que te ha negado el fruto del vientre? Ella dijo: Ahí tienes a mi criada Bilhá; únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas: así yo también ahijaré de ella. Le dio, pues, a su esclava Bilhá por mujer; y Jacob se unió a ella.”

En la Grecia clásica se pensaba que la esterilidad era producto del cólera de los dioses y la mujer podía ser señalada y repudiada por esta cuestión biológica. Hay que recordar que el pueblo griego, si bien era un pueblo sumamente culto y avanzado a su época, también era un pueblo en demasía mitológico y a todo se le atribuía una explicación “divina”. Por ende, la esterilidad no era la excepción. El derecho griego lamentablemente no dejó un legado tan amplio como otras culturas y no se puede conocer con exactitud su regulación familiar. Sin embargo, gracias al estudio de su cultura hoy sabemos que el hombre, durante mucho tiempo, no relacionó precisamente el acto sexual con el nacimiento y el consecuente reconocimiento de la paternidad; lo que lo determinó fue la evolución de la sociedad y los factores económicos. Algunos pueblos recurrirían a la vigilancia de la mujer para asegurarse de la paternidad, en otros sería el propio hombre quien lo aceptara o no al presentárselo después del nacimiento.⁴

De esta manera, la entrada del recién nacido a la familia en cuestión derivaría en su totalidad de la voluntad del jefe de familia, dejando la decisión a su libre albedrío dependiendo de distintos factores. Para que tuviera efectos esa aceptación debía hacerse mediante una serie de formalidades en una ceremonia religiosa en la que el padre incorporaba al hijo al culto doméstico, quedando unido por lazos espirituales y sociales y no necesariamente por cuestiones biológicas ni genéticas.⁵

⁴ Martínez de Moretón Llamas, Ma. Lourdes, *Derecho de las presunciones*, pp. 63 – 67, http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22pater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWiL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GPtFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA68,M1

⁵ *Ídem.*

El derecho romano fue el que mas desarrollo e influencia tuvo en nuestro derecho actual. En él se sentaron las bases para todas las instituciones jurídicas actuales y, a diferencia de la sociedad griega, crearon una amplia gama de regulación en materia familiar. Se puede afirmar que en su derecho no existió como tal una subrogación de la maternidad, pero sí se reguló la maternidad y la paternidad en sí mismos, así como la filiación, y toda vez que estos resultan ser conceptos estrechamente relacionados con ella es conveniente precisar su posición al respecto.

En primer lugar, en el derecho romano – y muy a semejanza del derecho griego – no necesariamente se consideraba “padre” al que biológicamente había concebido.

"Pater vero is est quem nuptiae demostrant" rezaba el principio romano: padre es aquel al que señalan las justas nupcias, y era el acto de voluntad por el que se admitía por anticipado los hijos que su mujer trajera dentro del matrimonio, concibiéndose como el efecto mismo de este.⁶ El nacimiento era una de las formas – la normal – para formar parte de una familia romana y se consideraba un miembro concebido y nacido en *iustas nuptiae*.

El derecho romano contemplaba tres categorías de hijos: 1) *legitimi o iusti*, 2) *vulgo quaesti, vulgo concepti, o spurii*, y 3) *naturales liberi*. Los hijos nacidos bajo el principio anteriormente citado entran en la primera categoría. La regla consistía en que el hijo procreado dentro de los 182 días después del comienzo del matrimonio y 300 cuando finalizara se consideraba nacido en *iustas nuptiae* y no cabía duda en cuanto a la paternidad aunque se tenía el derecho de ofrecer prueba en contrario – *iuris tantum* –. El concebido fuera de dicho matrimonio sigue

⁶ *Ídem.*

a la madre, y por lo tanto nace *sui iuris*.⁷ Este resulta ser el más claro ejemplo de la importancia que revestían las presunciones en el derecho romano.

Aun cuando existía esta presunción, para que un recién nacido realmente pasara a formar parte de la *domus*, era necesario llevar a cabo una serie de fórmulas ceremoniales conocidas como *tollere liberum*. Esta consistía en una ceremonia en la que el marido o jefe de familia aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado para reconocerlo como hijo. El *non tollere* significaría la negación o desconocimiento de la paternidad, y con ello la renuncia a la patria potestad y el abandono o exposición del niño.⁸

En este contexto, el poder general que el *pater familias* ejercía sobre personas y cosas de la *domus* se conocía en una época histórica como *manus*, misma que recibía diferentes denominaciones según a quién iba dirigida. Sobre los hijos y los nietos se llamaba *patria potestas*, y existían distintas fuentes para adquirirla:⁹

- Las *iustae nuptiae* (regla de los ciento ochenta y dos días mencionada anteriormente)
- La legitimación: Para hijos nacidos fuera del matrimonio justo. Podía hacerse por un matrimonio subsecuente por un *rescripto* del príncipe si no había hijos legítimos, y por oblación de la curia, es decir, cuando el padre ofrecía que su hijo desempeñara las funciones de *decurión*.
- La adopción: Mediante la cual un *filius familias* (adoptado) salía de la *patria potestas* de su padre para entrar a la de otro *pater familias* (adoptante). No existía relación biológica entre padre e hijo y se hacía mediante tres ventas ficticias, seguidas de las correspondientes *reivindicaciones*, logrando con la última que el magistrado adjudicara la potestad al nuevo *pater familias*. Con

⁷ Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 9ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 57.

⁸ Martínez de Moretón Llamas, Ma. Lourdes, *Óp. Cit.*, nota 4, p. 67-69.

⁹ Bialostosky, Sara, *Óp. Cit.*, nota 7, pp. 57-58.

ello se perdían todos los lazos de agnación y por consiguiente todos los derechos sucesorios por vía legítima.

De esta forma se contemplaban tres formas de parentesco:¹⁰

- Agnación: Vínculo que une a los parientes por la línea masculina que se encuentren bajo la potestad del mismo *pater familia* con independencia de su vínculo sanguíneo.
- Cognación: Vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común en línea masculina y femenina. Se distingue en naturales o civiles y sí se fundamenta en vínculos de sangre o adopción.
- Afinidad

A partir de estos preceptos, en las diferentes legislaciones posteriores como en el Código de Napoleón, la presunción fue la mejor manera de atribuir la paternidad a los hijos.

Por otra parte, para la mujer romana el principio "*mater semper certa est*" la identificaba con el hijo que se alumbraba, y fue lo que prevaleció hasta hace poco tiempo. Bajo este supuesto no existía ninguna otra posibilidad de atribuir la maternidad, salvo la adopción, y esta fue la mejor manera para no dejar a los recién nacidos desprotegidos hasta antes de los avances científicos que permitieron la práctica de la inseminación artificial y la fertilización in vitro, que trajeron como consecuencia la utilización de la maternidad subrogada.¹¹

¹⁰ Martínez de Moretón Llamas, Ma. Lourdes, *Óp. Cit.*, nota 4, p. 67-69.

¹¹ Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad Subrogada*, Cámara de Diputados LX Legislatura, Centro de documentación, información y análisis, México, Agosto, 2008, p. 22

II. ANTECEDENTES CONTEMPORÁNEOS

La maternidad subrogada plantea hoy día una gran problemática respecto al principio citado, pues si la mujer que concibe es considerada "madre", significaría que la que hace el "encargo" no lo es y por tanto no tiene ningún derecho sobre el. Pero desde otra perspectiva, si esta mujer no le hubiera solicitado la concepción a la otra, jamás hubiera existido el ser en cuestión, mas aun tratándose de inseminación artificial o fertilización in vitro donde los gametos pueden ser en realidad de la pareja solicitante, y la gestante no tiene ninguna participación genética, únicamente biológica.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, la práctica de la maternidad subrogada es mas bien una práctica reciente al ser producto de los avances científicos que han dotado al ser humano de las grandes comodidades con las que se cuenta hoy en día. Es así como los verdaderos antecedentes surgen con la sociedad actual y uno de los pioneros en esta práctica fue Estados Unidos.

1. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos se plantea el problema de que, al ser una república federal democrática existen atribuciones de autoridades federales y de los estados, cada uno en su propio ámbito de competencia independientes del régimen federal y dicha situación provoca que existan tantas leyes como estados existen. Es así como vemos que cada uno puede mantener sus propias reglas respecto al derecho familiar y a la maternidad subrogada, razón por la cual en algunos estados se prohíbe y en algunos no, mas no existe una ley expresa que lo permita o prohíba a nivel federal.

Desde los primeros anuncios periodísticos que surgieron en la sociedad estadounidense, donde se solicitaban mujeres para ser inseminadas artificialmente,

a petición de una pareja estéril y mediante una remuneración económica o en especie, un sinnúmero de solicitantes y otras tantas mujeres que acceden a ser inseminadas han convergido en las clínicas especializadas de maternidad subrogada.

Los primeros casos de niños “por encargo” ocurrieron en el año de 1980, mediante el contrato llevado a cabo por una agencia intermediaria en Louisville, Kentucky, cuando Elizabeth Kane, de 37 años y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por concebirlo; y en Knoxville, Tennessee, donde Somaya Troy concibió al hijo de su hermana estéril al ser inseminada por gametos de su cuñado.¹²

En un caso muy parecido, en 1983 Sherry King de 35 años accedió a ser inseminada con esperma de su cuñado, pues su hermana era infértil. Aceptó dar a luz el hijo sin recibir contraprestación alguna.¹³

Tal vez el caso mas sonado en Estados Unidos debido a las consecuencias legales que trajo consigo, y que incluso llegó a ser noticia en otras partes del mundo fue el caso del matrimonio Stern en 1985.

Los señores Stern encontraron un anuncio del Centro de Infertilidad de Nueva York (ICNY) y decidieron recurrir a la maternidad subrogada debido al fracaso que enfrentaron con la adopción, pues se trataba de una pareja mayor y de diferentes religiones. Así las cosas, decidieron contratar – y subrayo “contratar” puesto que al haber sido a través de una agencia de infertilidad, la inseminación derivó de un contrato – a Mary Beth Withehead de 29 años, para que gestara para ellos un hijo. Mary Beth fue inseminada artificialmente con semen del señor Stern, quedando

¹² Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto. Problemas éticos, legales y religiosos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 56.

¹³ Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 27.

embarazada y dando a luz a una niña que públicamente se conocería como Baby M.

El 27 de marzo de 1986 nacería la pequeña, y tal como lo establecía el contrato fue entregada a la pareja. Sin embargo, algunos días después la madre biológica pidió que la dejaran amamantarla y fue en ese momento cuando, como cualquier otra mujer, tuvo un sentimiento de afecto hacia ella y se dio cuenta de que no podía entregarla, lo que la llevó a darse a la fuga al estado de Florida y a renunciar a la compensación a la que tenía derecho.¹⁴

El asunto terminaría en un proceso ante el Tribunal Supremo del Estado. En primer instancia el juez que conoció de la controversia fue Harvey Sorkow, siendo el primer magistrado de Estados Unidos que debía hacer cumplir un contrato de maternidad subrogada, no obstante que desde prácticamente una década atrás ya se habían concebido por este medio unos 500 nacimientos, pero nunca nadie había tenido la necesidad de acudir ante un Tribunal.¹⁵

La pareja tuvo que recurrir al FBI para poder recuperar a su hija, y cuando finalmente lo hicieron, el juez le otorgó la custodia temporal pero también permitió la convivencia de la señora Witthead dos horas dos veces por semana.

En la sentencia de primera instancia el juez determinó que el contrato era válido y legal y terminó con todos los derechos de la portadora aduciendo que así como los hombres tienen derecho a vender su esperma, las mujeres pueden decidir qué

¹⁴ Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, p. 63.

¹⁵ *El País*, 11 de septiembre de 1986, http://elpais.com/diario/1986/09/11/sociedad/526773605_850215.html, y 19 de enero de 1987, http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html.

hacer con su útero y le ordenó finalmente que entregara la niña al matrimonio Stern.¹⁶

Tal sentencia fue recurrida por la señora Withehead ante el Tribunal Supremo del Estado y se revocó parcialmente dejando la custodia al señor Stern – por ser el padre biológico de la niña al haber aportado su material genético mediante inseminación artificial – pero también otorgándole el derecho de visita a la señora Withehead, a quien en principio se le había negado.¹⁷ La sentencia equipara la maternidad subrogada con la venta de niños y la declara ilegal en el Estado, no obstante en realidad no se discutieron realmente cuestiones éticas o morales, sino que se limitaron a fallar sobre la legalidad de un contrato.¹⁸

El contrato que la pareja Stern había firmado con la señora Withehead establecía entre otras cosas:

1. No crear o intentar crear ningún vínculo materno-filial con el bebé.
2. Debía abstenerse de ponerle nombre.
3. No mantener relación sexual durante los días próximos a la inseminación artificial.
4. Debía abortar si los test de amniocentesis determinaban que el feto venía defectuoso.
5. Abstenerse del consumo de alcohol, tabaco o drogas durante el embarazo.
6. Tenía derecho a recibir una contraprestación de 10,000 dólares más otros 10,000 por compensación de gastos médicos.

¹⁶ El País, 01 de abril de 1987,
http://elpais.com/diario/1987/04/01/sociedad/544226406_850215.html.

¹⁷ El País, 12 de abril de 1987,
http://elpais.com/diario/1987/04/12/sociedad/545176801_850215.html.

¹⁸ El País, 05 de febrero de 1988,
http://elpais.com/diario/1987/04/12/sociedad/545176801_850215.html.

Estas son las cláusulas que por lo general son utilizadas como base para cualquier contrato de maternidad subrogada que quiera celebrarse en los Estados Unidos, aunque tampoco son limitativas.

Algunos años después del muy sonado caso de Baby M. otro caso saltó a los medios. Mark y Crispina Calvert, ante la imposibilidad de tener hijos por haber sufrido una intervención que le impedía criar al feto en su vientre, decidieron optar por la maternidad subrogada y contrataron a Anna Johnson. En este caso se trató de una fecundación in vitro con los gametos de la pareja que después fueron implantados en el útero de Anna, quien recibiría una compensación de 10000 dólares.

Sin embargo, después del nacimiento la portadora se negó a entregarlo, alegando que durante la gestación se había establecido un vínculo especial entre ambos y decidió reclamar la custodia compartida, con la cual los Calvert no estaban de acuerdo.

El caso llegó a la Corte Superior del Condado de Orange, quien otorgó la custodia legal a los padres genéticos pero permitió el derecho de visita a la portadora durante tres horas diarias. No obstante, algunas declaraciones de Anna hechas en entrevista para "Los Ángeles Times" hacían ver que en realidad no sentía este vínculo que alegaba entre el bebé y ella, al decir que "si hubiera sido su feto sería diferente".¹⁹

Otro caso que dio mucho de qué hablar por sus particularidades fue el de Arlette Schweitzer, una mujer de 42 años que dio a luz a sus propios nietos. A Arlette le fue implantado el óvulo de su hija fecundado con el esperma de su yerno, pues ella carecía de útero desde su nacimiento. Al ser una situación entre la propia

¹⁹ *Periódico ABC*, 14 de octubre de 1990, <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1990/10/14/066.html>

familia no hubo ninguna remuneración económica y no hubo problemas de carácter legal pero sí se dividieron las opiniones respecto a la ética y moral del asunto.²⁰

Así como estos se podrían enumerar una infinidad de casos. La cuestión importante a notar es que si se suscitan estas problemáticas entre las parejas solicitantes y la mujer portadora es porque no existe ninguna legislación en el país que regule la situación. Si bien derivado de la resolución de algunas de estas controversias ya existen precedentes, hoy en día no hay ninguna ley que la regule totalmente y establezca claramente cuáles son los derechos y obligaciones de cada uno.

La maternidad subrogada en Estados Unidos funda su práctica en el derecho a la privacidad y a la procreación para poder lograr construir una familia mediante el uso de técnica de reproducción asistida. De acuerdo a la legislación norteamericana, el derecho a la privacidad es aquella para poder tomar decisiones en el ámbito familiar sin la intromisión del Estado, a menos que éste pueda demostrar la existencia de un interés social o público superior.²¹

Ya en el año de 1987 existían proyectos de Ley en casi la totalidad de los estados de la unión norteamericana, aunque tan solo en Arkansas, Nevada y Louisiana tenían leyes ya aprobadas. De los proyectos legislativos, cinco pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin, y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregón y Pensilvania. Tres proyectos adicionales

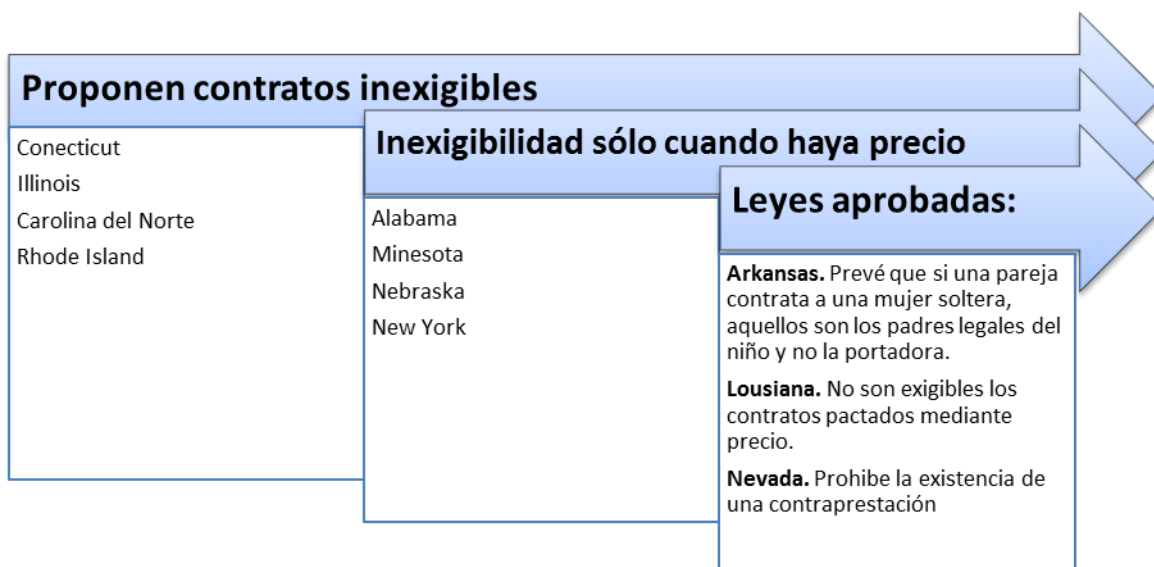
²⁰ *El País*, 06 de agosto de 1991, http://elpais.com/diario/1991/08/06/sociedad/681429606_850215.html.

²¹ Gamboa Montejano, Claudia, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado. (Primera parte)*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, Octubre, 2010, pp. 32 - 34.

en Columbia, Florida y New York pretenden prohibir la maternidad subrogada mediante precio, y sujetan la permitida a una extensa regulación.²²

Asimismo, en cuatro Estados (Conecticut, Illinois, Carolina del Norte y Rhode Island) se han propuesto diversas normas para hacer inexigibles tales contratos. En otros (Alabama, Minesota, Nebraska y New York) tales normas de inexigibilidad solo se refieren a los acuerdos en los que intervenga un precio.²³

Para que se pueda apreciar un poco más claro, señalo lo anterior los cuadros siguientes:



²² Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 43-44.

²³ *Ídem.*

DE LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS:

Buscan prohibir:

Alabama
Illinois
Iowa
Maryland
Wisconsin

Buscan el veto:

Florida
Kentucky
Michigan
New Jersey
New York
Oregon
Pensylvania

Cada uno de los proyectos señalados en los cuadros anteriores tiene sus particularidades, sin embargo, por falta de espacio en estas páginas únicamente haré mención de las más importantes.

Los requisitos que deben cubrir las mujeres que se ofrezcan como portadoras se describen detalladamente en cada proyecto, destacando específicas circunstancias psíquicas y médicas, eliminación de aquellas candidatas que no hayan tenido hijos con anterioridad, contar con un previo historial médico detallado, informaciones médicas con relación al padre, y algunos solicitan no antecedentes penales. Otros proyectos exigen además una aprobación judicial del convenio o contrato antes de la inseminación, para poder apreciar la libertad y el adecuado asesoramiento de las partes involucradas.²⁴

Asimismo, algunos proyectos contienen cláusulas acerca del bienestar de la madre subrogada durante el embarazo, otorgándole el derecho de tomar decisiones para proteger su salud en dicho periodo, incluyendo o no la posibilidad de abortar de

²⁴ Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 46-47.

acuerdo a su sola decisión. En Carolina del Sur, por ejemplo, esta cláusula sólo se permite si existe una declaración médica, y los futuros padres pueden ser indemnizados de los gastos realizados y pagados si es involuntario, médicamente aconsejado o acordado por ambas partes. Otro punto a señalar es que en el proyecto de California, no se puede obligar a los contratantes a ejercer la custodia del recién nacido que sufra malformaciones causadas por el incumplimiento de la subrogada de las cláusulas contractuales.²⁵

Ahora bien, unos de los puntos importantes a mencionar es que en algunos proyectos la madre portadora dispone de un determinado periodo de tiempo durante el cual puede cambiar de intención después del nacimiento, lo cual representa una grave inseguridad jurídica para la pareja contratante puesto que no sabe si el tiempo de espera y los gastos realizados tendrán realmente el resultado esperado. En Pensilvania, Michigan y New York se otorgan veinte días para ello pudiendo ejercitar una acción de custodia, y en principio los padres serían indemnizados²⁶, sin embargo, como ya se mencionó, si bien este tipo de cláusulas atienden a un principio humanitario y de dignidad frente a la subrogada, en realidad representa una grave laguna e inseguridad jurídica para los contratantes siendo que desde un principio las partes ya acordaron ciertas condiciones.

Así las cosas, se puede observar que existen diversos contenidos importantes en cada proyecto legislativo de Estados Unidos. Si bien es respetable la independencia que se guarda en cada uno de los Estados respecto de la Federación, la gran diversidad de leyes y proyectos legislativos puede llegar a ser muy conflictivo e incluso inseguro jurídicamente para los contratantes. Tal vez sea conveniente tener una visión más allá de las leyes estatales y crear una ley que pueda ser auxiliar en cualquier lugar del país, para que de esta manera se eviten los malos manejos

²⁵ *Ídem.*

²⁶ *Ibidem, p. 49.*

tanto de quienes se ofrecen, contratan y se manejan como intermediarios. No obstante, su postura permisiva frente a la maternidad subrogada no deja lugar a dudas.

2. INGLATERRA

En Inglaterra el primer caso conocido fue el de Mary Stewart de 25 años, quien dio a luz en el hospital de Inverneis, en Escocia, tiempo después de revisar un anuncio publicado en un periódico por una pareja estéril. Inmediatamente después de nacer, el hijo fue entregado al padre, John Dodd, quien permaneció junto a la "madre alquilada" durante el parto pero ni la madre ni la pareja quisieron decir cómo se había concebido.²⁷

Un segundo caso conocido fue el de Kim Cotton, quien fue inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre. La niña nació por un contrato celebrado con una agencia de maternidad, acordando los tribunales ingleses la retención legal de la niña ante una denuncia presentada por funcionarios de servicios sociales del gobierno. La decisión judicial consistió en que la niña permanecería bajo custodia del Victoria Maternity Hospital hasta que se decidiera el Tribunal de Menores y para que pudieran continuar los trámites de adopción. Tiempo después, la Corte Superior Civil de Londres decidió entregar la niña a la pareja contratante, manifestando que los padres se encontraban preparados para hacer frente a las necesidades emocionales y materiales de la niña.²⁸

Si bien en Inglaterra tampoco existe una legislación expresa para regular la práctica de la maternidad subrogada, sí se han realizado diversos informes para su estudio como son el Informe Warnok de junio de 1984, mismo que ha sido de gran

²⁷ El País, 04 de agosto de 1984, http://elpais.com/diario/1984/08/04/sociedad/460418403_850215.html.

²⁸ El País, 15 de enero de 1985, http://elpais.com/diario/1985/01/15/sociedad/474591607_850215.html

relevancia en cuanto a aportes en el tema, pues determinó que, en efecto, existe una laguna legal y por tanto no es perseguible la maternidad subrogada, sin embargo determinó que tenía que crearse una ley y considerarla un delito cuando se hiciera por dinero.²⁹

Tomando en cuenta las aseveraciones vertidas en el Informe Warnok y para evitar el posible tráfico lucrativo con su práctica, en 1985 se emitió la "*Surrogacy Arrangements Act 1985, an act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers*", expedida el 16 de julio de 1985³⁰, y la "*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*"³¹, constituyendo así los primeros avances reales en la materia que proporcionaban una mayor certeza jurídica en cuanto a su práctica. Estas leyes contribuyeron de manera importante al establecer en su artículo segundo lo siguiente:

"(1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is—

- (a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,*
- (b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or*
- (c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements;*

and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis."

De la anterior transcripción se desprende que resulta de suma importancia para esta nación que su práctica se lleve a cabo sin *negociación* ni con un *propósito comercial*. Por lo tanto, *contrario sensu*, la legislación inglesa no

²⁹ Informe Warnok, junio de 1984, <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>.

³⁰ Surrogacy Arrangements Act 1985, an act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

³¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.

prohíbe abiertamente la práctica de la maternidad subrogada, por el contrario la permite, pero no es admisible cuando sea mediante una contraprestación económica – tal como lo establece el parágrafo (3) del propio artículo segundo –. Asimismo cabe señalar que no solo contempla la participación de los solicitantes y de la madre subrogada sino que también de cualquier persona que pretenda inducir a estas prácticas mediante una contraprestación. Cualquier persona que contravenga lo anterior podrá ser castigado con multa hasta tres meses de prisión, siendo ésta una de las penas más bajas utilizadas para esta práctica.³²

Por su parte, la "*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*" introduce algunas pequeñas modificaciones a la ley mencionada con anterioridad, aunque no trascendentales, y aporta a su vez una serie de términos, autoridades competentes, prohibiciones expresas en relación a los gametos, células germinales y embriones, entre otros.³³

3. FRANCIA

En Francia la práctica de la maternidad subrogada inició alrededor del año 1982 con una fundación del doctor Sacha Sèller, entonces director del Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción (CEFER), misma que fue la primera asociación destinada a servir de contacto entre matrimonios y parejas estériles con mujeres portadoras. La Asociación crearía otras dos: la Sainte Sara y la Alma

³² *Surrogacy Arrangements Act 1985. An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.*

³³ *Human Fertilisation and Embryology Act 1990, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/37>.*

mater, y por un tiempo reducido la Les Cigognes. A partir de su creación, más de cien nacimientos se han dado por este medio.³⁴

Dos casos muy sonados fueron el de las gemelas Cristine y Magali y Patricia Lavisse. El primer caso, si bien se trataba de una subrogación de la maternidad, sucedió que eran dos hermanas de las que Cristine fue inseminada artificialmente con espermatozoides de su cuñado Denis Sevault. El niño nació en 1983 y causó conmoción por tratarse de gemelas. Pero el caso que causó más polémica por haber existido una remuneración de por medio fue el de Patricia Lavisse, quien se destacaba como militante activa en el alquiler de vientres y era presidenta de una asociación de madres portadoras voluntarias. Lavisse recibió 50,000 francos además de otros valiosos regalos por parte del matrimonio contratante.³⁵

En 1983 se crea la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución (Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución, ANIAS), y la Asociación "Meres D'Acueil" (madres de acogida), con sede en Marsella y presidida por el Dr. Sacha Séller, conocido por remunerar las donaciones de espermatozoides.³⁶ Su creación y legalización de sus operaciones fue llevada a cabo aun cuando en Francia no existía todavía ninguna clase de reglamentación e incluso se consideraba ilegal; de esta manera, cualquier pareja con problemas de esterilidad o parejas homosexuales de cualquier género pueden acudir, y después de pagar 11.000 pesetas de inscripción – hoy euros – más otras 100.000 para que un jurado estudie el informe de cada solicitante, la organización facilita una cita con la madre

³⁴ Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 35.

³⁵ Cabe señalar que actualmente esta moneda ha sido sustituida por el *euro*, moneda oficial utilizada por los países miembros de la Unión Europea, y en general por una gran cantidad de países de dicho continente, adoptada oficialmente en el año de 1995. *El País*, 15 de abril de 1985, http://elpais.com/diario/1985/04/15/sociedad/482364004_850215.html.

³⁶ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 23.

elegida, que abandona el hijo al nacer para que los candidatos puedan adoptarlo legalmente.³⁷

En este punto resulta interesante hacer notar que para los franceses, el llevar a cabo esta práctica implica un *abandono* por parte de la mujer que procrea. Si bien se utiliza el espermatozoides de la pareja solicitante, al momento de la entrega del niño se considera un "abandono", no obstante se recurre a la figura de la adopción para perfeccionar la relación jurídica, de ahí que se busque su prohibición y castigo.

No obstante lo anterior, en Francia se han llevado a cabo propuestas de ley en materia de maternidad subrogada que buscan su prohibición. En 1994 se aprobaron tres leyes, dos de las cuales son propuestas modificatorias al Código Civil para establecer normas que aseguraran el respeto del cuerpo humano y regular la filiación cuando intervienen técnicas de reproducción asistida, así como lo relativo a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y la procreación médicamente asistida.³⁸

Asimismo, una propuesta de ley presentada en 1984 a la Asamblea Nacional Francesa, pretendía establecer la nulidad de pleno derecho de todo contrato que pretendiera su práctica. A este respecto, el Comité National d'Étique rechaza tajantemente su práctica recomendando su prohibición legal, argumentando que representa una inseguridad para el niño, los padres, la portadora y en general para las personas que en ella participan, pues en el derecho francés prevalece el principio de integridad de la persona humana.³⁹

³⁷ *El País*, 08 de agosto de 1983, http://elpais.com/m/diario/1983/08/08/portada/429141603_850215.html.

³⁸ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 22.

³⁹ *Ibidem*, p. 23.

Como se puede apreciar, la legislación francesa también es clara respecto a su postura frente a la subrogación de la maternidad en el sentido de prohibirla, atendiendo siempre a la integridad de la persona y el interés superior del niño toda vez que son valores y principios de gran importancia para el Derecho francés, sin embargo esto no ha sido un obstáculo para aquellas personas que desean convertirse en padres creando instituciones que a ello se dedican y llevando a cabo exitosos procedimientos de subrogación.

4. AUSTRALIA

En Australia, el único estado que se ha preocupado por determinar su posición frente a la práctica de la maternidad subrogada es el estado de Victoria, que declara nulo todo contrato de maternidad subrogada, pero permite la implantación de un óvulo fecundado en una mujer diferente a la de la pareja cuando no haya un lucro de por medio.⁴⁰

Existe una Ley de 1984 sobre infertilidad y procedimientos médicos, reformada un año después, que nació a partir de un importante informe llamado Informe Waller en 1984 para el Estado de Victoria. Su contenido revistió gran importancia puesto que permitía, dentro de la más estricta confidencialidad, la donación de gametos y embriones, así como su congelación, si bien se prohibía terminantemente la transferencia a una misma mujer de material procedente de varios donantes. Cuando esta información fue llevada a la mencionada Ley de 1984, se mejoró y se ahondó mucho más en el estudio del asunto prohibiendo la creación de embriones in vitro para uso distinto a la experimentación terapéutica; se exige previa autorización administrativa para la realización de programas de investigación con dicho material, y se proscribieron la práctica de la clonación y creación de híbridos; asimismo contempla un apartado para asesoramiento, un registro central con los

⁴⁰ *ídem.*

datos de las personas involucradas, aspectos de inseminación artificial, donantes y gastos.⁴¹

En la parte que interesa, la mencionada Ley de 1984 sobre infertilidad y procedimientos médicos contiene un apartado especial sobre maternidad subrogada en el que aporta una definición y los requisitos necesarios para su práctica. La ley establece lo siguiente:

“PART V.—SURROGATE MOTHERHOOD

Provisions relating to surrogate mothers.

30. (1) *In this section, a reference to a woman who acts, or agrees with another person or other persons to act, as a surrogate mother is a reference to a woman who has entered into, or enters into, a contract, agreement or arrangement with that other person or those other persons, whether formal or informal, and whether or not for payment or reward under which the woman agrees—*

(a) to become pregnant, or to seek or attempt to become pregnant, with the intention that a child born as the result of the pregnancy become and be treated, whether by adoption, agreement or otherwise, as the child of that other person or of those other persons; or

(b) being pregnant, that a child born as the result of the pregnancy become and be treated, whether by adoption, agreement or otherwise, as the child of that other person or those other persons.

(...)

Penalty: 50 penalty units or imprisonment for two years.

(3) *A contract or agreement (whether made before or after the commencement of this section) under which a woman agrees with another person or other persons to act as a surrogate mother is void.*⁴²

De lo anteriormente señalado se observa que la Ley australiana define claramente que una madre subrogada es aquella que conviene con otra u otras personas a través de un contrato o convenio, de manera formal o informal, bajo un pago o sin él, a embarazarse – o incluso estando embarazada – para que el producto sea considerado como hijo de la pareja que contrata, pudiendo haber adopción. Sin

⁴¹ Victorian Art Regulation, www.varta.org.au/secure/downloadfile.asp?fileid=1004754.

⁴² Infertility (Medical procedures) Act 1984, http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/hist_act/ipa1984311.pdf.

embargo, dicho contrato de subrogación de la maternidad se considerará nulo para la legislación australiana, considerando además penas de 50 unidades de multa o prisión hasta por dos años.

Así pues, se tiene que en el estado australiano no se permite la práctica de la maternidad subrogada bajo ninguna circunstancia aun cuando no exista ningún pago de por medio, y se observa que la ley es mucho más específica en lo referente a la definición de donación y la creación de embriones y gametos.

5. ALEMANIA

En 1984 el Ministro Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Investigación y Tecnología, en el Estado Alemán, conformaron una comisión para estudiar los problemas de los nuevos métodos de fertilización in vitro y de la terapia de genes en el hombre. En 1985 la Subcomisión de Representantes Jurídicos elaboró un primer informe sobre el tema, en el que se aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir, particularmente sobre la falta de validez del contrato de maternidad subrogada.⁴³

Por su parte, el Congreso Médico Alemán estableció que la maternidad sustitutiva debía rechazarse por los peligros que entraña para el niño y porque eventualmente podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones.⁴⁴

De esta manera, esta prohibición quedó determinada y regulada por la Ley de Protección del Embrión, N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 en la que se

⁴³ Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Colombia, Universidad de Medellín, 2005, p. 182.

⁴⁴ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, pp. 20-21.

sanciona con hasta tres años de prisión o multa a quienes practiquen la maternidad subrogada.

Esta Ley alemana establece en su artículo 1º lo siguiente:

“Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;*
- 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;*
- 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT)* más de tres óvulos en un mismo ciclo;*
- 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;*
- 6) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;*
- 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.”⁴⁵*

Como se puede observar, la legislación alemana es determinante al momento de sostener la prohibición de la transferencia de gametos a una mujer distinta de la que será la madre, concibiéndola como un abandono definitivo del embrión y el futuro hijo. En la visión alemana, el embarazo debe iniciarse con la fecundación en la mujer de quien proviene el óvulo y no es tolerable el hecho de retirarlo para su implantación en otra mujer, y si bien no especifica hasta cuánto puede ascender la multa para quienes la practiquen, las penas pueden ser hasta de tres años, por lo que se puede considerar como una condena grave.

Ahora bien, es de señalarse que de la lectura del citado artículo se aprecia que las penas señaladas serán aplicadas a quien *"procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de*

⁴⁵ Ley de Protección del Embrión, N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/5.pdf>.

iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...) retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, (...) practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano (...)“; es decir, se castiga al profesional que lleva a cabo estos servicios, no a quienes lo solicitan o la mujer que se presta para servir de útero subrogado, sino al médico o personal sanitario que realice la transferencia. Este es un punto interesante de señalar, puesto que en otras legislaciones se castiga tanto a quien lo solicita como a quien se presta para ello, y raras veces se piensa en el profesionista, quien es el que corre con los mayores riesgos bajo la legislación alemana.

A raíz de esta ley, la primera agencia de madres de alquiler de la República Federal Alemana (United Families International) con sede en Frankfurt, recibió orden judicial de suspender inmediatamente sus actividades, misma que cobraba unos honorarios de aproximadamente 15,000 dólares por el contrato entre madre de alquiler y matrimonio, y 5000 dólares por asesoramiento y servicios médicos y jurídicos.⁴⁶

6. ESPAÑA

España es considerado el primer país europeo donde se aprobó una ley regulatoria de la inseminación artificial y la inseminación in vitro, con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, del año 1988 (aunque ya en 1985 Suecia tenía una únicamente sobre inseminación artificial).⁴⁷

El punto determinante del que nació la postura española frente a la maternidad subrogada fue el Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana – conocido como Informe Palacios – que

⁴⁶ El País, 08 de enero de 1988, http://elpais.com/diario/1988/01/08/sociedad/568594804_850215.html.

⁴⁷ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 23.

contiene tres recomendaciones que interesan que se desprenden de su apartado H:

"H) Sobre la gestación de sustitución:

Recomendación 115: Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia.

Recomendación 116: Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen.

Recomendación 117: Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución".⁴⁸

Dichas recomendaciones fueron llevadas a la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, del año 2006, en su Capítulo II, artículo 10, Gestación por sustitución, en la que declara nulo cualquier contrato que convenga la gestación, con o sin precio, de una mujer que renuncia la relación materno filial a favor de otra persona:

"CAPITULO II. Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."⁴⁹*

⁴⁸ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la FIV e I.A. Humanas, anexo en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 255, <http://books.google.es/books?id=N7Bf6306Uh0C&pg=PA241&lpg=PA241&dq=informe+de+la+comisi%C3%B3n+especial+estudio+de+la+fecundaci%C3%B3n+in+vitro&source=bl&ots=EVU b0Dg3vN&sig=wtEdxWf0g5tBHttqMkMmmT2CnGM&hl=en&sa=X&ei=f9HoUOfUAaLc2AXev4GwBw#w=onepage&q=informe%20de%20la%20comisi%C3%B3n%20especial%20estudio%20de%20la%20fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro&f=false>

⁴⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN9282/3-9282.pdf>.

Así pues, resulta evidente que para la legislación española lo que determina la maternidad es el momento del parto, siendo madre la que da a luz y no es admisible la subrogación de la maternidad y la consiguiente renuncia de derechos materno-filiales, pues todo contrato de maternidad subrogada será nulo de pleno derecho, quedando determinada la postura prohibicionista de este país europeo frente a dicha situación.

7. MÉXICO

El tema de la maternidad subrogada en México era hasta hace poco tiempo considerado tabú toda vez que la sociedad mexicana es aún una sociedad muy conservadora.

Los mexicanos aún tenemos la concepción romántica de la familia tradicional, padre, madre e hijos y aún es mal visto que alguno de los hijos no sea concebido biológicamente por los padres, aun cuando las tasas de divorcios van en aumento día con día. Por otra parte, los costos que representa el someterse a un tratamiento de fertilidad como son la inseminación artificial y la fertilización in vitro son aun muy caros a pesar de los avances de la tecnología y por desgracia las clases sociales menos favorecidas no tienen la posibilidad de acceder a ella. No obstante, es un fenómeno que se practica y la realidad ha rebasado al Derecho.

En este contexto, el único Estado de la República Mexicana que hoy día cuenta con una regulación expresa sobre el tema es el Estado de Tabasco con una somera cantidad de disposiciones en los que se trató de incluir esta figura, no obstante no cuenta con una ley específica. Dichas disposiciones señalan lo siguiente:

"Capacidad de goce

Artículo 31. *La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la*

protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

Deber de reconocer al hijo

Artículo 92. (...) *En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.*

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

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

Fidelidad y ayuda mutua

Artículo 165. (...) *Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia.* (...)

Causales de divorcio

Artículo 272. (...) XVIII. *Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido.*⁵⁰

De lo anterior, el Código Civil tabasqueño proporciona un importante avance en cuanto a regulación al establecer los lineamientos relativos al reconocimiento de los hijos – por **cualquier método** de reproducción artificial, lo cual evidentemente deja un margen bastante amplio para la utilización de la maternidad subrogada – y la inserción de información en las actas del Registro Civil, y nos proporciona una definición bastante completa de lo que se debe entender por madre sustituta realizando una clara distinción entre madre *gestante sustituta* y *madre subrogada*,

⁵⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco, <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>

teniendo como factor relevante el material genético que pueda o no aportar. Asimismo le otorga por completo el carácter de *madre* a la mujer que contrata.

Así las cosas, vemos que el Código Civil para el Estado de Tabasco es bastante claro respecto a su postura totalmente permisiva frente a la subrogación de la maternidad, sin embargo, si bien la inserción de dichos artículos representa un importante avance y aporte a la materia que ayuda a prevenir los posibles problemas legales que se pudieran presentar, es menester una regulación mucho más completa que llene los vacíos jurídicos en cuanto a su empleo como método de reproducción, ya no sólo dentro del contenido del Código Civil sino bajo una ley especial que cumpla con todos sus requisitos.

Por otra parte, si bien nuestro país aún no cuenta con una legislación expresa que prohíba o permita y regule dichos actos, cierto es que se han presentado diversas iniciativas de ley ante el Congreso de la Unión a nivel federal, y Asambleas Legislativas a nivel local, tales como las siguientes:

A nivel federal, el 13 de diciembre de 2007, el diputado Alberto Esteva Salinas del partido Convergencia presentó ante el Pleno de la Cámara de Diputados una iniciativa de nombre "*Proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Salud, y expide la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*", en materia de derechos humanos y garantías constitucionales, que fue turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Salud, con opinión de la de Presupuesto y Cuenta Pública⁵¹, para regular todo lo concerniente a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida haciendo prevalecer la dignidad humana, el respeto a la familia y los derechos de

⁵¹ Gamboa Montejano, Claudia, *Maternidad Subrogada. Análisis de las iniciativas presentadas en el tema a nivel federal. Segunda Parte*), Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, Octubre, 2010, p. 13.

la niñez. Asimismo incorporaba la definición de técnicas de reproducción humana asistida, como toda acción tendiente a auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica, no generando modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano.

Otra iniciativa a nivel federal fue el 28 de julio de 2010, igualmente ante el Pleno de la Cámara de Diputados, por la diputada Leticia Quezada Contreras del Partido de la Revolución Democrática, quien planteaba la iniciativa "*que crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley General de Salud*", y que fuera turnada a la Comisión de Salud.⁵² Esta iniciativa tenía como propósito crear un ordenamiento jurídico que tenga por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la subrogación gestacional (reproducción humana asistida), entendiéndose por ésta, la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de la madre subrogada y el padre, y cuya relación concluye con el fin del embarazo o el nacimiento; establecer que las mujeres cuyo estado civil sea soltera podrán acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre subrogada; establecer que la subrogación gestacional se realizará sin fines de lucro; establecer las nulidades que pueden afectar o viciar la voluntad de las partes, así como las sanciones.⁵³

⁵² *Ídem.*

⁵³ Cámara de Diputados, Nota N° 2985, 28 de julio de 2010, http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/b_agencia_de_noticias/006_2010/07

A nivel local, también se han presentado varias iniciativas. En julio de 2010 la diputada María del Rocío García Olmedo del Partido Revolucionario Institucional presentó ante el Congreso de Puebla la iniciativa de "Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla". En febrero de 2011, el estado de Jalisco, a través de los diputados Raúl Vargas López y Olga Araceli Gómez, presentaron también su iniciativa de "Ley que regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco".⁵⁴

Otra iniciativa, y la que nos interesa, fue llevada a cabo en noviembre de 2009 por la diputada Maricela Contreras Julián del Partido de la Revolución Democrática, quien presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la iniciativa de "Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal"⁵⁵ sobre la cual no se realizará mayor comentario en este apartado, toda vez que se analizará a profundidad en el capítulo correspondiente.

Por otra parte, en abril de 2011 el diputado local priista Octavio West Silva presentó ante el pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la iniciativa de "*Ley de Reproducción Humana Asistida para el DF*", ante la gran laguna jurídica existente entre la Ley General de Salud y la Ley de Salud del Distrito Federal, en cuanto a la falta de regulación sobre el tema. La iniciativa compuesta por dos títulos, tiene por objeto regular la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, la prestación de los servicios de salud en materia de reproducción humana asistida, la donación, utilización, distribución y criopreservación de células germinales y embriones con fines de reproducción humana asistida; establece los requisitos y procedimientos que deberán cumplir los donantes, receptores y

_julio/28_28/2985_presenta_prd_iniciativa_para_crear_la_ley_federal_de_subrogacion_gestacional.

⁵⁴ Iniciativa de ley que regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco, http://fraccionparlamentariaprldixlegislatura.org.mx/DIPRAUL/iniciativas/Subrogacion_Materna.pdf.

⁵⁵ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Boletín 726, 20 de julio de 2010, <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-comisiones-ley-maternidad-subrogada-distrito-federal--6274.html>.

mujeres gestantes, así como los requisitos que deberán cubrir las parejas que deseen acceder a este tipo de técnicas; y propone la creación de un registro a cargo de la Secretaría de Salud del Distrito Federal para llevar el Registro de Reproducción Humana Asistida en la que se asentarán datos de los receptores, donadores, mujeres gestantes y la fecha en la que se lleve a cabo el procedimiento, así como los respectivos contratos que al efecto se celebren, entre otros datos,⁵⁶ sin embargo únicamente se contemplaban técnicas como la FIV o la I.A. y donación de gametos, pero no la maternidad subrogada como la conocemos.

En este contexto, el propio diputado West Silva presentó un año después ante la Asamblea Legislativa el "*Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida*", en el que ya se incluyó una regulación para la maternidad subrogada estableciendo que la mujer gestante permite y autoriza el uso de su útero con base en el contrato que en todo momento será gratuito y siempre que ésta técnica de reproducción asistida haya sido considerada como únicamente viable, deberá ser mayor de 25 años; proporcionar consentimiento expreso y por escrito ante fedatario público y gozar de buena salud física y mental, mediante un examen médico y psicológico otorgado por perito, cuyo costo será cubierto por los cónyuges y/o concubinos. La mujer gestante deberá renunciar por escrito y ante fedatario público a todo derecho sobre el embrión, feto o niño resultado de la técnica de reproducción humana asistida, teniendo además la obligación de preservar condiciones adecuadas de salud que permitan el buen desarrollo del embrión, feto o niño; los contratos deberán ser certificados por un Notario Público e inscribirse en el Registro Nacional de Reproducción Humana Asistida.⁵⁷

⁵⁶ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 27 de abril de 2011, <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-presentan-iniciativa-ley-reproduccion-asistida--7568.html>.

⁵⁷ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 16 de abril de 2012, <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-busca-crear-ley-reproduccion-humana-asistida--10489.html>.

Así pues, vemos que si bien esta práctica no existía como tal desde tiempos muy remotos, gracias al avance de la tecnología hoy es posible y existen en la actualidad ya bastantes antecedentes tanto casuísticos como legislativos; algunos a favor, algunos en contra, algunos sin complicaciones y otros mas en persecuciones, pero lo cierto es que la realidad está superando nuestro Derecho y en el caso de México, por mucho. Es de reconocer que en nuestro país se están haciendo grandes esfuerzos por lograr contar con una regulación, sin embargo aun falta mucho por hacer.

8. BRASIL

En Brasil no existe una regulación específica sobre la subrogación de la maternidad. No obstante, el Consejo Federal de Medicina emitió una resolución llamada CFM n 1.358/92, en la cual en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) estableció una tolerancia abierta hacia su práctica al sostener que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la donadora genética.⁵⁸ En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.⁵⁹

Es importante destacar que la postura es brasileña es permisiva respecto a la maternidad subrogada siempre y cuando exista un problema médico comprobado con la mujer que aporta el material genético, es decir, no cualquiera que desee convertirse en madre puede someterse a este tratamiento sino que debe de existir

⁵⁸ Resolução CFM nº 1.358/1992, Conselho Federal De Medicina, http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm.

⁵⁹ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 24.

una situación o enfermedad real que la afecte y le impida procrear por sí misma. Asimismo, resulta interesante que para el Derecho brasileño la mujer portadora del embrión pertenece a la familia en una relación de parentesco hasta el segundo grado, lo cual hasta cierto punto puede ser complicado puesto que no especifica si lo será únicamente por el tiempo de la gestación, o si realmente estará entrando a una nueva familia como un integrante más. Si esto es así se podría entender que tiene ciertos derechos con el niño y evidentemente una relación de parentesco, lo que rompe con el esquema conocido para la maternidad subrogada en la que desde un inicio se especifica que no debe existir ningún vínculo.

Ahora bien, la resolución número 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, que ha adoptado Normas para la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, todavía en vigor, se divide en 7 secciones: 1) Principios Generales; 2) Usuarios de las Técnicas de RA (reproducción asistida); 3) Clínicas, Centros o Servicios que ponen en práctica las técnicas de RA; 4) Donación de gametos o pre-embryones; 5) Preservación de gametos o pre-embryones a través de crioterapia; 6) Diagnóstico y tratamiento de pre-embryones; 7) Gestación de sustitución (donación temporal del útero). Asimismo elaboró un conjunto de disposiciones éticas relativas al donante, a la pareja y al médico, siendo las reglas de gratuidad, anonimato y consentimiento informado las más relevantes.⁶⁰

Así entonces, en la Sección IV, número 1 se establece que:

"La donación nunca va a tener carácter lucrativo o comercial".

La noción proviene del principio fundamental según el cual el cuerpo humano, en todo o en parte, no puede ser objeto de comercialización, esto amparado bajo la protección del artículo 199 de la Constitución Federal Brasileña el cual establece

⁶⁰ Resolução CFM nº 1.358/1992, Conselho Federal De Medicina, http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm.

que en extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento queda totalmente prohibida la comercialización.⁶¹

En el número 2 de la Sección IV se establece que:

"los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa".

Como ya se ha mencionado, una de las principales reglas que adoptó esta resolución fue el anonimato, en atención a una opción intencional hecha para proteger al niño, con el fin de que no se torne en víctima de problemas que puedan surgir entre el donante y los padres usuarios de la inseminación artificial. Sin embargo, tal disposición entra en contradicción con la relación de parentesco que supuestamente tendrá la mujer subrogada con la "nueva" familia del niño, puesto que por una parte establece este parentesco pero por otra, parte de un principio de anonimato que debe regir a todo procedimiento de subrogación de la maternidad, razón por la cual se crea una importante laguna que mas que beneficiar a los usuarios de esta práctica puede traer grandes complicaciones jurídicas.

Ahora bien, el número 1 de la Sección II (Usuarios de las técnicas de RA) dispone que:

"Toda mujer capaz, en los términos de la ley, que lo solicite y cuya indicación no se aparte de los límites de esta Resolución, puede ser receptora de las técnicas de RA, siempre que lo haya acordado de manera libre y consciente en documento de consentimiento informado".

⁶¹ Constitución Política de 1988 de la República Federativa de Brasil, "Artículo 199. La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada. (...) 4o. La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización", <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>

De este punto se desprende que toda mujer puede ser partícipe de esta técnica, siendo la única condición que sea capaz conforme al derecho brasileño. Esto representa un importante avance en la materia pues al no establecer una condición civil específica, *contrario sensu* puede entenderse que no importando si se trata de una mujer soltera o casada se puede someter a este tratamiento, recordando que el único requisito es que exista un padecimiento médico real que le impida procrear por sí misma.

Como se puede ver, si bien no existe en la legislación brasileña un ordenamiento específico que regule la maternidad subrogada, cierto es que su práctica se permite abiertamente en esta nación y la resolución emitida por el Consejo Federal de Medicina contiene grandes aportaciones a la materia que deberían ser llevados a una Ley para que tengan un mayor impacto jurídico y social, evitando todo tipo de conflictos futuros que puede traer consigo.

9. COLOMBIA

Actualmente Colombia no cuenta con una regulación expresa sobre el tema. Hay una urgente necesidad de reglamentar todo lo relativo a éstas técnicas ya que las leyes vigentes no son suficientes para resolver los potenciales conflictos que se puedan presentar en esta materia.

Sin embargo, su Constitución sí contempla algunas disposiciones que, analizadas en conjunto, podrían considerarse como permisivas no obstante no existe una postura expresa:

Artículo 1º. *Forma del Estado. Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran.*

Artículo 16. *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*

Artículo 42. *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.*

Así mismo, cuenta con el Decreto 1546 de 1988, sobre obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para transplante de los mismos en seres humanos y condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Estas Unidades son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja.⁶²

En este sentido, el Código Penal Colombiano, únicamente refiere sobre el tema que se incurrirá en prisión de uno a tres años el que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, así como aquel que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos.⁶³

De lo anterior se puede ver claramente que si bien ninguna disposición del cuerpo normativo colombiano contiene una postura clara frente a la maternidad subrogada, esta nación es permisiva de las técnicas reproductivas estableciendo como única limitante la existencia de fines distintos a la procreación y el tráfico de células embrionarias. Por tanto, se puede afirmar que esta práctica puede llevarse a cabo en este país.

⁶² Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *Óp. Cit.*, nota 43, pp. 75-76.

⁶³ *Ibidem.*, p. 77.

10. CANADÁ

Canadá tiene como antecedente importante el Informe Ontario (Ontario Law Reform Commission) que permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos, formulando también 32 recomendaciones sobre el tema⁶⁴, y aunque dichas recomendaciones aún no han sido plasmadas en ley, se puede entender que al proponer la regulación de dichos contratos implícitamente se está permitiendo su práctica.

En 1989, el Gobierno de Canadá propuso establecer una Comisión Real para investigar la tecnología de la reproducción. La Comisión inició sus actividades a principios de 1990, en respuesta a la instancia de los activistas feministas, quienes señalan que el asesoramiento sobre la reproducción requiere la atención nacional y un enfoque que abarque todo el país. Este criterio se originó en parte en las recomendaciones de 1985 de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, contenidas en los dos volúmenes de su Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters (Informe sobre la reproducción humana artificial y cuestiones afines).⁶⁵ La indagación abarcará la fecundación in vitro, cada vez más asequible en Canadá a pesar de que es financiada por el sector público sólo en algunos centros de Ontario.⁶⁶

11. INDIA

La maternidad de alquiler en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país.⁶⁷ Cabe decir, que es uno de los países en

⁶⁴ Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *Óp. Cit.*, nota 43, p. 185.

⁶⁵ Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters, http://archive.org/stream/reportonhumanart02onta/reportonhumanart02onta_djvu.txt.

⁶⁶ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 27.

⁶⁷ *Ídem*.

que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente, llegando a constituir una verdadera explotación de la mujer y tráfico ilegal de infantes, toda vez que las leyes en la India sobre la materia son excesivamente permisivas e incluso omisas dando pauta a su tergiversación. La condición social de las mujeres hindús es también un factor importante, su necesidad económica rebasa muchas veces las normas sociales y propicia el abuso de este tipo de prácticas, llegando a pagarse en cantidades verdaderamente ridículas, con muy poco o nulo seguimiento médico y medidas sanitarias suficientes, atentando gravemente contra la vida e integridad de este sector de la población.

12. RUSIA

Rusia es uno de los pocos países donde la subrogación de la maternidad está permitida legalmente y donde, de hecho, existe una amplia gama de cuerpos normativos, tales como los siguientes:⁶⁸

- Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3)
- La Ley N°. 5487-1 "Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia" (artículo 35),
- La Ley Federal N°. 143-FZ "Sobre las actas de estado civil" (artículo 16.5).
- La parte médica del alquiler de vientres regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

No obstante lo anterior, el gran inconveniente de la legislación actual es que la madre de alquiler no está obligada a dar su consentimiento para que los padres biológicos sean inscritos como los padres del niño que haya gestado y, en

⁶⁸ Gamboa Montejano, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 21, p. 27.

principio, ella puede quedarse con él, situación que evidentemente genera una gran incertidumbre jurídica para los futuros padres quienes no están protegidos ante una eventual reclamación de la maternidad.

III. CONCLUSIONES

De todo lo anterior se puede afirmar que alrededor del mundo existe una manifiesta preocupación por los problemas de infertilidad y esterilidad que puede aquejar a una pareja. Ya sea que nos remontemos a la antigüedad con culturas tan grandes como la griega o la romana, o nos centremos en acontecimientos presentes, cierto es que la subrogación de la maternidad es una realidad que cada vez llega a mas rincones de la sociedad.

Los acontecimientos sociales que derivaron de esta práctica han tenido que resolverse muchas veces sobre la marcha basándose únicamente en criterios de los jueces o en vagas referencias legislativas sobre la materia. No obstante, al pronunciarse sobre temas tan delicados y trascendentes como lo es la subrogación de la maternidad, es importante que siempre prevalezcan principios esenciales como son la dignidad humana, el derecho a formar una familia, y sobre todo el interés superior del menor, pues éste será quien al final de la larga espera se verá afectado por las decisiones de quien participen en tan compleja relación. Es por ello que resulta de gran relevancia una adecuada y completa regulación que procure siempre la protección del menor, así como el respeto a los derechos de todos los participantes.

Por lo anterior, es notable que en la actualidad son muchos los países que se han preocupado por tener una regulación adecuada, sin embargo aún queda mucho por avanzar y resulta de importancia dotar de una verdadera seguridad jurídica a estas parejas que depositan su confianza y esperanza en una tercera persona y/o

intermediarios como las agencias especializadas, mismas que también sería importante regular para evitar con ello cualquier malversación de esta práctica. Por ahora, la historia sigue escribiéndose.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Existen varios conceptos que rodean y se relacionan con el polémico tema de la gestación subrogada y que resulta menester señalar y analizar para poder tener una mayor comprensión del mismo; el propio término *gestación o maternidad subrogada* difiere entre los diversos autores y es preciso analizarlo en toda su complejidad para poder llegar a una verdadera definición.

1. Concepto de maternidad y su análisis frente a la paternidad

Uno de los conceptos que resulta primordial dentro de la maternidad subrogada es precisamente qué es *maternidad* y, sobre todo, qué se entiende por *madre*.

De acuerdo con la Real Academia Española, gramaticalmente maternidad es un mero estado o cualidad de madre.⁶⁹ Dicha definición por supuesto que se queda corta comparándolo con todo lo que implica la maternidad, sea biológica o no, y la profunda relación que crea con los hijos.

Desde su sentido etimológico, la palabra maternidad se relaciona con la palabra madre, que proviene del latín *mater/matris*, que a su vez deriva del griego *matér/matrós*, que quiere decir madre⁷⁰; empero conviene decir que tanto en la cultura griega como en la cultura romana, la palabra madre no necesariamente hacía alusión a la relación materno-filial, sino que también se usaba para referirse

⁶⁹ Diccionario de la Real Academia Española, *maternidad*, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=maternidad

⁷⁰ Arámula Reyes, Alma, *Maternidad subrogada*, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 10.

a una mujer que vivía honestamente y bajo las buenas costumbres sin importar su status.⁷¹

Desde un punto de vista biológico, la maternidad conlleva una relación de mucha más complejidad que bien se podría afirmar se lleva durante varias etapas; desde el momento de la concepción se comienza a crear cierto vínculo pues se trata de un nuevo ser humano que crece y se alimenta de la propia madre, continúa creciendo el vínculo durante nueve meses de gestación en la que la relación y el instinto maternal resultan fundamentales, según afirman tanto médicos como psicólogos, y una tercera etapa se da al momento de parir, cuando realmente comienza la odisea de una madre. Es decir, la relación filial se da por la simple naturaleza humana pues la afectividad y los cuidados maternos resultan vitales en la formación de la personalidad de los hijos, sobre todo en sus primeros años de vida, misma que da paso a la creación de los vínculos paternales.⁷²

Ahora bien, hasta este punto se puede decir que la maternidad queda determinada por cuestiones biológicas, tal como lo rezara la máxima romana *mater semper certa est*; esto es, se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo producto del mismo. De aquí se parte para decir que la paternidad, por otro lado, se funda en la certeza de la maternidad, los deberes de cohabitación y la fidelidad de los cónyuges durante el matrimonio,⁷³ aunque más adelante se analizará este concepto más a fondo.

Por otro lado, jurídicamente la maternidad forma parte de la institución creada por el derecho conocida como filiación, entendida como la relación que existe entre

⁷¹ El derecho romano le confería a las personas físicas tres status como aspectos de la personalidad jurídica de un individuo respecto del ordenamiento jurídico del Estado: el *status libertatis* (nacido libre o esclavo), *status civitatis* (nacido ciudadano romano o no), y *status familiae* (posición que el ciudadano tenía respecto a su familia). Bialostosky, Sara, *Óp. Cit.*, nota 7, pp. 39-47.

⁷² Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 11.

⁷³ *Ídem*.

personas que descienden de un mismo tronco o progenitor común.⁷⁴ El jurista Antonio de Ibarrola sostenía que “como hecho natural, la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación.”⁷⁵

Si analizamos lo sostenido por este jurista, hoy día se tendría el problema de que la paternidad deja de ser de difícil comprobación, y en cambio, la maternidad subrogada requiere la existencia – e incluso convivencia – de dos mujeres consideradas “madres” del mismo hijo rompiendo la regla de la certeza de la maternidad. Tanto para la determinación de la paternidad y más aún de la maternidad, ni el matrimonio ni los deberes de cohabitación y fidelidad resultan suficientes para su legitimación creando lagunas en el mundo jurídico que complican las relaciones entre los mismos cónyuges y el futuro hijo, pero sobre todo con quienes proporcionaron su ayuda para que este hijo se procreara.

Ahora bien, gramaticalmente, nuevamente la Real Academia Española únicamente se limita a decir que la paternidad es la cualidad de padre; y padre es “varón que ha engendrado”, “varón respecto de sus hijos”, “cabeza de una descendencia, familia o pueblo”.⁷⁶

Hasta hace relativamente poco tiempo, la paternidad había sido un hecho meramente presumible que no podía ser probado de manera directa. Bajo estas circunstancias, nuestro Código Civil lo había resuelto mediante la presunción y lo resolvía estableciendo que se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio o del concubinato aquellos que hubieren nacido después de 180 días

⁷⁴ Magallón Ibarra, Mario (coord.), *Compendio de Términos de Derecho Civil*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 256.

⁷⁵ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 2ª ed., México, Porrúa, 1981, p. 356.

⁷⁶ Diccionario de la Real Academia Española, *paternidad*, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=paternidad

de celebrado el matrimonio o comienzo del concubinato, o bien los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio, sea por divorcio o nulidad, muerte o cese de la vida en común del concubinato.⁷⁷ Sin embargo, es de precisarse que en la actualidad esta situación ha cambiado bastante gracias a los avances de la ciencia, en virtud de que cada vez se hace más fácil y rápido el acceso a las pruebas de paternidad mediante el ADN, simplificando con ello la determinación de la paternidad en los casos de impugnación o reconocimiento.

Así pues, cuando hablamos de maternidad subrogada se observa que la situación cambia y es ahora la paternidad la que resulta comprobable y, hasta cierto punto, certero al ser la mujer – no esposa ni concubina – inseminada con el semen de éste. Cuál de las mujeres va a asumir la maternidad podría estar en entredicho pero padre será aquél que haya aportado su material genético para llevar a cabo la inseminación.

En este contexto podemos afirmar que los paradigmas entre maternidad y paternidad han cambiado de manera radical, no sólo en el hecho de su determinación, sino también bajo un contexto social.

Hasta hace unos años, la paternidad se concebía como un rol meramente de procreación y alimentación, atribuyendo todos los cuidados e incluso la educación al rol maternal. La paternidad no se veía relacionada casi con ningún ámbito de la vida de los hijos pues su papel principal iba en otros sentidos. Hoy día la definición de paternidad es muy variada porque las vivencias y prácticas que acompañan la nueva paternidad no responden a un modelo único, pero sin duda, lo que ha ejercido una influencia directa sobre el comportamiento masculino ha sido el cambio de las mujeres y sus nuevos roles y ambiciones y por tanto, las nuevas

⁷⁷ Código Civil para el Distrito Federal, artículos 324 y 383, http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/DF_Codigo_Civil_2011.pdf

formas de ser padre tienen su origen en esta transformación, dando paso también a una mayor libertad masculina respecto a la paternidad.⁷⁸

La nueva paternidad contempla el abandono del papel tradicional del padre ausente, que no se relacionaba directamente con los hijos y que era únicamente el proveedor y protector del hogar, y reclama un modelo distinto en el que adquieren un mayor protagonismo en su cuidado y educación, como una necesidad de relación mutua.

En este sentido, hay que tener en cuenta que esta presencia física del padre en los primeros años del niño rompe con el modelo laboral masculino que exigía una dedicación al trabajo. Por lo general, a quienes se les atribuía toda la carga social era a las mujeres, pues a ellas sí se les consideraba como imprescindibles para los recién nacidos. La novedad de estos planteamientos y quebrantamiento de paradigmas va en el sentido de la reivindicación de la presencia de los padres, tanto junto al recién nacido como junto a los niños y adolescentes, por considerar que la cercanía emocional y afectiva forma parte de esa nueva manera de ser de los hombres.⁷⁹

Así pues, no es de sorprender que de la misma manera en que los hombres pretenden involucrarse más en la vida y ámbito familiar de los hijos, también deseen hacerlo desde el proceso de procreación e inmiscuirse desde el principio en los procedimientos de reproducción asistida, tal como se hace para la práctica de la maternidad subrogada. De ahí que hoy en día sea inclusive más fácil y certero atribuir una paternidad que la maternidad, en virtud de que ya no solo se ve inmiscuida la pareja en cuestión sino que se hace necesario recurrir a terceros ajenos a la relación.

⁷⁸ Alberdi, Inés y Escario, Pilar, *Los hombres jóvenes y la paternidad*, España, Fundación BBVA, 2007, p. 41.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 47.

1.1 Disociación de la maternidad

Hoy día, y con el fenómeno de la maternidad subrogada, se aprecia que estas funciones socialmente establecidas y aceptadas han ido modificándose y la doctrina sostiene que la maternidad se encuentra en disociación. Esto es, la maternidad llega a un punto en el que se comparte y se clasifica dependiendo los grados de participación de cada una de las mujeres.

A partir de lo anterior, se dice que existen los siguientes tipos de maternidad que se constituyen como una disociación:

- Maternidad plena: Une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los deberes y cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- Maternidad genética: Quien se convierte en donante de óvulos.
- Maternidad gestativa: La mujer que lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- Maternidad legal: Quien asume frente a los hijos los deberes y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.⁸⁰

En principio se puede decir que en la maternidad subrogada existe una madre genética, que será la inseminada con el embrión engendrado por los padres biológicos, o fertilizada aportando incluso sus propios óvulos, y será al mismo tiempo la madre gestativa pues deberá llevar adelante la gestación del embrión. Sin embargo no será la madre legal, pues este papel lo asumirá aquella que haya solicitado la gestación. Evidentemente, en la maternidad subrogada jamás se podrá dar el caso de una maternidad plena, pues si se recurre a una subrogación será precisamente porque biológicamente la esposa se encuentra impedida para concebir.

⁸⁰ Morán De Vicenzi, Claudia, citada en Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, pp. 12-13.

La forma en que se podrá sostener cuál de las dos será realmente considerada madre del hijo que se ha engendrado será tema del siguiente capítulo. Hasta aquí basta con decir que madre, *stricto sensu* es aquella que ha engendrado y parido; sin embargo quedarse con esta simple definición sería vago y se caería en la simpleza de decir, por ejemplo, que aquella que decide recurrir a la noble figura de la adopción, por la razón que sea, no se convierte en madre puesto que no engendró ni parió al niño en cuestión. La maternidad debe ir más allá de un simple hecho biológico que si bien es importante, no debe ser lo primordial al tratar de definirla; debe constituirse como un todo sociológico, fisiológico y emocional.

Así pues, ser madre es una pauta sumamente compleja en tanto que implica dos individuos: la madre y el hijo, apreciar debidamente su cualidad interactiva, así como la serie de actividades que supone y la diversidad de su expresión. La madre ha sido considerada como maestra, impartidora de amor, guía, juez, dictadora, modelo, proporcionadora de alimento y protectora contra el peligro⁸¹, de ahí que se pueda afirmar que no basta con que se quede en un hecho meramente biológico como lo es el parto sino que no socialmente conlleva muchas más responsabilidades que evidentemente asumirá la mujer que solicitó la ayuda, no así la mujer gestante.

2. FILIACIÓN

Una vez analizado el concepto tanto de maternidad como de paternidad es importante proceder al análisis de la consecuencia inevitable que viene con ellos: la filiación.

Como bien se mencionó en líneas anteriores, la filiación es la relación que existe entre personas que descienden de un mismo tronco común, y que genera la

⁸¹ Schaffer, Rudolf, *Ser madre*, 5ª ed., Madrid, Ediciones Morata, S.L., 1998, p. 12.

maternidad y la paternidad. En tal virtud, la filiación es “la relación existente entre dos personas; una de las cuales generalmente desciende sobre la otra; es una relación que existe entre padre, madre e hijos; y se establece por los lazos de sangre o voluntad declarada, entre el hijo o hija y la madre y entre el hijo o hija y el padre, considerándose como la fuente principal de la familia”.⁸²

Cabe aclarar que maternidad y paternidad no son sinónimos de filiación, empero hace referencia a la generación de los deberes, derechos y obligaciones que traen consigo.

Filiación es la acción o efecto de filiar, entendido como la acción de tomar datos personales de un individuo, entre los cuales figuran de quién es el hijo, y de ahí el origen.⁸³ En su sentido etimológico proviene de la acepción latina *filiu-filij*, que significa hijo y tradicionalmente tiene dos acepciones: en sentido amplio y en sentido estricto.⁸⁴

En sentido amplio se determina por el parentesco en línea ascendente y descendente de una persona, e incorpora toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con alguno de sus ascendientes, así sea sumamente alejado. En sentido estricto es el vínculo o nexo que existe entre el engendrado y sus progenitores; es decir, la mera relación padre-hijo.⁸⁵

En algunas otras clasificaciones se considera que existe una filiación legítima que tiene su fuente en un matrimonio; la filiación natural, en relación a los hijos fuera del matrimonio, y una de naturaleza adoptiva que tendrá su fuente en la adopción.⁸⁶

⁸² Guzmán Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del Siglo XXI*, México, Porrúa, 2005, p. 2.

⁸³ Magallón Ibarra, Mario, *Óp. Cit.*, nota 74, p. 256.

⁸⁴ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Óp. Cit.*, nota 82, p. 1.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 1-2.

⁸⁶ Magallón Ibarra, Mario, *Óp. Cit.*, nota 74, p. 257.

Frente a las anteriores definiciones, se podría sostener que la maternidad subrogada plantea de manera evidente una alteración en la filiación. Si ésta representa el lazo entre descendientes de un mismo tronco común, la mujer infértil no tiene cabida en este concepto, pues tal vez biológicamente no está aportando ningún elemento, en los casos en que la mujer gestante funge como donadora del óvulo.

Bajo este supuesto, queda la interrogativa de cuál será entonces el papel que juega la madre del recién nacido, y si es entonces la gestante la que cuenta con el lazo de filiación. Si la madre que aporta el óvulo es la misma a la que será entregado el producto, se puede afirmar que no existe ningún problema respecto a la filiación, pues genéticamente comparten la misma información y representarán un mismo tronco común.

Pero, ¿qué pasa cuando la gestante se convierte en donadora de óvulos al mismo tiempo? La investigadora parlamentaria Alma Arámbula Reyes, sostiene lo siguiente en este sentido:

"(...) puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculino o femenino, aplicándose hoy el derecho común a toda filiación por naturaleza, y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que concurren los presupuestos de dicha filiación: matrimonio de los padres; se acredita la paternidad".⁸⁷

Se puede observar que hace referencia a la filiación natural que se mencionaba con anterioridad. Esto es, aun cuando exista una circunstancia por la que tenga que ser donado el óvulo y biológicamente no haya ningún nexo entre madre e hijo,

⁸⁷ Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 63.

las demás características de la filiación se cumplen, esto es, la paternidad puede ser acreditada pues es él quien hace la aportación del espermatozoides necesario, y la procreación supone un vínculo matrimonial.

Sin embargo, si bien es cierto que en la mayoría de las legislaciones que regulan la maternidad subrogada se exige que se trate de una pareja unida en matrimonio, esto no quiere decir que no se pueda dar el caso en la que se trate de un mero concubinato, o en el peor de los escenarios de una pareja que aún sin vivir bajo el mismo techo deseen tener un hijo.

En este sentido y bajo lo analizado con anterioridad, el hecho natural es sin duda el primer elemento a considerar toda vez que, en efecto, la relación paterno-filial se constituye como base biológica inexcusable sobre el que descansa la filiación, partiendo de una procreación y un nacimiento como hecho natural.

Sin embargo, la procreación es una realidad recogida y amparada por el derecho que solamente le interesa en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado, pero también se origina una relación especial entre procreantes y procreados, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad.⁸⁸ Sin embargo, para ello antes que nada se necesita asegurarse de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación⁸⁹, de ahí que no baste decir que un hecho biológico pueda ser determinante para establecer una filiación desde el punto de vista jurídico.

Lo anterior estriba en que aun cuando lo ideal es la coincidencia entre el hecho biológico y lo jurídico, para el Derecho resulta intrascendente que haya equivalencia plena o no entre ellas; es decir, en principio la filiación se constituye

⁸⁸ Cicu, Antonio, *La filiación*, trad. de Faustino Giménez Tejeiro Arnau y José Santacruz Tejeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, p. 17-18.

⁸⁹ Guzmán Ávalos, Anibal, *Óp. Cit.*, nota 82, p. 4.

como una relación biológica y jurídica porque el vínculo de sangre se une a la relación jurídica existente entre el procreante y el procreado, pero eso no impide que pueda darse una filiación jurídica que no sea biológica.⁹⁰

Aunado a esto, una nueva concepción de la filiación que deriva precisamente de los avances tecnológicos y científicos debe contemplar otro importante elemento: la voluntad. Siempre que se cuente con el consentimiento, la utilización de técnicas de reproducción asistida como lo es la maternidad subrogada y otras, atribuye la paternidad o maternidad de manera voluntaria y que puede rebasar a los progenitores, otorgando esa connotación a personas ajenas pero creando el mismo vínculo jurídico. Su función social se constituye tan relevante que ha dado origen a una categoría de filiación en la que voluntariamente se prescinde de la relación natural derivada de la reproducción para sustituirla por otra relación "no natural" o exclusivamente social⁹¹, situación que queda en evidencia en tratándose de la maternidad subrogada, toda vez que si bien tal vez biológica o naturalmente la madre no sea la que aporte la información genética, socialmente será la que ostente este carácter que se traducirá en una relación de carácter jurídico como lo es la filiación, a la que se incorporarán elementos de carácter afectivo, espiritual, social, entre otros, que además influirán en la regulación de esta materia, toda vez que el elemento afectivo tiene un gran peso jurídicamente al traducirse en el interés del menor.

De la relación jurídica nacida de la paternidad y la filiación, surgen deberes, obligaciones y derechos familiares que se refieren a sujetos determinados que son los padres e hijos y abuelos en ciertos casos. Entre ellos surge, como consecuencia del hecho natural del nacimiento – aunque no necesariamente, como ya ha quedado establecido, o del acto jurídico de la adopción, una relación jurídica que

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ *Ibidem*, pp. 6-7.

se traduce en un complejo de deberes familiares y obligaciones pecuniarias, por lo que en esta materia no puede hacerse referencia solo a la relación que existe desde el punto de vista de los padres, ni tampoco debe limitarse a los deberes, derechos y obligaciones de éstos, pues en la relación jurídica existen dos o más partes, y en esta materia la otra parte son los hijos quienes siempre deben de ser primordiales en cuanto a sus intereses.⁹²

Aun así, una solución a este problema de filiación podría resumirse en un mero procedimiento de adopción, cuestión que incluso algunos autores han planteado para resolver el problema de la determinación de la maternidad, y de esta forma se estaría en presencia de una filiación legal o de naturaleza adoptiva que eliminaría la laguna que representa tan complejo procedimiento.

3. SUBROGACIÓN

Otro concepto fundamental en este tema es, de manera evidente, la subrogación.

Tradicionalmente y desde los comienzos del Derecho, el término *subrogación* se ha utilizado en el ámbito civil, y de manera específica en el campo de las obligaciones como una forma de transmitir las.

Rojina Villegas sostiene que la subrogación "es una forma de transmisión de las obligaciones por cambio de acreedor, que se opera por ministerio de ley en los casos en que un tercero paga al acreedor, cuando tienen interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, o bien, cuando por convenio entre el acreedor y un

⁹² Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 256.

tercero, aquel transmite a éste, por virtud de un pago que recibe todos los derechos que tiene contra su deudor”.⁹³

Por su parte, Rafael de Pina sostiene que “es una sustitución de carácter personal en relación con el pago de una obligación, en virtud de la cual éste se hace por persona distinta de aquella que, de no existir dicha circunstancia, sería la obligada a hacerlo”.⁹⁴

Bajo estas definiciones, subrogación quiere decir transmitir o sustituir; se sustituye una cosa o una persona, aunque llevado al campo de la maternidad subrogada no podríamos hablar estrictamente de un acreedor ni un obligado o un deudor, toda vez que existe un interés más allá de lo jurídico que se traduce en el deseo de la procreación y que ésta se lleve a cabo hasta el final de la mejor manera.

Se sostiene que la sustitución de una cosa es una sustitución real; la sustitución de una persona es una sustitución personal. La real es la sustitución de un bien por otro en el patrimonio de una persona, de modo que el bien sustituto ocupa el lugar del bien sustituido para sujetarse al mismo régimen jurídico, subsistiendo los mismos derechos y deberes. La subrogación personal, por su parte, es un modo traslativo de las obligaciones a título particular y entre vivos, por disposición de la ley o por voluntad de las partes y que se efectúa mediante el cambio del acreedor, quien transmite a un tercero – el subrogado – los derechos que tiene contra su deudor, en virtud del pago o del préstamo que hace el tercero subrogado.⁹⁵

De forma evidente, en la maternidad subrogada se está frente a una subrogación personal. No obstante, se reitera que no se puede hablar en estricto sentido de una transmisión de las obligaciones, ni mucho menos hablar de acreedor o deudor.

⁹³ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. T. V. Obligaciones. Vol. II*, 7ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 586.

⁹⁴ De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Vol. III, 3ª ed., México, Porrúa, 1973, p. 143.

⁹⁵ Magallón Ibarra, Mario, *Óp. Cit.*, nota 74, pp. 596-597.

Si bien es cierto que existe una obligación consistente en entregar al producto una vez llegada a su fin la gestación, también lo es que se caería en un absurdo, sin mencionar que se rebajaría al recién nacido a una calidad de mercancía, si se tratara a la madre como la acreedora y a la subrogada como la deudora. Es cierto que existe una obligación; no obstante aun tratándose de una subrogación o sustitución, no se puede decir que se está en presencia de una transmisión de obligaciones sino de una mera subrogación de la gestación.

La utilización de la subrogación de la maternidad implica mucho más que sólo una “transmisión de las obligaciones” por lo que el concepto *subrogación* se queda corto para plasmar la realidad de la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto. Sin embargo, sin ahondar más en el tema se puede afirmar que, bajo este contexto, subrogación es simplemente substituir o poner una persona en lugar de otra.

4. Determinación del concepto “maternidad subrogada”

Hasta aquí se han analizado separadamente los conceptos de subrogación, maternidad, paternidad, así como su inevitable consecuencia, la filiación, para dar un panorama general de lo que consisten en su forma más simple y cómo influyen en el tema de la maternidad subrogada. Sin embargo, ¿qué es una maternidad subrogada?

De manera somera se afirma que la maternidad subrogada es la utilización del útero de una tercera mujer, bien sea en forma gratuita o remunerada.⁹⁶

⁹⁶ Chávez Ascencio, Manuel F., *Óp. Cit.*, nota 92, p. 76.

Sin embargo, desde los inicios de esta práctica, la doctrina no se ha logrado poner de acuerdo en cuanto a su terminología. Así, se le han atribuido infinidad de nombres tales como:

- Alquiler de vientre
- Alquiler de útero
- Arriendo de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero
- Gestación por sustitución
- Gestación subrogada
- Madre portadora
- Maternidad sustituta
- Maternidad de sustitución
- Madres de alquiler
- Madres portadoras
- Vientre de alquiler
- Surrogate mother o surrogated motherhood, entre los anglosajones y estadounidenses.
- Mère de substitution, mère porteuse, mère de remplacement o prêt d'utérus, por su denominación francesa.
- Affitto di utero o locazione di utero, en Italia.
- Leihmutter, como se conoce en Alemania.⁹⁷

En nuestro derecho, la que más predomina es *maternidad subrogada*, sin embargo es importante analizar si realmente es adecuado sostener que existe una subrogación de la maternidad y, de no serlo, cuál sería el término más apropiado para ello.

⁹⁷ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 22.

Antes de comenzar con este análisis cabe señalar que se considera incorrecta la utilización de términos como alquiler, arrendamiento o donación de útero, en virtud de las siguientes razones:

- Atendiendo al concepto de arrendamiento – o alquiler – se sostiene que es un contrato por virtud del cual una de las partes llamada arrendador, se obliga a transferir temporalmente el uso o goce de una cosa, a la otra parte llamada arrendatario, quien por su parte se obliga a pagar un cierto precio.⁹⁸ Un arrendamiento de útero no puede entrar en dicha definición toda vez que en el listado de características propias de este contrato se encuentra el de ser un contrato oneroso. Este punto se analizará en líneas más adelante, sin embargo se sostiene que el arrendamiento es un contrato oneroso en virtud de que en él se pactan provechos y gravámenes recíprocos, pues el arrendador reporta un gravamen consistente en conceder el uso o goce de la cosa arrendada, y por ello obtiene un provecho al recibir como renta un precio cierto; viceversa, el arrendatario tiene el gravamen de pagar un precio cierto, teniendo el provecho de disfrutar del uso y goce de la cosa arrendada⁹⁹, situación que no se presenta en la maternidad subrogada toda vez que no puede existir una contraprestación por esta técnica de reproducción, más allá de los gastos estrictamente necesarios propios de un embarazo.

Aunado a ello, en lo tocante a los elementos esenciales de este contrato se encuentra el objeto, constituido por el bien cuyo uso o goce se concede al arrendatario y el precio cierto. De conformidad con el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, “la cosa objeto de cualquier contrato debe: 1) Existir en la naturaleza, 2) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y 3) Estar en el comercio.” Evidentemente, la primera

⁹⁸ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil. T. IV. Contratos*, México, PACJ, 2008, p. 153.

⁹⁹ *Ídem*.

y segunda condición podrían presentarse, pero cualquier extremidad del cuerpo, órgano, tejido o células por supuesto que no pueden estar en el comercio. Asimismo, el artículo 2400 del mismo ordenamiento legal establece que "son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales, y en este sentido, no hay nada más personal que el derecho a disponer del cuerpo.

Como observación final, y a pesar de que este espacio resultaría insuficiente para abordar y analizar el tema en toda su magnitud, resulta importante señalar que al hablar de un arrendamiento *stricto sensu* por lo general se hace referencia a una cosa o un bien, y toda vez que en la maternidad subrogada nos encontramos en presencia de un ser humano resulta material y jurídicamente imposible la existencia de este objeto como elemento esencial. El artículo 22 del señalado Código Civil refiere que "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". Con fundamento en dicho precepto, el embrión concebido para su utilización en esta técnica debe considerársele concebido y nacido para efectos legales desde el momento de su concepción, por lo que su condición de persona resulta indiscutible, y en consecuencia no podría ser objeto de un contrato de "arrendamiento de útero". Es por ello que dicha acepción se encuentra totalmente incorrecta, toda vez que nos encontramos ante una figura totalmente nueva y diferente, una mera gestación que por diversas causas debe llevarse a cabo a través de otra mujer diferente a la de la pareja, y que en virtud de tan especial naturaleza merece y requiere una regulación completamente diferente e innovadora.

- Una donación es el contrato en virtud del cual una persona llamada donante se obliga a transferir gratuitamente una parte de sus bienes presentes a otra llamada donatario¹⁰⁰, que contempla como elementos a) el *animus donandi*, ánimo o intención de hacer una liberalidad a favor de otro; b) enriquecimiento del donatario, ánimo de recibir; c) empobrecimiento del donante por encontrarse ya en el patrimonio del donante y no ser una expectativa o probabilidad; d) debe recaer sobre una parte de los bienes presentes, no futuros.¹⁰¹ En virtud de esta definición se puede sostener que no hay cabida a una “donación de útero” ni mucho menos una “donación temporaria de útero”, toda vez que al constituirse como una transmisión de dominio resulta fácticamente imposible una donación del útero como tal, lo que se pretende con esta técnica es una gestación y al no poder equiparar el útero con un bien, resulta imposible su donación, y más aún al no existir las donaciones temporales. Asimismo, se puede afirmar que no se cumple con cabalidad con los elementos de esta figura; ciertamente existe un ánimo de dar y un ánimo de recibir, mas no se puede hablar o equiparar a un enriquecimiento ni un empobrecimiento puesto que no estamos en presencia de un bien. Aunado a ello, el hecho fundamental de la maternidad subrogada consiste en la gestación de un nuevo ser humano que implica esperar a que ésta llegue a su término, pudiendo constituirse como un acontecimiento futuro de realización incierta, pues resulta impredecible saber si llegará con éxito o no a su término. Las donaciones forzosamente deben constituirse sobre bienes presentes.

¹⁰⁰ Chirino Castillo, Joel, *Contratos*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 58.

¹⁰¹ Tapia Ramírez, Javier, *Contratos civiles. Teoría del contrato y contratos en especial*, México, Porrúa, 2009, p. 276.

Al respecto existen variados conceptos. Hurtado Oliver sostiene que la subrogación de maternidad “es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”¹⁰². Continúa diciendo lo siguiente:

“Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestadora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, y también es frecuente utilizar la fecundación in vitro (FIVTE) donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora. En la práctica de la subrogación de la maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.”¹⁰³

Encontramos como elementos en esta definición a una mujer gestadora que va a ser fecundada o inseminada artificialmente con semen proveniente del marido contratante, donde por lo general habrá como contraprestación un pago, aunque también puede suscitarse que simplemente haya una implantación de un feto nacido de los gametos de la pareja contratante.

Martínez Pereda maneja prácticamente la misma definición diciendo que “consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja”.¹⁰⁴

Aquí resulta interesante que se contempla no solo la posibilidad de una pareja sino de incluso una mujer sola que desee tener un hijo.

¹⁰² Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, p. 54.

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 19.

Otra definición mas sostiene que es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada".¹⁰⁵

En esta definición encontramos otro elemento a considerar que es el de la adopción, que como bien se mencionó en líneas anteriores, una solución al problema de la filiación es precisamente el de la adopción del recién nacido que lleve a cabo la mujer que lo solicitó. Sin embargo, antes de recurrir a esta institución en la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad y recurrir a la adopción está de más, toda vez que en caso de presentarse un litigio o una impugnación de la maternidad fácilmente podrá determinarse quien lo es.¹⁰⁶

Ante esta lluvia de definiciones resulta conveniente analizar los elementos que en ellas se mencionan para un mayor entendimiento y finalmente poder proponer una definición completa.

En principio pueden presentarse dos situaciones: 1) que la mujer gestante solo preste su útero para la gestación bajo la previa existencia de un embrión derivado de la unión del óvulo y el espermatozoide de la pareja solicitante; o 2) que la mujer gestante además de prestar su útero también aporte sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón solicitante. A esta primera clasificación se le

¹⁰⁵ Keane, N. Y D. Breo, citado en Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 35

¹⁰⁶ Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, pp. 33-34.

considera como maternidad subrogada parcial o total, respectivamente, con base en la intervención de esta mujer gestante.¹⁰⁷

Evidentemente con el simple hecho de encontrarse frente a una subrogación total el panorama ya puede tornarse complicado. Sin embargo, es de señalarse que pueden existir muchas más variaciones:

- Implantación de un embrión de sólo un miembro de la pareja y otra persona, anónima o no.
- Implantación de un embrión resultante de óvulos y espermatozoides ajenos a la pareja solicitante.
- Fecundación del óvulo de la gestante con un espermatozoides ajeno a la pareja, anónimo o no.
- Fecundación e implantación con intervención de un donadora de óvulo fecundado con el espermatozoides de la pareja solicitante.¹⁰⁸

Las anteriores, sólo por mencionar algunas posibilidades, se quedan cortas frente a la variedad de posibilidades que la IA y la FIV pueden ofrecer. Sin embargo, es de resaltar que si bien la práctica de la maternidad subrogada en general deriva de una situación de infertilidad, esterilidad o cualquier otra cuestión biológica que impida la procreación, el recurrir a una donación de ambos gametos y además de útero puede ocasionar que esta figura pierda totalmente su sentido. La intención en un principio deber ser que alguno de los miembros de la pareja – o preferentemente ambos – aporte su material genético, pues de otra forma el problema de esterilidad se podría solucionar fácilmente con un proceso de adopción.

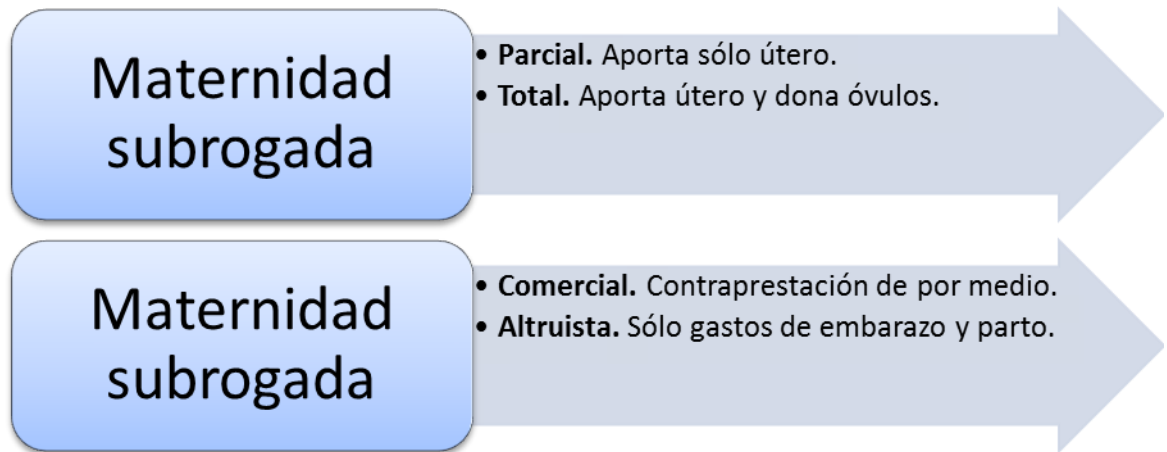
¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁰⁸ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, pp. 67-68.

Resulta interesante y trascendente una regulación frente a todos estos supuestos, sin embargo, en este trabajo – y con la intención de delimitar el tema – se analizará únicamente lo tocante a la participación de la pareja solicitante y la mujer gestante, ya sea mediante una subrogación total o parcial.

Ahora bien, una segunda clasificación se hace en el sentido de su modalidad que puede ser comercial, cuando la mujer recibe una contraprestación por el servicio que otorga a la pareja solicitante; o altruista o gratuita cuando no existe tal contraprestación de por medio, más que los gastos del embarazo y parto.¹⁰⁹

En este sentido, la subrogación comercial ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de contactar a las parejas solicitantes con las mujeres que están dispuestas a subrogar su vientre, formalizar contratos y vigilar su cumplimiento, sin embargo este tipo de agencias y en general este tipo de subrogación ha sido ampliamente rechazada por la mayoría de las legislaciones aceptando únicamente el pago de los gastos médicos.¹¹⁰



Ante tal situación, de manera evidente la principal interrogante que surge es, ¿cuándo se considera que existe una contraprestación para la mujer portadora? Si

¹⁰⁹ Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, p. 55.

¹¹⁰ *Ídem.*

bien la mayoría de las legislaciones rechazan abiertamente la posibilidad de un pago por sus servicios, cierto es que pocas refieren qué se puede considerar como contraprestación. Resulta importante realizar tal aclaración, toda vez que en este procedimiento inevitablemente concurren ciertos elementos retributivos propios de un embarazo que de ninguna manera deben considerarse como contraprestación. Los gastos médicos, de asistencia, de gestación, así como los alimentarios a la gestante durante el embarazo no la deben de teñir de retribuida y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado. Así pues, se puede afirmar que solo debe reputarse de oneroso tal pacto cuando exista un enriquecimiento para la portadora, y no cuando esos gastos sean la propia consecuencia de su situación que incluso la propia pareja hubiera tenido que asumir de no presentarse la esterilidad.¹¹¹

Con la simple lectura de estas definiciones y su posterior análisis se puede apreciar la complejidad que representa la maternidad subrogada que no resulta fácil de desentrañar, y mucho menos proponer una solución tajante. Si bien nace de un impedimento natural, el tema trasciende lo biológico y complica lo jurídico. Proponer una teoría no resulta sencillo, no obstante será necesario hacerlo para evitar las problemáticas fácticas que trae aparejadas. Dichas propuesta se realizarán en el capítulo correspondiente, hasta aquí únicamente se hizo una delimitación conceptual para un mayor entendimiento.

5. El parentesco

Otro tema de gran relevancia en cuanto puede resultar afectado o puesto en entredicho es el del parentesco. ¿Qué parentesco se guarda con la mujer que gesta y con la pareja que solicitó?

¹¹¹ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 66.

Partiendo del supuesto de que el parentesco deriva de la institución fundamental de la familia, hoy en día se podría afirmar que se pone en entredicho toda vez que ya no puede existir un solo concepto o concepción de "familia". El parentesco y la paternidad se han inscrito en el sustrato de esos núcleos y tampoco tienen un contenido uniforme; no siempre han coincidido las familias agnaticias con las cognaticias¹¹², su evolución ha ido estrechamente ligada.¹¹³

La etiología ha demostrado que en las sociedades arcaicas el parentesco no es concebido como un lazo biológico, sino místico. El parentesco primario o primitivo es una participación mítica en un grupo y en todos los valores que éste representa. En las sociedades totémicas todos los miembros del clan se consideran participantes de la naturaleza de su antepasado mítico.¹¹⁴

Esa organización social se prolongó hasta etapas mejor conocidas. En Grecia y Roma, durante algún tiempo, fue la religión la que determinó el parentesco. El culto y no el lazo de sangre era la referencia; se trataba de un parentesco agnaticio. Sería más tarde, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto a los antepasados deja de ser el aglutinante, cuando se destacó poco a poco el parentesco de sangre y con él la familia cognaticia.¹¹⁵

Así las cosas, el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho. Es decir, en el parentesco la

¹¹² El Derecho romano reconocía dos tipos de parentesco: el parentesco de agnación o agnaticio, determinado por el matrimonio *cum manu* en relación con la mujer; y el parentesco de consanguinidad, cognación o cognaticio. Betancurt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, 3ª ed., España, Universidad de Sevilla, 2007, p. 414.

¹¹³ Moro Almaraz, María Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación "In vitro"*, Barcelona, Librería Bosch, 1998, p. 201.

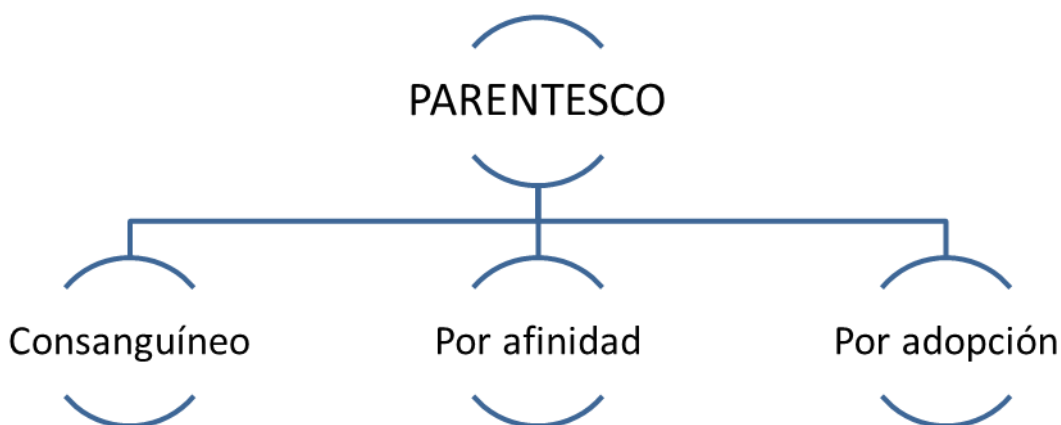
¹¹⁴ *Ibidem*, p. 202.

¹¹⁵ Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 54.

situación estable que se crea entre los diversos sujetos relacionados, permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no sólo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino para que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinida.¹¹⁶

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 en lo que se refiere a terceros, que se conoce como estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad.¹¹⁷

De lo anterior se sostiene que existen tres clases de parentesco:



Antes de entrar al estudio del parentesco por consanguinidad – por ser el que interesa para este trabajo – someramente se sostiene que el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y viceversa; y el parentesco por adopción es el que resulta del acto jurídico del mismo nombre, por virtud de cual se crean entre adoptante y

¹¹⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. T. II. Derecho de familia.*, 9ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 155.

¹¹⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990, p. 17.

adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.¹¹⁸

El parentesco consanguíneo es el que mayor relevancia e importancia tiene en todas las legislaciones, toda vez que el mismo parte de la institución de la filiación, de la relación existente entre ascendientes y descendientes, donde los lazos de sangre son tomados en cuenta para darles ciertos efectos jurídicos tales como constituir impedimentos para contraer matrimonio, determinar derechos de carácter hereditario, derechos y obligaciones alimentarias, etcétera.

Etimológicamente proviene del latín *parere*, que significa engendrar, lo que indica que el parentesco solo debería existir entre las personas unidas por el vínculo de sangre.¹¹⁹ El Diccionario de la Real Academia Española nos dice que parentesco es el "vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta.//Unión, vínculo o liga que tienen las cosas."¹²⁰

Para Planiol y Ripert es la relación que existe entre dos personas que descienden una de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos.¹²¹

Una vez establecido lo anterior, si nos referimos al parentesco consanguíneo tenemos que tomar como punto de partida a la filiación, esto es, el vínculo que une a una persona con sus antepasados o progenitores como bien quedó establecido en el apartado correspondiente.

¹¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Óp. Cit.*, nota 116, pp. 158-160.

¹¹⁹ Sánchez Márquez, Ricardo, *El parentesco en el derecho comparado (con un estudio del derecho mexicano)*, México, Porrúa, 2003, p. 57.

¹²⁰ Diccionario de la Real Academia Española, *parentesco*, <http://lema.rae.es/drae/>.

¹²¹ Ripert Georges y Planiol Jean, *Tratado de Derecho Civil*, México, Cajica, 1998, p. 12.

La problemática evidente que aquí se presenta es qué papel juegan tanto la mujer solicitante como la gestante en relación al parentesco. Si la mujer que solicita aporta el óvulo, y por ende su información genética, no representa ningún problema pues en un momento dado la maternidad se podría acreditar fehacientemente, toda vez que desciende uno de la otra y existe un vínculo de sangre. Por tanto, se acreditan todos los supuestos para que exista un parentesco.

Por otro lado, si bien se sostenía que tanto la filiación como el parentesco se podían llegar a ver afectados por las diferentes técnicas de reproducción asistida en virtud de una alteración en el hecho natural de la procreación y el nacimiento – al tener que recurrir a una tercera mujer para la gestación –, cierto es que se dejó en claro que la procreación es una realidad recogida y amparada por el derecho que solamente le interesa en cuanto da lugar a una relación social especial, y para ello antes que nada se necesita asegurarse de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación. Lo anterior deriva en que a pesar de que lo conveniente es la coincidencia entre lo biológico y lo jurídico, para el Derecho resulta intrascendente que haya equivalencia plena o no entre ellas, y dada la estrecha relación que existe entre filiación y parentesco, la regla que aplica para una, aplica también para la otra.

En consecuencia, aun cuando no haya una equivalencia entre lo genético, lo biológico y lo jurídico, frente al Derecho el reconocimiento del parentesco y la filiación será para aquella mujer que juegue el papel de madre, es decir, la mujer que solicitó, con independencia de que aporte o no los gametos para la procreación, pues a todo lo anterior se le agrega un hecho de especial relevancia en la materia y en el tema: la voluntad; la voluntad de convertirse en madre que prescinde de la relación natural derivada de la reproducción para sustituirla por otra relación “no natural” o exclusivamente social. De ahí que tanto la filiación como el parentesco estén en posibilidad de reconocérsele.

Aunado a lo anterior, de manera general las consecuencias jurídicas que el parentesco consanguíneo trae consigo son las siguientes:

1. Crea el derecho y la obligación de los alimentos.
2. Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.
3. Crea determinados impedimentos en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas.
4. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.
5. Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.¹²²

Así las cosas, se puede afirmar que aun cuando derivado de la utilización de esta técnica de reproducción asistida no coincidan los elementos biológicos y jurídicos, inevitablemente se van a presentar las anteriores consecuencias, en virtud de que ya existe un vínculo familiar entre la pareja que solicitó la gestación y el producto de la misma. Esto deriva en una total acreditación de los elementos que constituyen el parentesco, pudiendo atribuirse fehacientemente a la pareja solicitante y no a la mujer que funge como gestante.

6. La “mujer gestante”

Mucho se ha discutido en este tema sobre la denominación que se le debe dar a la mujer que fungirá como gestante del nuevo ser humano, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de su participación en este tipo de prácticas, y particularmente por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse si se privilegiará el nexo biológico o el nexo bio-psíquico del embarazo con la madre gestante.

¹²² Rojina Villegas, Rafael, *Óp. Cit.*, nota 116, p. 161.

Es por ello que de manera importante se debe abordar el tema y realizar un análisis para llegar a su determinación y su especial relación en esta técnica de reproducción asistida.

De acuerdo con el Committee of Experts on Genetic Engineering (CAHGE), las denominadas “madres portadoras” consisten en una mujer que lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja.¹²³

La Iglesia Católica, en su documento titulado “*Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*”, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva dos hipótesis que maneja de la siguiente forma:

- a) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y
- b) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.¹²⁴

El Informe Warnok – referido en el capítulo anterior – fue uno de los pocos que aportó una definición de lo que se considera una madre subrogada, haciéndolo en los siguientes términos:

¹²³ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., Óp. Cit., nota 2, p. 19.

¹²⁴ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1990, p. 318.

"Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after birth."¹²⁵

Por su parte, el artículo 92, cuarto párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco nos proporciona una completa definición sosteniendo lo siguiente:

"Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso."

De las anteriores definiciones resulta evidente que una madre subrogada o mujer gestante es aquella que acepta gestar en su cuerpo un embrión, sea por donación de óvulo propio, o por implantación de gametos ajenos, que se obliga a entregar al niño inmediatamente después del nacimiento a quien haya convenido la gestación.

Ahora bien, en lo referente a este elemento personal de la maternidad subrogada, la mayoría de las legislaciones no especifican el estado civil que ésta deberá ostentar. Sea soltera, casada, viuda, divorciada, no hay un elemento que le impida prestarse como mujer gestante, no obstante la trascendencia que tal situación puede acarrear por una eventual atribución de la paternidad a su pareja o cónyuge, más aun cuando es esta mujer la que además de aportar el útero se constituye como donadora de óvulos.¹²⁶

Ante tal situación, aunque esta mujer gestante preferentemente debiera ser una mujer soltera, el hecho de que tenga cualquier otro estado civil no debe ser un tajante impedimento para prestarse como tal, siempre y cuando exista un consentimiento previo de su pareja o cónyuge, y en tal caso ambos renuncien a cualquier derecho de filiación o parentesco frente al recién nacido, toda vez que

¹²⁵

Informe

Warnok,

http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf.

¹²⁶ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 66.

una vez llegada a su término la gestación éste deberá ser entregado a la pareja contratante. De ahí la importancia de dicha renuncia. Sin embargo, como ya se ha mencionado, no debe dejarse de lado el hecho de que preferentemente deberá ser una mujer soltera y solo en el momento en que dicha posibilidad se vea agotada, entonces se podrá aceptar otro estado civil.

Ahora bien, resulta importante señalar que en los casos en que se pretende que esta mujer además del útero sea donadora de óvulo porque resulte materialmente imposible la participación de la mujer solicitante, también puede ocasionar ciertos conflictos para la determinación de quién es la madre del producto. No obstante, cierto es que no hay porque considerarla como madre aun cuando existiera una donación de óvulo, sino por el contrario, se aplica por analogía el mismo tratamiento que para las donaciones de esperma, en el caso de los hombres.

A este respecto, aun cuando resulta evidente la grave falta de regulación respecto a la donación de células germinales y sus consecuentes lagunas jurídicas, la actual Ley General de Salud reglamenta someramente este tipo de donaciones en sus numerales 314, 320, 321 y 327¹²⁷, de los cuales se desprende que se regirán bajo los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro, confidencialidad y gratuidad, donde el de mayor relevancia es el de confidencialidad. Esto es, la imposibilidad de proporcionar o hacer públicos los datos de los donantes y los

¹²⁷ *Ley General de Salud*, **ARTICULO 314**. Para efectos de este título se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; (...) VI. Donante, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte; VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes; (...)// **ARTICULO 320**. Toda persona es donante de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.// **ARTÍCULO 321**. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.// **ARTÍCULO 327**. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

receptores, con el propósito de proteger el derecho a la intimidad. El Estado debe garantizar la confidencialidad en torno a los datos del donante o del receptor de los órganos, tejidos o células, de tal suerte que uno y otro – o sus respectivas familias – se mantendrán en el anonimato.

Aunado a la importancia de la confidencialidad, resulta necesario señalar que en los casos de donaciones de esperma, evidentemente aun cuando biológicamente existe un vínculo padre e hijo, jurídicamente se renuncia a este derecho desde el momento mismo de la donación, para otorgárselo a aquella pareja o persona que decida hacer uso de esta técnica de reproducción y, por ende, la utilización de esta célula germinal; es decir, no obstante hay un aporte biológico y genético, resultaría imposible una eventual imputación de la paternidad toda vez que se está en presencia de un acto totalmente altruista, sin fines de lucro y donde debe regir la confidencialidad.

El donador de semen para uso en la inseminación artificial o incluso cualquier otro tipo de técnica de reproducción asistida, es universalmente exonerado de cualquier responsabilidad legal con respecto al destino que el médico y sus pacientes den a sus gametos germinales, equiparándolo con un donador de sangre que ignora el destino que se le dará al fluido donado.

En este sentido, aplican los mismos supuestos en el caso de la donación de células germinales femeninas para los casos en que sea necesario aportar un óvulo en la gestación subrogada, sin que necesariamente se le deba atribuir una maternidad a esta segunda mujer, en virtud de que la situación que se presenta es una mera donación de células, tal como se viene haciendo desde hace años con la donación de esperma, de ahí que resulte inverosímil una falsa atribución de la maternidad, no obstante se reconoce que se trata de un proceso mucho más complicado.

7. Inseminación artificial (IA) y Fertilización In Vitro (FIV)

A lo largo de este trabajo se han mencionado innumerables veces los términos *inseminación artificial* y *fertilización in vitro* como formas de acceder a la gestación subrogada, y en virtud de la relevancia que ellas representan en dicho procedimiento, resulta menester señalar de manera general en qué consiste cada una como técnica de reproducción asistida.

Primeramente, la inseminación artificial es la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de una mujer, mediante un procedimiento médico, por cualquier medio distinto de la relación sexual natural¹²⁸, y se considera artificial toda vez que esta conexión entre el óvulo y espermatozoide no se realiza en forma natural a través del contacto sexual, aun cuando la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes propias de la naturaleza.¹²⁹

En vista de la variedad de personas que pueden intervenir en una práctica inseminatoria y del distinto papel que en ella desempeñan, se originan diferentes tipos de inseminación y cada una de ellos produce consecuencias distintas.

Una de ellas es la inseminación artificial homóloga (IAH), que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer¹³⁰, es decir, si bien no puede darse una reproducción por medios naturales, en realidad se utilizan gametos propios de la pareja ayudando únicamente a facilitar el proceso de fecundación.

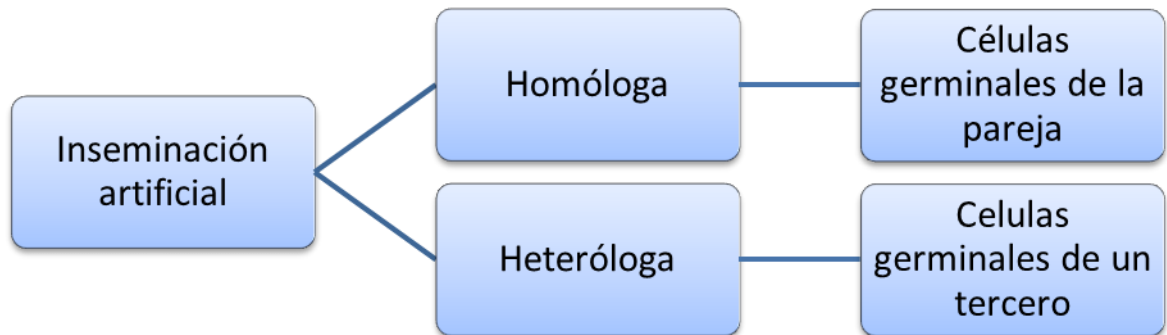
Existe también la inseminación artificial heteróloga (IAD), en la que se utilizan gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el

¹²⁸ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 19.

¹²⁹ Guzmán Ávalos, Anibal, *Óp. Cit.*, nota 82, p. 187.

¹³⁰ Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, p. 17.

concupino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas¹³¹.



Se puede recurrir a esta técnica cuando se presentan algunas formas de infertilidad femenina tales como: vaginismo, malformaciones y patologías inflamatorias de la vagina o del útero; así como de infertilidad masculina, en los casos de aspermia – ausencia de espermatozoides en el eyaculado –, astenospermia – lentitud en el movimiento de los espermatozoides que impida la fecundación – y oligospermia – bajo número de espermatozoides, así como cuando el hombre sea portador de algún tipo de enfermedad contagiosa vía fluidos o de alguna malformación genética.¹³²

A este respecto y hasta hace algunos años, cuando estas técnicas de reproducción aún no eran muy conocidas y aceptadas, el primer problema legal que surgió públicamente de la nueva tecnología provino del uso de la inseminación artificial heteróloga (IAD), misma que llegó a ser considerada como adulterio.

Juicios de esta naturaleza tuvieron que resolverse tanto en Canadá como en Estados Unidos donde naturalmente hubo diferencia de criterios. Mientras que en el primero se consideró que en efecto existía una ofensa por el rendimiento

¹³¹ *Ídem.*

¹³² De La Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2005, p. 376-378.

voluntario de las facultades de reproducción de la mujer a un extraño a la pareja, y entraba en la definición de adulterio por la posibilidad de introducir sangre extraña a su estirpe, en el segundo se tomó otro criterio; el adulterio requería la presencia física de dos personas involucradas en un acto sexual y que éste sea consumado, haya o no impregnación, se adúltere o no la estirpe de la familia. Algo similar sucedía en cuanto a la legitimación de los hijos nacidos por esta clase de inseminación, en la que, aún con consentimiento del marido, no era hijo legítimo de éste.¹³³

Al pasar de los años, la respuesta que muchos de los tribunales que se vieron en la necesidad de resolver este tipo de conflictos, fue atendiendo a la llamada *paternidad social*, sosteniendo que en este tipo de inseminación la voluntad del marido era decisiva para la procreación, siendo así él responsable de las consecuencias de su conducta.

Viendo la situación anterior *contrario sensu*, y derivado del análisis realizado en el presente capítulo, es fácil darse cuenta que se presentan los mismos elementos y, por ende, la misma problemática al referirnos a la maternidad subrogada, donde existe un tercero ajeno a la pareja, una fecundación no natural, y la disyuntiva de la determinación de la maternidad. Es por ello que la más lógica solución es darle el mismo tratamiento que a las donaciones de células masculinas, y apostar por la llamada *maternidad social*, tema en el que se ahondará a profundidad en el siguiente apartado.

Por otra parte, la fecundación in vitro es la práctica consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo

¹³³ Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, pp. 18-22.

fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero.¹³⁴

Así como la inseminación artificial ofrece a las parejas la posibilidad de procrear cuando el marido es infértil o estéril, la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embrión (ET), hace posible que una mujer con problemas para concebir pueda hacerlo con éxito. La diferencia fundamental radica en que mientras en la primera (IA) – aunque con cierta ayuda médica – la fecundación del óvulo se realiza dentro del cuerpo de la mujer, en la FIV se realiza extracorporalmente para luego ser introducido. En ella, después de que los ovocitos han comenzado a dividirse son transferidos hacia el útero donde se produce la implantación para su posterior desarrollo como un embarazo normal.

Esta consta de cuatro pasos básicamente que se mencionan a continuación:

1. Estimulación y monitoreo ovárico (también llamada superovulación). Esto con la intención de que la mujer produzca varios óvulos y no uno sólo como típicamente sucede cada mes, con la intención de incrementar las posibilidades de un procedimiento exitoso.
2. Recuperación del ovocito, a través de una cirugía menor llamada aspiración folicular, para retirar los óvulos del cuerpo de la mujer.
3. Fecundación. Una muestra de semen es recogida del progenitor masculino; posteriormente los espermatozoides son procesados utilizando varias técnicas para a partir de ahí seleccionar sólo a los más sanos y activos de la muestra. Luego se colocan junto con los óvulos de mejor calidad y se almacenan en una cámara ambientalmente controlada donde se llevará a cabo la fecundación.

¹³⁴ Martínez Pereda Rodríguez, J.M., Massigoge Benegiu, J.M., *Óp. Cit.*, nota 2, p. 19.

4. Transferencia del embrión. De tres a cinco días después del retiro y fecundación, el médico inserta un tubo delgado (catéter) que contiene los embriones dentro de la vagina, a través del cuello uterino hasta el interior del útero. Si un embrión se pega o se implanta en el revestimiento del útero y crece allí, se presenta el embarazo.¹³⁵

En sus inicios la FIV causó reacciones desfavorables principalmente por considerar que podía ser el inicio de acontecimientos no previstos ni deseables como pudiera ser la procreación ágama de seres humanos – llámese clonación –, la ectogénesis¹³⁶, y la genoterapia o manipulación del embrión para cambiar herencias genéticas, aunado a que, al igual que con la inseminación artificial, se observa como una desviación de la relación sexual normal y rompe la unidad entre los aspectos sexual y procreativo.¹³⁷

Sin embargo, tal como se ha demostrado ya con miles de exitosos casos, estas técnicas de reproducción asistida muchas veces resultan ser las más adecuadas para casos de esterilidad o infertilidad que pueden ser tratables. El deseo y la vocación que requiere convertirse en padres es lo que siempre debe prevalecer cuando se habla de este tipo de técnicas, y a pesar de que puedan llegar a complicarse jurídicamente, el Derecho puede y debe amoldarse y caminar de la mano con los avances tecnológicos para su mejor aplicación.

¹³⁵ En los casos en que la fecundación ha sido lograda in vitro, pero después de cierto número de ciclos fracasa la implantación en el útero, por lo general el médico sugiere la “eclosión asistida”, en la que se lisa un pequeño agujero en la zona pelúcida previo a la inserción del embrión en el útero, lo que asegura que el embrión será capaz de eclosionar en dicha zona en el momento de adherirse al útero. Gilbert, Scott F., *Biología del desarrollo*, trad. de José Luis Eduardo Ferrán, 7ª ed., Uruguay, Departamento de Anatomía Humana y Psicología, Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, Editorial Médica Panamericana, 2003, p. 730.

¹³⁶ Concepción y gestación hasta su nacimiento de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino. Hurtado Oliver, Xavier, *Óp. Cit.*, nota 12, p. 31.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 33.

I. CONCLUSIONES

Así las cosas, a lo largo de este capítulo se analizaron y delimitaron una serie de conceptos que guardan una íntima relación con el complejo tema de la maternidad subrogada, empezando por supuesto con el de maternidad y paternidad y su concepción frente a la misma, sin ahondar a profundidad en virtud de que su determinación se abordará en el siguiente capítulo. Sin embargo resulta de especial trascendencia delimitar su concepción y sostener que el papel que juegan los padres en la vida de una persona va mucho más allá de un hecho biológico como lo es la gestación y el parto. La verdadera aventura paternal comienza una vez que ésta llega a su término y es aquí donde se hace necesario establecer la diferencia que existe entre el papel de la mujer que gesta y quien verdaderamente asumirá una maternidad en su total complejidad.

Sin embargo, conceptos tan importantes traen como inevitable consecuencia instituciones de familia como lo son la filiación y su íntima relación con el parentesco, en los que aun cuando no exista una coincidencia entre lo biológico, lo genético y lo jurídico, para el Derecho resulta intrascendente en virtud de que primeramente se debe asegurar de la maternidad – o paternidad, en su caso –, y toda vez que en lo que al tema se refiere, ésta no será atribuida a la mujer que funja como gestante, estas figuras y sus consecuencias jurídicas pueden ser fácilmente atribuibles a la pareja solicitante, más aún si se logró realizar un aporte biológico a través de una mera fertilización in vitro, con los gametos de la pareja.

Por otra parte, si bien el término *subrogación* no se puede ver ni aplicar desde una perspectiva netamente civilista, puesto que no se está en presencia de una transmisión de las obligaciones como tal, se dice que esta figura no alcanza a describir la naturaleza y complejidad de esta figura no obstante puede ser

aplicable, y bajo este contexto hablar de una substitución, poner una persona en lugar de otra, tal como se hace con la mujer que funge como gestante.

Llevado esto al concepto de maternidad subrogada, no se consideran adecuados términos como el de "arrendamiento de útero" o "donación de útero", puesto que ella convergen toda una serie de complicados elementos que constituyen una nueva y especial figura que como tal debe ser regulada y no confundir con otras figuras ya existentes y que lamentablemente no pueden dar cabida a esta situación en su totalidad.

Uno de estos complejos elementos es el de mujer gestante, término que se considera más apropiado en lugar del de *madre subrogada* o *madre sustituta*, en virtud de la imposibilidad jurídica de atribuirle una maternidad que no le corresponde al únicamente llevar a cabo la gestación del producto de la concepción, aun cuando se constituya como donadora de óvulos, caso en el que se le debe otorgar el mismo tratamiento que a la donación de esperma, en el caso masculino.

Así las cosas, técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial y la fecundación in vitro resultan imprescindibles para poder llevar a la práctica este tipo de técnicas, y aun cuando ciertamente presentan infinidad de complicaciones en el campo jurídico, un mayor análisis y entendimiento puede ayudar a resolverlas y llegar a una solución que si bien puede no ser aplicable a todos los casos, puede ayudar a llenar esas lagunas que hoy día existen en nuestro sistema jurídico y que representan una grave complicación en la realidad.

CAPÍTULO III

PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN A LA GESTACIÓN SUBROGADA

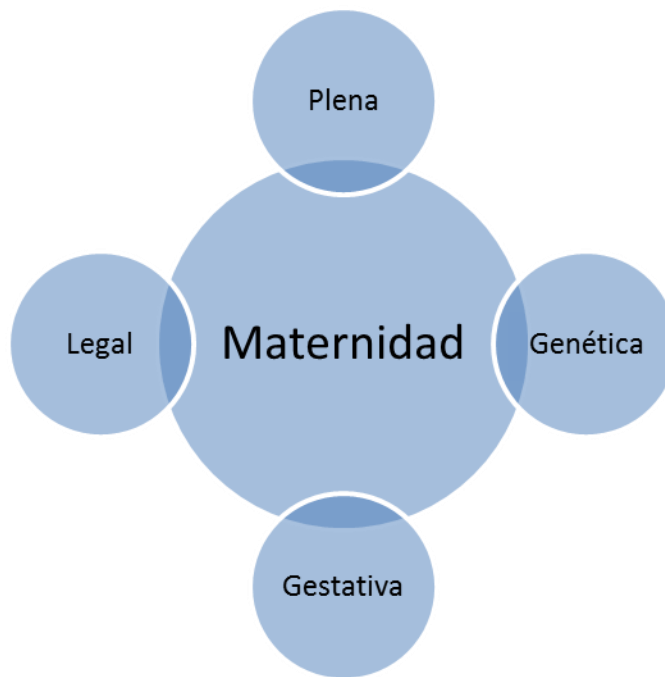
Una vez establecido el marco conceptual relativo al tema de la gestación subrogada, se puede tener un panorama más claro sobre su complejidad y la serie de instituciones jurídicas que resultan afectadas e incluso alteradas con su práctica. Instituciones tan importantes como lo son el parentesco y la filiación pueden llegar a verse sumamente afectadas en este tipo de técnicas de reproducción, sin mencionar el impacto emocional y psicológico que evidentemente puede llegar a causar en el menor. Es por ello que resulta necesario analizar a profundidad algunas de esas problemáticas para poder proponer soluciones adecuadas que vean por los intereses de todas las partes involucradas, causando el menor impacto emocional posible.

Así, se empezará por analizar la llamada disociación de la maternidad en relación con la determinación de la maternidad, para poder entrar a un análisis más completo de su complejidad analizando sus teorías y proponer una alternativa ante su determinación.

1. La determinación de la maternidad

Tal como se estableció en el capítulo anterior, hoy en día se presenta un fenómeno de especial naturaleza conocido como *disociación de la maternidad*, en la que las funciones que hasta hace pocos años eran socialmente establecidas y aceptadas en lo referente al ejercicio de la maternidad – y de la paternidad –, poco a poco se han ido modificando para dar entrada a la participación de una tercera mujer en una relación que ante la sociedad debe ser sólo de dos.

Así las cosas, la doctrina sostiene que se presentan los siguientes tipos de maternidad explicados ya con anterioridad:



En este mismo sentido, el Informe español de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y de la Inseminación Artificial Humanas, manejan otra clasificación para referirse a los "tipos" de maternidad que han originado las nuevas técnicas de reproducción, en especial por la que es materia de estudio, la maternidad subrogada. Así pues, se contempla la siguiente clasificación:

- Maternidad Biológica: a su vez se divide en dos subcategorías, plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos;
- Maternidad Educacional o Afectiva, que puede coincidir o no con alguna de las biológicas;
- Maternidad del deseo, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica;

- Maternidad legal, la aceptada por las leyes como tal.¹³⁸



En este contexto, y como consecuencia de los avances científicos en relación a la procreación humana, la interrogante que en un momento dado se podría plantear frente a la paternidad surge ahora también frente a la maternidad; es decir, ¿quién es la madre? La respuesta que hasta hace poco parecía ser unívoca, en el sentido de dar una mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad.¹³⁹ Como consecuencia de ello, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la maternidad, la segunda interrogante que surge de forma casi inmediata, es si las demás mujeres que participaron en la procreación del hijo, deben ser excluidas de manera terminante

¹³⁸ Informe español de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial humanas, citado en Moro Almaraz, María de Jesús, *Óp. Cit.*, nota 113, p. 41.

¹³⁹ Morán De Vicenzi, Claudia, *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*, Perú, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, 2005, pp. 191-192.

de la vida del nacido, o si les puede reconocer algunos derechos en virtud de su especial colaboración.

Así, la interrogante inevitable resulta ser, ¿a quién(es) de entre todos los participantes en la procreación del «hijo» corresponde la función de padres legales? Si hasta la implantación de técnicas de fecundación el derecho reconocía valor jurídico a un evento biológico y social como es el nacimiento, con el avance en los estudios científicos y la tecnología, y la implementación de técnicas como la IAD o la FIV se presenta la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa, adoptiva. Hay que recordar una vez más que en este campo los conceptos estrictamente jurídicos se suavizan en función de la condición de la materia regulada, donde cuentan más los sentimientos que los requisitos legales. Nunca se podrá imponer el afecto al progenitor auténtico.

El problema de configurar como padres a quienes no aportan su material genético es que con el Derecho actual están expuestos a una acción de impugnación, o ellos mismos pueden ejercerla. Es difícil conciliar la no veracidad biológica con una normativa basada en ella si a las relaciones nuevas pretendemos dar la misma apariencia que a otra filiación por naturaleza.

1.1. Teorías frente a la determinación de la maternidad

Como se ha venido afirmando hasta el momento, en el pasado las teorías clásicas venían relacionando la maternidad con el hecho biológico del parto, sin embargo se ven ahora superadas por la realidad y se vuelve necesario el planteamiento de otros supuestos.

1.1.1. Elemento biológico

La doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación en la maternidad el presupuesto o elemento biológico de la

gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre. Para Trabucchi, se es madre por naturaleza, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, y por ende el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos, afirmando que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De esta manera la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener cabida cualquier tipo de acuerdo celebrado con otras personas.¹⁴⁰

De acuerdo con esta posición y de manera muy conservadora, para el derecho no debería existir ningún otro supuesto más que el elemento biológico en donde la madre que da a luz es la que se considera madre en todos los aspectos. Esto es, el principio romano *mater semper certa est* prevalece en todos sus sentidos sin dar cabida a otros supuestos necesarios para la maternidad subrogada.

Sin embargo, hoy en día encontramos que este presupuesto ya no es suficiente para dar solución a las problemáticas sociales. Si bien este argumento fue válido durante muchos años, en la actualidad pierde validez en virtud de que la ciencia avanza día con día y con ella las técnicas de reproducción asistida, en donde ahora es posible gestar si atribuirse una maternidad, y es el derecho el que debe ajustarse a esa realidad.

1.1.2. Elemento social

Una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Así, desde una perspectiva de *iure condendo* y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que

¹⁴⁰ Morán De Vicenzi, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 139, p. 193.

además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es lo que más favorece a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción o interés personal, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.¹⁴¹

Analicemos un poco lo anterior. Hasta antes de la implementación de las técnicas de reproducción asistida, y muy especialmente hasta antes de la utilización de la maternidad subrogada, el hecho del parto le daba todo el carácter de madre a esa mujer. Sin embargo, hoy día nos encontramos frente a una llamada *maternidad social*, basada en el principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad de la pareja por procrear, voluntad que evidentemente debe ser de carácter dual tanto del hombre como la mujer que conformarán esa familia, y que constituye un criterio válido para la designación de la madre. Así, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal.¹⁴²

Lo anterior se afirma así toda vez que la mujer que se presta como gestante únicamente tiene esa función, es decir, la gestación del producto hasta llevarla a término y una vez nacido renuncia a todos los derechos sobre él para entregarlo a los padres reales. Si bien es cierto que sin su participación en la relación no podría ser posible dicho nacimiento, cierto es también que quienes tienen la voluntad y el deseo primordial de convertirse en padres son los que solicitan la gestación, de ahí que se parta de un principio de voluntad de procreación, basado a su vez en un principio de libertad de procreación. Bajo este supuesto ya no es posible considerar el parto como un factor fundamental para la determinación de la

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 194.

¹⁴² Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, pp. 17-18.

maternidad y simplemente se atiende al hecho social. Aquella que educará, cuidará, atenderá, vestirá y realizará todo lo necesario por el bienestar del nuevo ser será la que aportó la voluntad, y aun cuando pueda o no ser la madre genética, estos hechos aceptados socialmente son los que dan el carácter de madre; el amor y cuidado que se le da al hijo es lo que prevalece socialmente.

1.1.3. Elemento volitivo

Un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido ya sea mediante su aporte genético, o bien por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre. A su vez, una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer gestante. De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer.¹⁴³

A la luz de las teorías anteriormente señaladas, se puede observar una vez más que un elemento importante a considerar es la voluntad, la voluntad de asumir un papel que es socialmente aceptado como lo es el hecho de ser madre sin necesariamente tener que gestar al producto, aunque sí atiende a una cuestión genética. Esto es, debe de existir un elemento genético (aporte de óvulos y transmisión de patrimonio genético) y un elemento volitivo (la voluntad de ser madre), y será a esta mujer a la que se le atribuya el carácter de madre aunque no haya sido quien llevara en su vientre al nuevo ser humano durante los nueve meses del embarazo; basta con el aporte de la voluntad sin la cual ni siquiera hubiera podido existir dicho ser humano, pues además la transmisión del

¹⁴³ *Ibidem.*, p. 15.

patrimonio genético únicamente se da con la fecundación y no con la gestación. De ahí que se le dé prioridad al aporte genético y no al mero hecho de la gestación.

No obstante lo anterior, al enfrentarnos a un tema como el de la maternidad subrogada en el que la principal causa es la infertilidad o la esterilidad, encontramos entonces que el criterio anterior pierde validez toda vez que la carga genética probablemente la asumirá aquella mujer que llevará adelante la gestación. Sin embargo, podemos ver que aun cuando la mujer solicitante no aporta su patrimonio genético, en cambio sigue aportando el elemento de la voluntad. Es decir, aquella que desea firmemente convertirse en madre y asumir toda la carga y responsabilidades que ello conlleva es aquella que busca a la mujer gestante, y si bien puede ser que por diversas causas se encuentre imposibilitada para aportar su material genético o llevar a término el embarazo, la voluntad de convertirse en madre es lo que sigue existiendo y predominando.

Así pues, el elemento genético que se planteaba deja de ser primordial en una maternidad subrogada, para dejar la determinación de la maternidad en base a la voluntad. Aquella que buscó desde un principio convertirse en madre y en la que converge la intención maternal será la que ostente dicho carácter.

1.1.4. Posición ecléctica

De acuerdo con una posición ecléctica, la determinación de la maternidad puede también desarrollarse desde dos perspectivas: uno relativo al nacido, obligando a la madre a asumir el cumplimiento de sus obligaciones, y otro referido al sujeto procreador, quien puede por sí mismo ejercer sus derechos derivado de su propia voluntad. Bajo esta perspectiva, el nacido podrá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la genética, independientemente de que no siempre ambas podrán tener las condiciones económicas adecuadas para garantizar su

mantenimiento y desarrollo. Sin embargo, si el hijo tiene cierto interés en mantener el vínculo establecido con la mujer que lo gestó, de acuerdo con esta teoría ecléctica está en su derecho de hacerlo aun cuando también pueda tener cierta relación con la madre genética.¹⁴⁴

Esta teoría está basada más que nada en un principio de protección de los intereses del menor, el cual sin lugar a dudas debe prevalecer en cualquier acto o hecho jurídico en el que se pueda ver involucrado; sin embargo, tal vez no sea lo más adecuado dejar una decisión de tal magnitud y consecuencias de todo tipo a un menor que probablemente hasta cierto punto no tenga la capacidad en ese momento para comprender en toda su magnitud una situación de esta índole. Si se atiende a una realidad social es de hecho posible que la pareja solicitante desee que el hecho de la gestación del menor permanezca con un carácter confidencial; cada pareja tendrá la libertad de tratar el asunto como crea conveniente para el bienestar y salud mental del niño, que es lo que en realidad debe prevalecer en todo momento. Por ello, no considero que esta posición ecléctica sea la más adecuada para tratar este tema.

Ahora bien, un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo alegando la estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo. Moran de Vicenzi considera que esta solución aunque no es totalmente satisfactoria –puesto que implica excluir a la mujer que brindó su aporte genético– es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de identificación de la madre y del nacido.¹⁴⁵

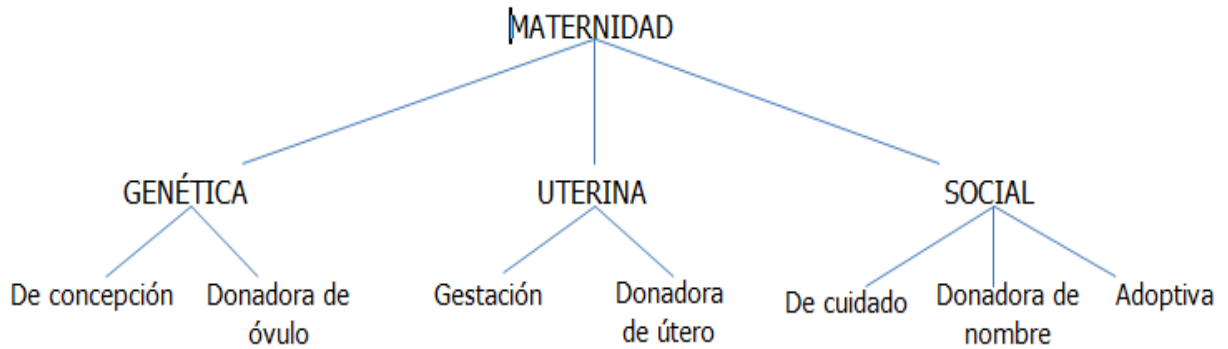
¹⁴⁴ Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, pp. 15-16.

¹⁴⁵ Morán De Vicenzi, Claudia, *Óp. Cit.*, nota 139, p. 206.

Ante esta posición, si bien es cierto que un hecho biológico de tal magnitud como lo es el parto resulta mucho más certero que cualquier otro hecho, me parece importante regresar al punto mencionado en párrafos anteriores. La realidad social y los avances tecnológicos ha rebasado por mucho la gestación biológica y al menos en lo que respecta a la maternidad subrogada, **la voluntad** es lo que marca la pauta y debe prevalecer frente a cualquier otro hecho. *Mater semper certa est*, fue el principio que rigió el tema de la maternidad por décadas y desde tiempos antiguos, sin embargo, las realidades sociales necesariamente cambian con el pasar del tiempo y el Derecho debe ajustarse a ellas. Hoy nos enfrentamos ante un hecho de gran complejidad como lo es la maternidad subrogada, y por ello se debe empezar a dejar esos paradigmas en los que se basa la sociedad asumiendo el rol de padres aquellos que aportan su genética y la mujer que gesta. La gestación ha dejado de ser un hecho determinante para dar paso a otros actos como lo es la voluntad, para llegar a la determinación de que aquella mujer que por voluntad propia decidió convertirse en madre es la que debe ostentar este carácter y no necesariamente aquella que aportó los gametos o el vientre para su gestación.

Ante este panorama, Lombardi nos brinda unas clasificaciones sobre los nuevos y tradicionales tipos de paternidad, los datos que los caracterizan y que revelan el quebrantamiento de las facetas que anteriormente ostentaba una sola persona o pareja, salvo mínimas excepciones, por motivos diversos a la intervención de la ciencia.¹⁴⁶ Así, se pueden observar hoy separadamente según el autor:

¹⁴⁶ Lombardi Vaillauri, L.; Bioetica, potere, diritto, lus, 1984, p. 50. Citado en: Moro Almaraz, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Óp. Cit., nota 113, pág. 210.



Así las cosas, se puede afirmar que en el complejo tema de la maternidad subrogada la mujer puede encontrarse en uno o más tipos maternidad de los anteriormente descritos, pudiendo presentarse que la mujer se encuentre en posibilidad de aportar sus propios gametos y únicamente requerir el útero de otra, o bien que por cuestiones biológicas, médicas o de cualquier otra índole requiera de ambos, pero socialmente, aquella que cuidará, protegerá, educará y llevará a cabo el rol de madre en toda su complejidad será aquella que aporta su voluntad.

2. Causas que dan origen a la maternidad subrogada

Las situaciones que pueden orillar a una pareja o a una persona sola pueden ser muy variadas y de muy distinta naturaleza, sin embargo no cabe duda que en principio surge a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida que comienzan a surgir gracias a la tecnología, y que por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las parejas o personas solteras que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias de tipo social, ético, psicológico, religioso y, el que aquí interesa, jurídico, que se han presentado en diferentes casos tanto en el ámbito internacional como nacional.

De esta forma tenemos que en la práctica las principales causas pueden ser las siguientes:

- a) Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- b) Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- c) Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que dé a luz un bebé;
- d) Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
- e) Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o
- f) Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.¹⁴⁷

De lo anterior resulta evidente que las principales causas para recurrir a este tipo de técnicas de reproducción son en su mayoría la esterilidad y la infertilidad, mismas que muchas veces se confunden y se considera que se trata del mismo padecimiento, empero se trata de situaciones distintas. Por ello, resulta necesario puntualizar sus diferencias.

El Diccionario de la Real Academia Española sostiene que esterilidad se refiere a la incapacidad del macho para fecundar, o bien, a la incapacidad de la hembra para concebir.¹⁴⁸ Así, de forma general se puede decir que se trata de una incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja, constituyendo un problema psicológico, moral y social para quienes la padecen.

¹⁴⁷ Delgado Calva, Ana Soledad, citada en Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 41

¹⁴⁸ Diccionario de la Real Academia Española, *esterilidad*, <http://lema.rae.es/drae/>

Sin embargo dicho padecimiento va mucho más allá. Se entiende por esterilidad la incapacidad – ya sea del hombre o la mujer – para lograr una concepción después de un cierto tiempo sin protección anticonceptiva, generalmente doce meses. La infertilidad por su parte, se entiende como la incapacidad para obtener descendencia una vez que ya hubo fecundación, es decir, existe capacidad para concebir pero no para tener hijos viables, y se relaciona directamente con los abortos naturales o espontáneos. La esterilidad a su vez puede ser absoluta o relativa; la primera, también llamada permanente, es aquella en la que no existe posibilidad de tratamiento ni de regresión o curación espontánea y que impide totalmente la fecundidad, mientras que la segunda es aquella que puede desaparecer espontáneamente o cuando no determina una imposibilidad completa para fecundar¹⁴⁹.

Las causas del incremento en la prevalencia de la infertilidad son difíciles de establecer. Este aumento podría deberse por lo menos a cuatro factores: postergación del momento en que se decide tener hijos, alteraciones en la calidad del semen debido a hábitos como el tabaquismo y el alcohol, cambios en la conducta sexual y eliminación de la mayoría de los tabúes.¹⁵⁰

Durante las últimas dos décadas se han registrado tres cambios importantes en el enfoque de la infertilidad. En primer lugar, la introducción de las tecnologías de reproducción asistida ha brindado una oportunidad de estudiar los procesos reproductivos básicos. En segundo lugar, han ocurrido cambios en la sociedad tales como un aumento en la proporción de mujeres mayores de 35 años que buscan el embarazo; este hecho obedece a que la gente se casa a edades más

¹⁴⁹ Botella Llusiá, José y Clavero Nuñez, José A., *Tratado de Ginecología*, 14ª ed., Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1993, p. 987.

¹⁵⁰ Brugo-Olmedo, Santiago, *et. al.*, *Definición y causas de la infertilidad*, Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, Colombia, vol. 54, N° 4, 2003, p. 227, http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF

tardías y posterga el embarazo. En tercer lugar, el desarrollo de la biología molecular y de la genética se ha hecho muy importante para el estudio, diagnóstico y evaluación de las parejas, muchas de ellas consideradas hasta ahora como parejas infértiles sin explicación.¹⁵¹

Aunado a ello, cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) señalan que en México existen un millón y medio de parejas que sufren estos padecimientos, lo que podría ir en aumento en los próximos años, y de ahí la importancia de regular este problema de salud pública. Una de las causas principales es que las mujeres mexicanas están retrasando su maternidad considerablemente; cita como ejemplo que el segundo segmento de mujeres que más registra nacimientos es el de 30 a 39 años de edad y, según sus estimaciones, en menos de 10 años será el primero. De acuerdo a sus estadísticas, hace 20 años se diagnosticaba apenas un caso de cada 10 a 15 parejas, mientras que en la actualidad una de cada seis parejas es diagnosticada con problemas de concepción.

Asimismo, cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ubican a más de 80 millones de personas que son o han sido infértiles en un periodo de su vida, aunque tal vez mediante diversos tratamientos médicos se haya podido corregir (el Instituto Valenciano de Infertilidad en México señala que más de 90 por ciento de los problemas relacionados con la infertilidad tiene solución mediante un tipo de tratamiento de reproducción asistida). Si bien la creencia popular se refiere a que la infertilidad es principalmente un problema de las mujeres, los hombres a menudo contribuyen y también se ven afectados por ella. De acuerdo con cifras de la OMS, los orígenes de infertilidad son de un 51.2 por ciento en el hombre y hasta un 40 por ciento en la mujer.

¹⁵¹ *Ídem.*

El Grupo de Estudio de la OMS sobre Diagnóstico y Tratamiento de la Infertilidad opina que en muchas culturas la infertilidad se considera como una condición vergonzosa, algo de lo que no se habla libremente. Por lo tanto, no es sorprendente que muchos hombres y mujeres no tengan conocimientos o todavía tengan conceptos erróneos acerca de las verdaderas causas de la infertilidad. Esa misma instancia ha señalado como causas de infertilidad diversos factores asociados con problemas anatómicos, endocrinológicos, genéticos o inmunológicos; además de la mayoría de edad, enfermedades infecciosas y parasitarias, malnutrición, sustancias potencialmente nocivas o infecciones del aparato reproductor, y aun cuando los avances de la biología en la reproducción humana han dado pasos agigantados para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad haciendo posible que miles de personas tengan acceso a la paternidad y maternidad que, para algunos, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida, resulta indiscutible que aún queda mucho por hacer en el ámbito biológico y más aún en el jurídico.¹⁵²

Ahora bien, de las causas que se dan con mayor frecuencia son precisamente las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad, y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. En este sentido, evidentemente las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a estos padecimientos de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico.

La más rechazada es aquella que buscan parejas homosexuales, basándose primordialmente en el argumento de no ser una pareja convencional que además puede traer aparejadas consecuencias emocionales para el menor. Lo cierto es que estas apreciaciones guardan un sustento meramente sociológico al no ser bien

¹⁵² Dictamen de las Comisiones Unidas De Salud y Asistencia Social y De Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, pp. 2-3.

vistas todavía dicho tipo de relaciones, y que de manera evidente se contraponen a las recientes modificaciones y avances legislativos en materia de derechos de las personas con distintas preferencias sexuales, en específico en relación al matrimonio y la adopción.

En efecto, el 29 de diciembre de 2009 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las reformas efectuadas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, aprobadas por la mayoría de los integrantes de la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con el objeto de reconocer a dos personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, conformar la relación de concubinato e incluso adoptar hijos, a la vista del artículo 1º Constitucional que según la iniciativa de ley veta cualquier posibilidad de discriminación y establece la igualdad ante la ley de todos los mexicanos, sin que sea admisible la discriminación de clase alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, preferencia o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, haciendo alusión al mismo tiempo a diversos acuerdos internacionales de los cuales México es parte y que de forma evidente no se veían reflejados en su entonces existente modelo de matrimonio¹⁵³.

El principal argumento en contra de este tipo de prácticas homosexuales se sustenta en que no obstante la no discriminación establecida en diversos tratados internacionales y leyes nacionales, ello no implica que deban comprenderse tácita o expresamente tendencias semejantes a las existentes tradicionalmente entre un hombre y una mujer – considerada como “pareja natural” – que tiene por objetivo esencial la conformación de una familia nuclear a través de la reproducción de la especie, aunado al argumento de que el menor podría resultar igualmente discriminado por el hecho de pertenecer a una familia diferente a la nuclear o

¹⁵³ Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver*, Revista de Derecho Privado, edición especial 2012, pp. 312, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr12.pdf>

tradicional, generando confusión y perjuicio en el desarrollo de su personalidad con consecuencias a corto, mediano o largo plazo.¹⁵⁴ Dichos argumentos no podrían estar más equivocados. Han quedado superados toda vez que en la actualidad la realidad social y cultural de algunos países, entre ellos México, nos indica claramente que dentro de los derechos humanos de las minorías están contemplados aquellos que regulan las relaciones entre personas del mismo sexo. Para ejemplo están las ya logradas reformas en relación al matrimonio y la adopción.

Bajo este contexto y atendiendo al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, no puede ni debe plantearse ningún tipo de impedimento para que parejas del mismo sexo que tengan el natural deseo de convertirse en padres y conformar una familia lo puedan hacer amparados bajo una entera libertad, aun cuando socialmente se considere como una familia no convencional o fuera de lo naturalmente establecido, ni menos aún impedir el acceso a técnicas de reproducción tales como la fertilización in vitro o la inseminación artificial, en el caso de mujeres homosexuales, o bien la gestación subrogada, para hombres homosexuales, toda vez que de impedirlo evidentemente se estaría en presencia de un grave caso de discriminación en razón de las preferencias sexuales, sin mencionar la intolerancia manifiesta de la sociedad hacia un hecho tan natural como las relaciones heterosexuales, y que se presentan desde incluso tiempos remotos. La homosexualidad no es una situación moderna, y por lo tanto se vuelve necesario reivindicar sus derechos atendiendo a los principios de igualdad y equidad y, sobre todo, al de no discriminación. De ahí que se vuelva tan importante sobre todo en materia de derechos reproductivos.

Ahora bien, las otras causas por las que se puede presentar la maternidad subrogada son menos recurridas, sin embargo existen casos que aunque sean

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 313.

pocos no por ello son menos importantes, sobre todo recordando que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor que no tiene por qué sufrir las consecuencias de las decisiones de sus padres, y por ende su interés debe prevalecer siempre frente a cualquier otro.

Las que aluden a la reproducción *post mortem* o utilizando una mujer que no sea cien por ciento capaz de autorizarlo, por ejemplo en el caso de mujeres en coma o con algún padecimiento crónico que impida su capacidad, son en general poco aceptadas. Al hablar de una inseminación *post mortem*, se hace referencia a la procreación asistida que realiza la viuda a través de fecundación artificial con espermatozoides congelados del marido, recogidos antes de su muerte o por transferencia de embrión fecundado con semen del muerto.¹⁵⁵

Así las cosas, los casos anteriores son poco aceptados toda vez que se afirma que de antemano el niño sería huérfano desde antes incluso de ser concebido, puesto que quien aportó el material genético para su fecundación ya ha fallecido; y en lo tocante a las personas incapaces, se alegan cuestiones éticas relativas a la dignidad de la persona al ser sometida a tal situación sin estar plenamente consciente de ello, o bien tratando de evitar su abuso o explotación.

No obstante lo anterior, se sostiene también que no se puede prohibir si existe un consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos.¹⁵⁶ Establecer una posición tajante y determinante frente a cualquiera de estas situaciones se puede tornar verdaderamente complicado, sin embargo podemos decir que una vez más nos encontramos frente a un elemento de gran relevancia en este tema, la voluntad. Sin bien es cierto que puede resultar poco ético o inmoral la utilización de estas

¹⁵⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Óp. Cit.*, nota 82, p. 213.

¹⁵⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas De Salud y Asistencia Social y De Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, *Óp. Cit.*, nota 152, p. 4.

prácticas en mujeres que no pueden otorgar su consentimiento, también lo es que mientras exista un consentimiento expreso difícilmente se podrá coartar esa libertad.

Así pues, sin importar la causa que de origen a la gestación subrogada, queda claro que equilibrar los deseos y libertades de una persona con aquello considerado ético o moralmente aceptable para la sociedad resulta una labor muy complicada, sin embargo existe. Ya no es ficción ni es literatura. La realidad y las necesidades sociales irán marcando la pauta para dar una solución, tal como ha sucedido hasta ahora, e inevitablemente el derecho deberá adaptarse y modificarse conforme la sociedad vaya avanzando, sin embargo también es necesario un cambio en las concepciones sociales y dejar de ver como tabúes cuestiones como la homosexualidad o incluso la infertilidad. Hasta entonces, se dará el verdadero cambio.

3. El acceso a la maternidad subrogada

3.1. Los solicitantes

Una de las primeras interrogantes que habitualmente se presentan en la discusión sobre la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, y con independencia de que después se regule o no, es qué personas y bajo qué condiciones se puede tener acceso a las mismas. Este tema cobra especial relevancia puesto que no se discuten simplemente cuestiones jurídicas, y ni siquiera sólo sobre derechos fundamentales; sino también, como se señaló en el punto anterior, sobre las nuevas concepciones sobre la familia y protección de los menores.

Las preguntas que en este sentido se plantean son muchas. ¿Hay que permitir el acceso a estas técnicas sólo a los matrimonios o también a personas solteras? ¿Sólo a las parejas heterosexuales o también a las homosexuales? En cuanto a la

mujer gestante, ¿puede someterse cualquier mujer con independencia de su estado civil, situación familiar o relación con algún varón? ¿Se permitirán sólo en casos de esterilidad comprobada, o en otro tipo de supuestos? ¿Habrá que negar el acceso a personas que ya tengan hijos pero que se hayan vuelto estériles (accidental o voluntariamente)? ¿Habrá que establecer alguna limitación para el caso de aquellas personas que se considere no podrán atender adecuadamente a los hijos? De ser así, ¿en qué casos, sin caer en una situación de discriminación? ¿Habrá de establecerse límites de edad, mínimos o máximos?

Evidentemente todas estas interrogantes pueden plantear múltiples escenarios y no se puede dar una respuesta sencilla a todas ellas.

Primeramente, en el punto anterior se sostuvo que en relación a la homosexualidad no debe existir ninguna limitación. Han sido tales los avances en lo que respecta al matrimonio que impedir su acceso a las diversas técnicas de reproducción asistida se constituiría como una manifiesta forma de discriminación. Si se toma en cuenta que la actual definición de matrimonio hace referencia únicamente a "*la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida...*", y que el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sostiene que "*queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas*", queda de manifiesto por tanto que "*toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*", en aras de lo establecido por el artículo 4º del mismo ordenamiento legal.

Esto significa que sin importar las preferencias sexuales, cualquier persona que desee convertirse en padre o madre puede hacerlo sin ningún tipo de restricción más que aquellas que contemple la ley, y por lo tanto, el acceso a la técnica de reproducción de gestación subrogada puede tenerla cualquier persona sin razón de discriminación, en especial por cuestiones de homosexualidad o matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, ¿es en realidad necesario exigir la existencia de un matrimonio para poder solicitar este procedimiento? En muchas ocasiones la respuesta ha sido sí y no es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres – hombre y mujer unidos en matrimonio – que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con el niño una familia. De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato.

El Informe del Consejo de Europa de 1981 señala que la principal motivación de una mujer soltera para recurrir a estas prácticas se encuentra generalmente en el deseo de satisfacer el instinto maternal de ésta sin someterse a relaciones ocasionales con un hombre que no conoce o no le gusta, y de esta manera sentir protegido su cuerpo de las relaciones sexuales. Una decisión tomada por ella sola, sin que conozca a su pareja, no le impide reivindicar el hijo¹⁵⁷. En el caso de los hombres solteros evidentemente se basa en un claro deseo natural de formar una familia, pero que sin embargo se encuentra biológicamente impedido para ello, y lo mismo acontece con las parejas homosexuales, quienes tienen un impedimento biológico para reproducirse.

¹⁵⁷ Arámbula Reyes, Alma, *Óp. Cit.*, nota 11, p. 52.

Cuando se discute sobre el tema, suelen esgrimirse los siguientes argumentos a favor:

1. El derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto frente a los derechos reproductivos.
2. La asimilación con la adopción donde una persona soltera puede adoptar.
3. Se hace especial consideración de la maternidad.¹⁵⁸

De lo anterior se puede decir que ciertamente, el papel del Estado frente a los derechos reproductivos de cualquier persona se limita únicamente a garantizarlos, no así a limitarlos o restringirlos. Por tanto, el derecho a conformar una familia no debe limitarse a estar unido en matrimonio o no, simplemente se garantiza que todo aquel que desee satisfacer ese deseo lo pueda hacer, siempre y cuando se encuentre al margen de lo legalmente permitido.

Lo anterior cobra especial relevancia si se analiza en relación con lo establecido para el caso de adopción. El artículo 391, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal establece que:

"Artículo 391. Podrán adoptar: (...)

III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años; (...)"

De lo anterior se concluye por tanto, que si expresamente existe una disposición que permite la adopción hecha por personas solteras sin mayores requisitos que para un matrimonio, no deben existir mayores requisitos cuando se trata de una técnica de reproducción asistida que de fondo tiene la misma finalidad que la adopción: satisfacer un deseo de paternidad o maternidad que, por distintas causas, biológicamente no se puede satisfacer. De ahí que resulte irrelevante la

¹⁵⁸ *Ídem.*

existencia o no de un matrimonio previo para poder recurrir a la gestación subrogada.

En cuanto al argumento en contra de que el niño necesitará la presencia de ambos padres para que lo cuiden, lo críen y conformen con él una familia, hoy día pierde toda validez puesto que ya no existe un concepto universal de familia. Los paradigmas impuestos por la sociedad en cuanto a ella se han quebrantado y hoy vemos que existen familias más funcionales compuestas sólo por padre e hijo o madre e hijo, que aquellas vistas como familia tradicional.

La familia como forma de organización reducida comprende determinadas pautas de comportamiento, conjunto de creencias y tradiciones, e incluso de necesidades económicas. Sin embargo, esas ideas tradicionalistas y conservadoras frente a la familia hoy han dejado de ser del todo aplicables, y debe abrirse paso a las nuevas formas de familia que de hecho ya existen. Homosexual o heterosexual, matrimonio o celibato, son hechos que no deben ser impedimentos para poder recurrir a la gestación subrogada, sobre todo dentro del marco constitucional de la no discriminación que debe siempre respetarse.

3.2. La mujer gestante

Ahora bien, en lo tocante a la que fungirá como mujer gestante resulta preocupante que muchas veces la causa principal de que se presten a esta práctica es por un motivo económico. Si bien es cierto que la gestación subrogada debería tener un carácter meramente altruista, donde una mujer desee ayudar a una pareja a resolver sus problemas para concebir, sea cual sea su naturaleza, sin esperar ningún tipo de retribución, también lo es que en la práctica esto no sucede así. Ya en el capítulo correspondiente se analizaron varios casos en donde se han llegado a pagar fuertes cantidades de dinero para recurrir a este tipo de prácticas,

dejando entrever que la principal motivación resulta ser una cuestión netamente monetaria.

Es por ello que resulta de suma importancia dejar en claro también quiénes podrán hacerlo y qué requisitos mínimos deberán de cubrir estas mujeres para poder evitar futuros problemas jurídicos y familiares. Se mencionaba, por ejemplo, en el capítulo de antecedentes, que en diversas legislaciones norteamericanas se contemplan requisitos muy específicos en relación a la salud física y mental – que además deberá monitorearse periódicamente durante la preñez –, estado civil, embarazos previos, entre otros para poder considerarse como candidata a mujer gestante.

Así pues, cuando se habla de la mujer que tomará el papel de la gestante y en lo tocante a su estado civil, en principio no debería existir ninguna limitante. Esto es, si la mujer es soltera, casada, vive en concubinato o cualquiera que sea su estado civil, no debe negársele el derecho de fungir como subrogada, siempre y cuando la pareja con la que esté en comunidad de vida tenga conocimiento de esta situación y acepte asimismo que no tendrá en ningún momento ningún derecho sobre el recién nacido, por la sencilla razón de que no existe ningún tipo de vínculo ni genético ni biológico ni jurídico. Por tanto, en ningún momento podrá considerársele como padre del niño. De presentarse esta situación será de suma importancia constarlo por escrito para evitar cualquier complicación jurídica en lo futuro, de ahí que el consentimiento sea lo más importante.

Asimismo, mucho se debate si debe permitirse que la mujer haya tenido hijos previos. Si se analiza desde la perspectiva anterior, donde la mujer está casada o vive en concubinato y además existen hijos propios de esa pareja, entonces estamos en presencia de una familia que inevitablemente se verá afectada por la

decisión de prestarse a una subrogación. Es por ello que debe establecerse si será permisible o no esta situación.

Dar una respuesta tajante a ello sería prácticamente imposible pues cada individuo piensa y actúa diferente y cada historia es diferente, aunado a que las consecuencias para cada uno de estos supuestos pueden tener sus respectivas particularidades. Si se trata de una mujer que nunca en su vida ha tenido la dicha de ser madre, puede suceder que durante el tiempo de embarazo nazca en ella un sentimiento materno en demasía intenso que no logre ser capaz de controlar, y en consecuencia negarse a entregar al recién nacido. Por otra parte, alguien que ya ha vivido ese sentimiento en carne propia tal vez podría lidiar un poco mejor con él – aunque ciertamente tampoco puede ser garantía – sin embargo, afectaría directamente al resto de su familia pudiendo tornarse en un escenario complicado.

Así las cosas, lo más conveniente en este supuesto será siempre atender a cada caso y sus particularidades específicas, toda vez que habrá casos en que será más apropiada una mujer que jamás ha sido madre, pero también habrá otros en que podrá aceptarse. Todo dependerá de la situación emocional y psicológica propia de cada una, y por ello será importante también llevar a cabo una serie de exámenes médicos y psicológicos, tal como se exigen en algunas legislaciones norteamericanas. De esta forma se puede tener una mayor seguridad en cuanto a la capacidad emocional de la mujer y de los futuros padres para entender las consecuencias psíquicas que conllevan la subrogación de la maternidad, así como la afectación de sentimientos y emociones que puede traer consigo.

Asimismo, también es importante establecer un rango mínimo o máximo de edad para que una mujer pueda fungir como mujer gestante, el cual deberá estar en función de las especificaciones médicas que para cada caso el especialista determine. Esto cobra relevancia pues de rebasar estos límites se podría dañar la

salud física de la subrogada o incluso la del embrión, y se deberá tener especial cuidado para evitar cualquier tipo de complicaciones médicas.

Así las cosas, claramente se puede apreciar en lo analizado en este punto que no resulta tarea fácil determinar las condiciones y circunstancias en las que se podrá tener acceso a una práctica con tantas complicaciones como lo es la subrogación de la maternidad, sobre todo si se toma en cuenta que cada caso es diferente e involucrará a distintos tipos de personas. Sin embargo, es de suma importancia hacerlo pues de lo contrario se puede caer en casos de terrible discriminación prohibida por nuestra Carta Magna y los diversos tratados internacionales de los que México forma parte, siempre tomando en cuenta el respeto a las garantías y derechos fundamentales de cada persona, y más aún las del futuro niño que se verá afectado por cualquier decisión de sus padres.

4. El contrato de gestación subrogada

Mucho se ha debatido sobre la existencia y licitud de los contratos de maternidad o gestación subrogada. Tal como ya se explicó, en la mayoría de los casos que se han suscitado, especialmente dentro de la nación norteamericana, este contrato se hace a través de una agencia especializada que pone en contacto a la pareja contratante con una serie de mujeres dispuestas a prestarse para tal fin, y de esta manera poder contar con la información suficiente para poder elegir a la que más se apegue a lo que desean y así llegar a una “contratación”. Sin embargo, mucho se discute sobre la legal existencia de este contrato, si recibe o no este nombre, si el objeto es lícito o no, si se trata de un arrendamiento o prestación de servicios o incluso donación, y por ello resulta importante abordar estos cuestionamientos.

Primeramente resulta menester analizar lo que se entiende por contrato y convenio, para poder puntualizar sus diferencias y determinar frente a cuál de los dos nos encontramos en este supuesto.

La palabra contrato proviene del latín *contractus*, del verbo *contrahere*, que significa *con* y *trahere*, traer, es decir contraer. Así pues, el contrato es un pacto moral o escrito, celebrado por dos o más partes que se obligan sobre una materia y una cosa determinada. Esto es, crea obligaciones entre quienes lo celebran atendiendo a sus elementos, a sus efectos, a su naturaleza jurídica, así como a los elementos accidentales que se le puedan anexar.¹⁵⁹ Por su parte, la palabra convenio proviene de los vocablos *cum* y *vinere*, que significa venir, concurrir, unirse, llegar a un acuerdo.¹⁶⁰

Galindo Garfias define al contrato como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios, los cuales se distinguen por ser un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales. Así pues, el convenio tendrá dos funciones, una positiva para crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa para modificarlos o extinguirlos.¹⁶¹

Esto marca la primera diferencia entre dichos actos jurídicos. Mientras el contrato tiene la función positiva de crear o transmitir derechos y obligaciones, al convenio le corresponde la negativa para modificarlos y extinguirlos, aunque stricto sensu comprende ambas funciones. En otras palabras, mientras el contrato crea una situación jurídica nueva – genera derechos y obligaciones – entre las partes, el convenio extingue o modifica obligaciones ya existentes con anterioridad.¹⁶²

¹⁵⁹ Magallón Ibarra, Mario, *Óp. Cit.*, nota 74, pp. 89-90.

¹⁶⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 69.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶² *Ibidem*, p.71.

En el derecho moderno, el convenio tiene en realidad un significado muy amplio. Se contempla como todo acuerdo de voluntades – es decir, cualquier pacto – independientemente de que este acuerdo tenga un contenido patrimonial o pueda ser valuable en dinero, y aunque el contrato es una especie dentro de los convenios, se pueden percibir diferencias entre ellos.

Las diferencias se pueden establecer atendiendo a cuatro criterios¹⁶³:

a) Función

El convenio o acuerdo es un mecanismo destinado a concretar los intereses de las personas que participan en él

b) Contenido

Un acuerdo puede referirse a intereses (derechos y obligaciones) de diversa naturaleza. El contrato tiene siempre un contenido económico.

c) Eficacia

Los acuerdos pueden producir efectos no solo entre las partes sino también entre terceros. El contrato sólo podrá producir efectos entre las partes.

d) Estructura

En el convenio las voluntades son paralelas y subsisten con sus características particulares. En los contratos las voluntades se complementan y se armonizan.

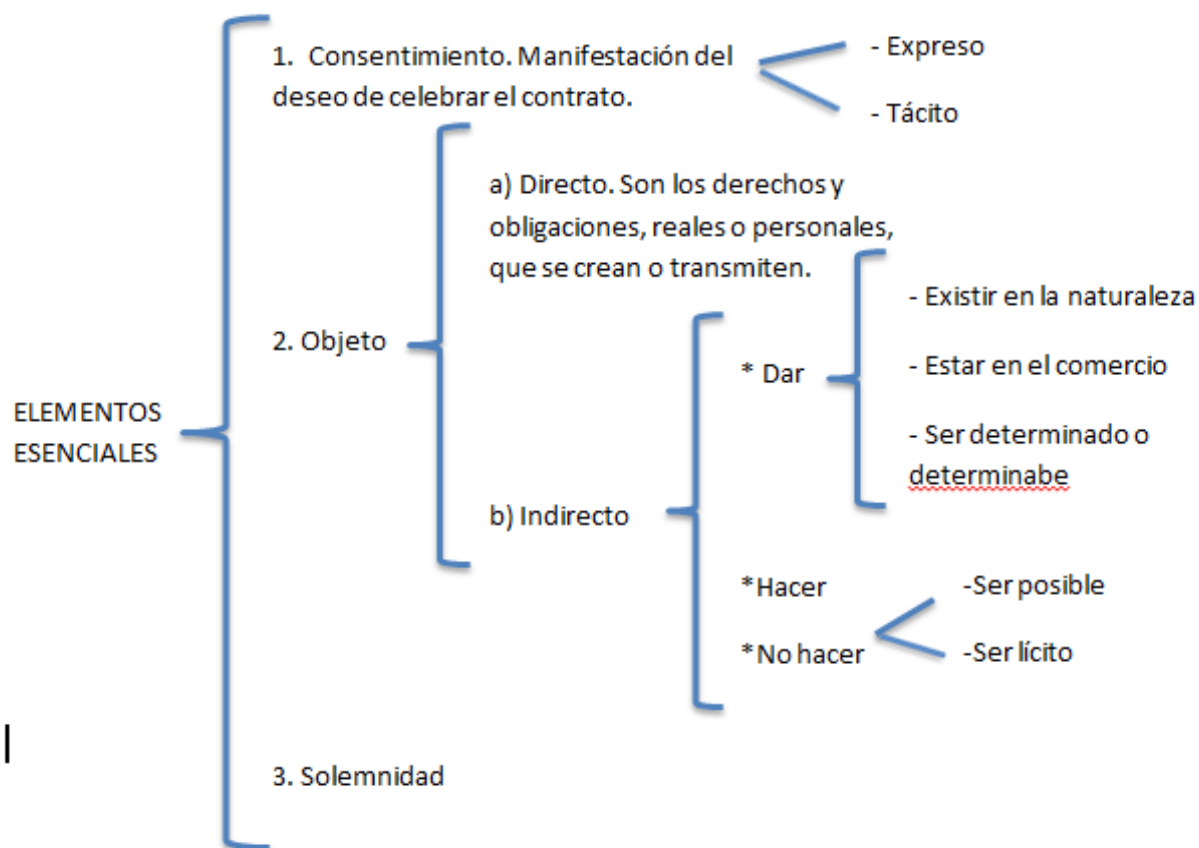
Así pues, se puede observar que existen claras diferencias entre los convenios o acuerdos de voluntades y los contratos que son un poco más rígidos y solemnes en cuanto a su forma, y que por tanto producirán distintos efectos jurídicos entre las partes.

Ahora bien, para que un contrato o un convenio pueda surgir en el mundo jurídico es de importancia que cuente con ciertos elementos esenciales y de validez que

¹⁶³ *Ibidem*, pp.69-70.

serán determinantes para su existencia y obligatoriedad tanto entre las partes como frente a terceros, lo que será de especial relevancia para el caso de la gestación subrogada en todo momento.

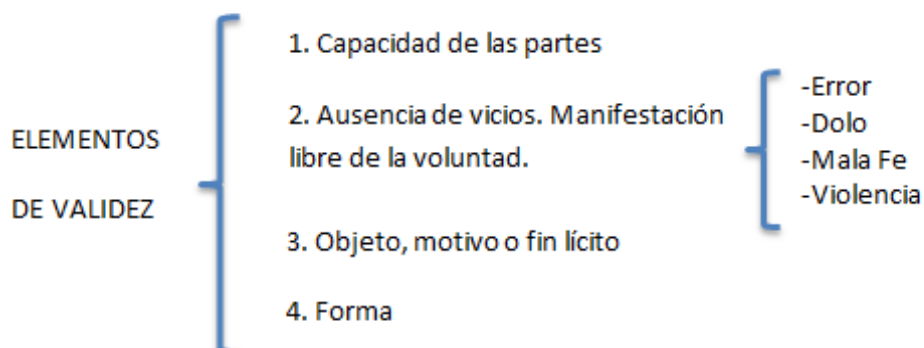
De manera somera, se pueden resumir dichos elementos de la siguiente forma¹⁶⁴:



Por lo que hace a los elementos de validez, se pueden resumir en el siguiente cuadro¹⁶⁵:

¹⁶⁴ Díaz González, Luis Raúl, *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles*, 3ª ed., México, Gasca SICCO, 2004, pp. 3-6

¹⁶⁵ Lozano Ramírez, Raúl, *Óp. Cit.*, nota 98, pp. 20-46.



Así pues, ya que ha quedado establecido que un convenio es aquel acuerdo de voluntades que modifica y extingue derechos y obligaciones reales o personales ya existentes, y que el contrato las crea y las transmite, se puede sostener que en el caso de la gestación subrogada efectivamente nos encontraríamos ante la presencia de un contrato, toda vez que no se trata de un niño que ya exista – como lo podría ser por ejemplo en el caso de la adopción –. Por el contrario, se trata de un nuevo ser que se traerá a la vida con ayuda de alguna técnica de reproducción asistida, y que se gestará en el vientre de una tercera persona para ser entregado al final de la misma.

Con base en lo anterior se sostiene que el contrato de gestación o maternidad subrogada se concibe como el acto jurídico por el cual una pareja (o una persona sola) contrata con una mujer para que a esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que *a posteriori* lo entregue a la pareja solicitante.¹⁶⁶

Sin embargo, si se trata de un contrato, ¿dentro de qué clasificación se le podría ubicar? Ya en el capítulo anterior se analizó por qué no se puede considerar un contrato de arrendamiento ni de donación. Se ha llegado a sostener también que se trata de un contrato de compraventa, afirmación que no podría estar más equivocada toda vez que éste se trata de un contrato traslativo de dominio y de

¹⁶⁶ Chávez Ascencio Manuel F., *Óp. Cit.*, nota 92, p. 77.

manera evidente, el niño no es propiedad ni de la mujer que lo gestó ni de la pareja solicitante. Por tanto no puede ser objeto de este contrato.

También se llega a ubicar dentro del de prestación de servicios, mismo que tampoco podría ser toda vez que este se celebra entre un profesionalista o profesor y un cliente, donde el primero se obliga a realizar un trabajo que requiere preparación técnica, artística y en ocasiones título profesional a cambio de una remuneración denominada honorarios.¹⁶⁷ En la gestación subrogada evidentemente no nos encontramos frente a una profesionalista en gestación, ni la mujer gestante cuenta con conocimientos técnicos o profesionales en esta materia, sino que se trata de una relación natural y biológica.

Chávez Ascencio propone evitar la referencia a los contratos conocidos y considerarlo como contrato sin calificarlo, es decir, como contrato innominado. De carácter bilateral; oneroso cuando existan prestaciones recíprocas, o gratuito cuando la mujer sustituta sólo recibe el dinero necesario como compensación por los gastos propios de la maternidad; formal, puesto que requiere forma escrita; complejo porque interviene varias personas; de ejecución sucesiva porque las prestaciones van ejecutándose durante la gestación, y llega a un término con la entrega del niño.¹⁶⁸

La anterior pareciera ser una solución bastante plausible que evitaría entrar en mayores conflictos doctrinales que inevitablemente trascenderían a lo jurisdiccional, sin embargo habrá que recordar que los contratos innominados se definen como aquellos que el Código Civil no reglamenta de un modo determinado en sus disposiciones legales, pero que aun así se siguen rigiendo por las mismas reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisos, se regirán por las disposiciones del contrato con el que tenga

¹⁶⁷ Lozano Ramírez, Raúl, *Óp. Cit.*, nota 98, p. 211

¹⁶⁸ Chávez Ascencio Manuel F., *Óp. Cit.*, nota 92, p. 78.

mayor analogía. Esto de acuerdo con lo establecido por el propio Código Civil en su artículo 1858.

Así, aun cuando se considerara como un contrato innominado, seguiría rigiéndose por las mismas disposiciones y por tanto deberá cumplir con los mismos elementos tanto esenciales como de validez como cualquier otro contrato. De esta manera, y llevados los elementos del contrato al de gestación subrogada se tiene que en efecto puede cumplir con el consentimiento, la capacidad, la ausencia de vicios e incluso la forma sin mayor problema, encuadrando perfectamente en sus características. Sin embargo, cuando se llega al objeto del contrato se ponen de manifiesto diversas controversias y puntos en contra.

Éste consiste básicamente en que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o se le implante un embrión, resultado de la previa unión del óvulo y del espermatozoide de la pareja solicitante, para su gestación; también podría ser considerado como objeto, el útero de esa mujer. Teniendo como base este objeto, y toda vez que derivado de su propia naturaleza se debe contemplar que la madre sustituta una vez nacido el producto renunciará a todos sus derechos filiales, claramente se contrapone al artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, que prevé que todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación. Hasta aquí se podría sostener que dicho objeto sería ilícito, ya que de igual manera contraviene lo dispuesto por el artículo 327 de la Ley General de Salud, el cual refiere nulo el pacto que implique cantidad de dinero cuando se trate de órganos, tejidos y células, aunado a que ni éstos ni el niño pueden estar en el comercio.

Carmen García Mendieta sostiene que como la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio, no puede ser objeto de un contrato. Las partes que quisieran exigir el cumplimiento de lo pactado, carecerían de la acción

correspondiente por tratarse de un contrato inexistente por falta de objeto. Miguel Ángel Soto La Madrid difiere de esto afirmando que confunde la inexistencia del objeto con su ilicitud y aplica disposiciones relativas a las cosas en lugar de las referentes a los actos. Dicho autor, partiendo del supuesto que en el caso de "arrendamiento de útero" el objeto del contrato no es una cosa sino la prestación de un servicio que, a pesar de ser posible como lo demuestra la realidad, es ilícito, concluye que adolece de una nulidad absoluta conforme los artículos 1827 y 1830 del Código Civil para el Distrito Federal. A esta misma conclusión arriban otros autores pero consideran que la ilicitud radica en el fin o motivo determinante del acto, que consiste en la renuncia a la maternidad obstétrica por parte de la portadora al obligarse a entregar el producto del parto a los comitentes.¹⁶⁹

De todo lo anterior se desprende que ciertamente existe una falta de adecuación de lo plasmado en estos contratos de gestación subrogada con lo que establece y exige la ley para la existencia y validez de los contratos. No obstante existen en la práctica jurídica y por tanto es importante dotarlos de una denominación.

Así pues, se propone que la forma más adecuada para su práctica no es como un contrato de gestación sino simplemente como un acuerdo, que conforme a su muy especial naturaleza tanto en el ámbito civil como en el familiar, deberá regirse con sus propias especificaciones que podrán hacerse exigibles por la autoridad competente y frente a terceros y que surtirá todos los efectos que como acto jurídico traiga consigo, tal como lo establece el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal.

De esta manera, se evita caer en el conflicto y laguna jurídica que puede representar su denominación tajante como contrato en el cual no puede caber de

¹⁶⁹ Rodríguez Martínez, Carlos, Conferencia Magistral, Arrendamiento de úteros, Poder Judicial del Estado de Colima, 30 de enero de 2009, Colima, Colima, p. 4, <http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20utero%20%2830enero2009%29.pdf>

manera total. La gestación subrogada contempla aspectos demasiado importantes y vulnerables como lo son la familia y sus relaciones e interacciones como grupo social, pero más aún, se trata de la vida de un nuevo ser humano que merece toda la protección de la ley por el simple hecho de existir. De ahí que no sea suficiente simplemente decir que no puede ser válido un contrato de gestación subrogada, puesto que los efectos que produce siguen existiendo y deben ser regulados y resueltos conforme al interés superior del menor.

Por lo tanto, un acuerdo de gestación subrogada sería más adecuado que referirse a un contrato como tal, que si bien deberá seguir cumpliendo con requisitos esenciales como lo es el consentimiento, así como de validez como lo son la capacidad de las partes que en él participen, la ausencia de vicios en la voluntad y la forma que deberá cumplir, esto permitiría la existencia de un objeto de naturaleza especial como lo es llevar a cabo un embarazo a su fin, debiendo entregar el producto a una pareja o persona soltera que asumirá el rol de padre(s) en toda su entereza y complejidad, donde además deberá renunciarse a todos los derechos paterno filiales que pudieran atribuirse.

Así, aunque se esté en presencia de aspectos tan importantes como la filiación o el parentesco y la propia existencia de un nuevo ser humano, la sola naturaleza de este acuerdo de voluntades permitiría su existencia y sobre todo su exigibilidad frente a las partes y cualquier tercero, en caso de un futuro desacuerdo.

Finalmente, para una mayor apreciación y observación práctica de lo que en este apartado se analizó, el siguiente es un modelo que sirve de base para varios de los contratos realizados en esta materia, no sin señalar que esto no es limitativo. Cada acuerdo es único y en cada uno de ellos las partes pueden establecer todo tipo de cláusulas que sean conforme a la ley y que se ajusten a sus intereses; sin

embargo, en la nación norteamericana donde son más comunes estas prácticas, sirve como bosquejo para su realización¹⁷⁰.

CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Este acuerdo es celebrado el día ____ de _____, 20__ por y entre _____ (en adelante llamados "Madre Genética y Padre Genético" o colectivamente como "Padres Genéticos") y _____ (en adelante llamada "Portadora del Embrión").

Las partes saben que la Maternidad Subrogada es un área nueva e incierta de la ley y que este acuerdo puede ser anulado en todo o en parte como contrario al orden público.

I. PROPÓSITO E INTENTO

El sólo propósito e intento de este acuerdo es proporcionar los medios por los cuales _____, Padre Genético, fertilice In Vitro un óvulo de su esposa _____, Madre Genética, Para transferir e implantar en _____, Portadora del Embrión, quien está de acuerdo en llevar el óvulo / embrión a término y abandonar la custodia del niño nacido, conforme este acuerdo, a sus padres genéticos, _____.

II. REPRESENTACIONES.

_____ y _____ representan que ellos son un Matrimonio, cada uno mayores de 18 años, que desean entrar en este acuerdo.

_____ y _____ en demasía representan el absoluto discernimiento de que son respectivamente capaces de producir semen y un óvulo(s) de naturaleza suficiente para fertilizar in Vitro y subsecuentemente transferir en _____, Portadora del Embrión, pero no hacen representaciones acerca de la habilidad o capacidad de concebir de _____, para llevar a término o dar a luz a un niño.

¹⁷⁰ Rodríguez Martínez, Carlos, Conferencia Magistral, *Arrendamiento de úteros*, Poder Judicial del Estado de Colima, 30 de enero de 2009, Colima, Colima, <http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20uterio%20%2830enero2009%29.pdf>

_____ representa que es una mujer casada, mayor de 18 años, y que desea entrar en este acuerdo por las razones que declaró y no para que ella misma se convierta en la madre de cualquier niño concebido por _____ y _____, partes en este acuerdo. _____ en demasía representa que conoce perfectamente que es capaz de llevar un óvulo / embrión a término.

III. SELECCIÓN DE MÉDICOS Y CONSEJERO

A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente el (los) Médico(s) que examinarán a la Portadora del Embrión, orden y repaso médico y pruebas de sangre para los Padres Genéticos, Portadora del Embrión y el Marido de la Portadora. Las partes seleccionarán a un Doctor para hacer la revisión y ejecutar los procedimientos de Fecundación In Vitro (Médico Responsable).

B. El doctor del parto será el Médico Responsable o el OBGYN (Ginecobstetra) regular de la Portadora del Embrión, cualquiera que las partes conjuntamente elijan.

C. En cualquier momento que los Padres Genéticos consideren adecuado, seleccionarán en conjunto con la Portadora, a un especialista de la esterilidad para designarlo doctor Responsable.

D. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión seleccionarán conjuntamente a un psicólogo para la comprobación previa del Procedimiento de Fecundación In Vitro (FIV) y aconsejar durante el embarazo. Las partes han seleccionado a _____ (el "consejero responsable") en _____, que está afiliado con _____.

IV. EVALUACIONES FÍSICAS

A. La Portadora del Embrión tendrá un examen médico, de sangre y otras pruebas y comprobación psicológica como haya sido determinado por los Padres Genéticos y sus consejeros. _____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información que obtuvo como resultado del examen/comprobación a _____ y _____.

B. El marido de la Portadora del Embrión se someterá a pruebas de sangre y de enfermedades de transmisión sexual (ETS) como determine el Médico Responsable.

_____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenida como resultado del examen/comprobación a _____ y _____.

C. Los Padres Genéticos tendrán pruebas de sangre y ETS como determine el médico responsable. _____ expresamente renuncia al privilegio de confidencialidad y permite el descargo de cualquier informe o información obtenido como un resultado de examen/comprobación a _____ y _____.

V. CONDICIONES

Las obligaciones de todas las partes bajo este acuerdo (diferentes de la obligación de los Padres Genéticos de rembolsar a la Portadora del Embrión por gastos en que incurrió) se sujetan a las siguientes condiciones:

A. La aprobación de los Padres Genéticos y sus consejeros de los resultados de las pruebas y exámenes realizados en la Portadora del Embrión.

B. La aprobación de la Portadora del Embrión y el Médico Responsable de los resultados de las pruebas ETS realizadas a los Padres Genéticos.

VI. INSTRUCCIONES MÉDICAS

A. _____ está de acuerdo en adherirse a todas las instrucciones médicas que se le den, incluso la abstención de comunicación sexual como señale el Médico Responsable. _____ está de acuerdo en seguir un traslado y examen prenatal médico en el horario que atiende el médico.

B. La Portadora del Embrión no fumará, no beberá bebidas alcohólicas, no usará drogas ilegales, ni medicamentos no prescritos o medicamentos prescritos sin aprobación del médico responsable.

C. La Portadora del Embrión sufrirá exámenes médicos prenatales dirigidos por el médico responsable, quien la someterá a otras pruebas médicas, y tomará sólo drogas o vitaminas recomendadas o prescritas por el médico responsable.

D. La Portadora del Embrión hará todo lo apropiado para cuidar su salud y la del feto durante el embarazo.

E. La Portadora del Embrión no se comprometerá en cualquier actividad arriesgada o impropia durante el embarazo.

F. La Portadora del Embrión no viajará fuera de _____ después del segundo trimestre de embarazo, excepto en el evento de enfermedad extrema o muerte en la familia (con aprobación de los doctores).

VII. PROCEDIMIENTOS DE FIV

Es la intención de las partes hacer lo siguiente:

A. Probar el número de ciclos recomendados por el Médico Responsable, pero parará en cualquier momento que el médico recomiende detener.

B. Transferir un máximo de ____ embriones por ciclo.

VIII. TERMINACIÓN TEMPRANA DEL ACUERDO

Antes de que la Portadora del Embrión se embarace, el acuerdo podrá terminarse:

A. Por los Padres Genéticos, si la opinión del Médico Responsable es que la Portadora del Embrión no volverá a embarazarse sino dentro de ____ ciclos.

B. Por los Padres Genéticos, si el médico Responsable o el consejero determina que esa Portadora del Embrión no es una buena candidata para llevar a cabo este acuerdo.

C. Por los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión, si la Portadora del Embrión no se ha vuelto a embarazar después de ____ ciclos.

D. Por la Portadora del Embrión, si el Médico Responsable determina que los Padres Genéticos no son buenos candidatos para llevar a cabo este acuerdo.

E. A discreción de los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión.

En el evento de terminación temprana, los Padres Genéticos serán responsables por los costos en que incurrió la Portadora del Embrión a la fecha de la terminación.

IX. TERMINACIÓN DEL EMBARAZO

Las partes reconocen a esa Portadora del Embrión el Derecho Constitucional a abortar o no abortar el embarazo, sin embargo las partes pactan lo siguiente:

A. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no abortar el embarazo, excepto para preservar la vida de la Portadora del Embrión.

B. Los Padres Genéticos y la Portadora del Embrión están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.

X. NACIMIENTO.

A. Situación.

La Portadora del Embrión dará nacimiento en _____ en _____.

B. Noticia del nacimiento.

La Portadora del Embrión notificará a los Padres Genéticos tan pronto como realice su tarea, de manera que éstos puedan ir a verla al hospital. Los Padres Genéticos piensan estar en el hospital y estar presente durante el parto.

C. Responsabilidad por el niño.

Los Padres Genéticos serán Responsables por cualquier niño nacido, sea saludable o no. La Portadora del Embrión renuncia al derecho de hacer decisiones médicas con respecto al niño después del nacimiento.

D. Niño nacido con severos defectos.

Si el niño nace con defectos tan serios que esa vida requiere equipos para sostenerse y el médico recomienda que el niño no se mantenga en ese equipo o no resucite, los Padres Genéticos tomarán la decisión. Si la Portadora del Embrión discrepa entonces será responsable por el niño desde ese momento, y los Padres Genéticos no tendrán más responsabilidad.

E. Nombre.

Los Padres Genéticos nombrarán al niño.

XI. RENUNCIA/ADOPCIÓN.

La Portadora del Embrión abandonará la custodia física del niño a los Padres Genéticos en el nacimiento. La Portadora del Embrión y los Padres Genéticos cooperarán en todos los procedimientos para la adopción del niño por los Padres Genéticos.

XII. PRUEBA DE PATERNIDAD.

La Portadora del Embrión, su marido y los Padres Genéticos están de acuerdo en que el niño tendrá prueba de paternidad, si los Padres Genéticos lo requieren.

XIII. DESPUÉS DEL CONTACTO DE NACIMIENTO.

A. La Portadora del Embrión puede ver al niño mientras esté en el hospital, pero el niño estará bajo el cuidado de los Padres Genéticos desde el nacimiento en adelante.

B. Después de que los Padres Genéticos tomen al niño del hospital, la Portadora del Embrión y su Marido estarán de acuerdo en no tratar de ver o contactar al niño. Los Padres Genéticos piensan guardar para la Portadora del Embrión información para enviar una foto y una carta sobre el progreso del niño por lo menos una vez al año, si así lo desea la Portadora del Embrión. La Portadora del Embrión está de acuerdo en que será bastante razonable si el niño hace preguntas sobre su madre de nacimiento.

XIV. CONSEJEROS.

A. Sesiones de consejeros.

Es la intención de las partes que la Portadora del Embrión asistirá a por lo menos ____ sesiones del consejero por mes, con el Consejero Responsable en _____ durante el embarazo. Es también la intención de las partes que la Portadora asistirá a más sesiones del consejero si:

I. La Portadora del Embrión quiere asistir a las sesiones;

II. Los Padres Genéticos quieren que la Portadora asista a las sesiones; o

III. Se recomienda fuertemente por el Consejero Responsable que la Portadora del Embrión asista.

La Portadora del Embrión hará razonables esfuerzos por asistir a las reuniones, pero no se la castigará por no asistir a ellas por razones médicas.

B. Discordancias.

Las partes señalan que si tienen discordancias entre ellos, estando incapaces de resolver rápidamente, o hay asuntos que quieren determinar ante una tercera parte, discutirán las discordancias o asuntos en una conferencia o reunión bajo la dirección del Consejero Responsable. Las partes reconocen que el Consejero Responsable es muy experimentado en materias de arrendamiento de útero y están de acuerdo en ser guiados por sus recomendaciones.

XV. HONORARIOS, REEMBOLSO, SEGURO Y OTROS GASTOS.

A. Honorarios de la Portadora del Embrión.

1. Los Padres Genéticos están de acuerdo en pagar a la Portadora del Embrión, como compensación por sus servicios, la suma de \$_____. Se pagará la compensación en 10 cuotas iguales mensuales; se pagan las primeras después de que el embarazo se confirma.

2. En el caso de un embarazo múltiple, los Padres Genéticos están de acuerdo en pagarle una suma extraordinaria a la Portadora del Embrión de _____ por niño adicional. La paga extraordinaria que se retribuye aumentará los honorarios del original de \$_____ y desembolsos en cuotas iguales mensuales.

3. Los Padres Genéticos abrirán una cuenta y pondrán todos los honorarios en ella antes de que los procedimientos FIV empiecen. Se autorizará desembolsar fondos de la cuenta para el pago del honorario del abogado de los Padres Genéticos (sección XV, parte A, párrafo uno y dos).

4. La Portadora del Embrión recibirá los honorarios del total pactado (sección XV, parte uno, párrafo uno y dos), con tal que lleve al niño(s) por lo menos 32 semanas.

5. En el evento que se mande hacer una cesárea en el nacimiento solo o múltiple, se le pagará \$_____ adicionales a la Portadora del Embrión.

6. Los Padres Genéticos pondrán \$_____ en la cuenta mencionada considerada (v) para pagar cualquier gasto médico no cubierto por el seguro.

7. Por un ciclo completo que no da por resultado un embarazo, se pagará una suma de \$_____ a la Portadora del Embrión.

B. Terminación del Embarazo.

1. Si la Portadora del Embrión aborta (por ninguna falta de ella misma) o se aconseja por el Médico Responsable que un aborto es necesario para salvar su propia vida, entonces el pago planeado perfilado en la sección XV, parte uno, cesará y todos los pagos a la fecha pertenecerán a la Portadora del Embrión. Cualquier gasto médico no pagado o no reembolsado será de la responsabilidad de los Padres Genéticos.

2. Si la Portadora del Embrión aborta el embarazo por que no se dirigió como se lo ordenó el Médico Responsable y los Padres Genéticos, estos últimos no tendrán responsabilidad alguna por honorarios del arrendamiento o gastos por otra cosa que la Portadora del Embrión haya incurrido en esa fecha.

C. Seguro.

1. Los Padres Genéticos serán responsables por el seguro de vida para la Portadora del Embrión.

2. La póliza se traerá antes del primer ciclo de FIV y quedará en efecto hasta dos meses después del parto o término del embarazo. Costará aproximadamente \$_____ al contado. Los beneficiarios serán la Portadora del Embrión y su Marido.

D. Consejero

1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos del control psicológico para la Portadora del Embrión.

2. Los Padres Genéticos son responsables por los costos de consejería para la Portadora del Embrión en una cuota mensual de \$_____.

3. Los Padres Genéticos son responsables por hasta 5 sesiones de consejería para la Portadora del Embrión con el Consejero Responsable después del nacimiento, si es requerida.

E. Pagos médicos.

1. Los Padres Genéticos son responsables por los costos razonables de control médico para la Portadora del Embrión, el marido de la Portadora, la Madre Genética y el Padre Genético.

2. Los Padres Genéticos son responsables por todos los costos médicos relacionados con la concepción, embarazo y nacimiento no cubierto por el seguro médico.

3. La póliza médica de seguro de la Portadora del Embrión será la cobertura del seguro primario por costos médicos relacionados con el embarazo y nacimiento.

4. Si un especialista médico para embarazos de alto riesgo es recomendado por el Médico Responsable y no cubierto por el seguro, los Padres Genéticos serán responsables por todos los costos relacionados.

F. Honorarios de los abogados.

Los Padres Genéticos son responsables por los honorarios del abogado de la Portadora del Embrión, para revisar el contrato, así como con todo lo relacionado con el procedimiento de adopción.

G. Otros pagos.

1. Reembolso por gastos de cuidado del niño relacionado con la Portadora del embrión por visitas a la doctora. (\$_____/ Hr. o _____/ por día en la noche anterior del cuidado.

2. Reembolso por gastos de viaje en relación con visitas al doctor o visitas del consejero.

3. Auxiliador de la casa: los Padres Genéticos proporcionarán \$_____ por semana (pago mensual de antemano) en el caso de embarazo múltiple o embarazo de alto riesgo en el que el Médico Responsable requiere que la Portadora del embrión debe estar en reposo o reducir drásticamente su actividad.

4. Vestuario de maternidad: \$_____.

5. Nacido muerto.

Los Padres Genéticos serán responsables por cualquier entierro o gastos de la cremación.

6. Los Padres Genéticos no son responsables por cualquier cargo o costo a menos que conste por este acuerdo.

XVI. OTROS GASTOS.

A. Publicidad / Confidencialidad.

1. La Portadora del Embrión no publicará información sobre los Padres Genéticos o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que los Padres Genéticos aprueben el descubrimiento.
2. Los Padres Genéticos no descubrirán información sobre la Portadora del Embrión o sobre este arreglo a los medios de comunicación, a menos que la Portadora del Embrión apruebe el descubrimiento.

B. Muerte de Madre Genética o Padre Genético antes del nacimiento del niño(s).

1. Si el Padre Genético muere antes de que el niño nazca, se pondrá a la Madre Genética como la madre del niño, y todos los términos de este acuerdo continuarán.
2. Si la Madre Genética muere antes de que el niño nazca, se pondrá al Padre Genético como el padre, y todos los términos de este acuerdo continuarán.
3. Si ambos, Padre y Madre Genéticos mueren antes de que el niño nazca, han escogido a _____ para estar como guardián de él y tomar custodia a su nacimiento.
4. En el evento de la muerte de ambos, la Madre Genética y el Padre Genético, _____ será responsable por todos los gastos relacionados con el arrendamiento.

XVII. FIRMAS.

Sucesores & Asignatarios:

Este acuerdo asegurará al beneficio de y liga de las partes, sus herederos, representantes personales, sucesores y asignatarios. EN AUSENCIA DE TESTIGOS, las partes han ejecutado este acuerdo en la fecha que sigue a continuación.

Datado este ___ día de _____, 20__ en _____, _____

por: _____, Portadora del Embrión

por: _____, Padre Genético

por: _____, Madre Genética.

Antes de finalizar conviene realizar algunas precisiones referentes a la muestra del acuerdo anterior, sin dejar de señalar que al ser únicamente muestra no se puede analizar como si fuera un acuerdo definitivo. Cada acuerdo puede tener sus propias particularidades, y más aún cuando está basado en un sistema jurídico diferente al mexicano.

Así, es de reconocer que en ningún momento a lo largo del acuerdo se habla de una *madre subrogada*. Esto es, siempre se hace referencia a ella únicamente como portadora del embrión, y en cambio sí se habla de padres genéticos; lo cual es bastante correcto tal como ya ha quedado establecido en apartados y capítulos anteriores. Asimismo, parecen bastante razonables la serie de estudios médicos y psicológicos que se propone realizar tanto a los padres genéticos (pareja solicitante) como a la mujer portadora, pues se realizan bajo la intención de tener un mejor control médico y ambiente familiar que finalmente repercutirá en el menor.

No obstante también se observan algunas ambigüedades. Si se revisa la sección VIII, inciso E, relativa a la terminación temprana del acuerdo, se observa que se está en presencia de una cláusula bastante vaga e imprecisa al establecer que el acuerdo podrá terminar "a *discreción de los Padres Genéticos o la Portadora del Embrión*", cayendo en una tremenda inseguridad jurídica de la pareja solicitante, pues se entiende que no existe limitante alguna para deliberadamente terminar el acuerdo. Resultaría importante en este punto establecer más limitaciones que puedan proporcionar esta seguridad, y que al mismo tiempo respeten la libertad de la portadora para terminar el acuerdo cuando no sea lo mejor para ella o para el bebé. Aunado a lo anterior, se plantea que "en el evento de terminación temprana, los Padres Genéticos serán responsables por los costos en que incurrió la Portadora del Embrión a la fecha de la terminación", lo cual también causa

inseguridad para los padres y puede llegar a resultar bastante inequitativo si la que toma la decisión es la portadora.

Resulta importante también, que en la Sección IX, inciso A, relativo a la Terminación del Embarazo, únicamente se contempla la posibilidad del aborto para salvaguardar la vida de la portadora, pero sin mencionar en ningún momento qué sucederá si se pone en peligro la vida del embrión. Por tanto se está en presencia de una gran laguna jurídica.

La Sección IX relativa a la Adopción, resulta una sección interesante. Ya en apartados anteriores ha quedado de manifiesto que aun cuando en esta técnica de reproducción se recurre a una persona ajena a la pareja que asumirá los roles de padres, aquella mujer que ejercerá la maternidad no será la que gesta ni da a luz sino aquella que tiene el deseo y voluntad de convertirse en madre. Por tanto, si de antemano queda asentada esta situación, una posterior adopción del menor puede resultar innecesaria pues las obligaciones y cargas que conlleva la maternidad quedan establecidas desde un principio. Se llevaría a cabo la adopción únicamente cuando ya exista una ejecutoria dictada por un juez que así lo ordenara, tal vez con la intención de una mayor seguridad y protección del menor, mas no resulta preponderante puesto que el vínculo y la voluntad ya quedan establecidos por su propia naturaleza.

Ahora bien, la Sección XV, inciso A, puntos 1 y 2, relativo a los honorarios se consideran innecesarios pues se traducen como una clara contraprestación a la portadora por los servicios prestados. Sin embargo, cabe señalar que toda vez que este modelo de contrato está basado en un modelo norteamericano donde por lo general la gestación subrogada tiene un carácter comercial, su inclusión resulta bastante común. Aun así, en aquellos países donde se pretende que esta práctica sea altruista – México por ejemplo – evidentemente no debe de incluirse este tipo de cláusulas. El punto 7 bajo el cual *“por un ciclo completo que no da por*

resultado un embarazo, se pagará una suma de dinero a la Portadora del Embrión” tampoco tiene sentido incluirse puesto que no existe un embarazo. En todo caso se podría contemplar como una indemnización, aunque aún bajo esta denominación se rompe con el carácter altruista.

En la misma Sección, inciso C, se contempla como beneficiario del seguro de vida al marido de la portadora, lo cual resulta bastante incongruente si nada tiene que ver en la relación jurídica existente. Si bien es cierto que como pareja de la portadora debe de estar consciente de la situación y proporcionar su consentimiento, también lo es que resulta incongruente e innecesaria su inclusión en este seguro. Su relación con la pareja solicitante no puede ir más allá del mero consentimiento que debe otorgar para llevar a cabo el embarazo.

Así pues, el único inciso de esa sección que debería contemplarse en cuanto a “pago de honorarios” – si es que así se le puede denominar – sería el inciso E, donde solo se contempla el pago por gastos médicos y equivalentes a los propios de un embarazo. Es así como quedaría de manifiesto el carácter altruista de esta práctica pues la portadora no recibiría más allá de lo que necesita.

I. CONCLUSIONES

De todo lo establecido en este capítulo se puede concluir que existen innumerables problemáticas jurídicas relativas a la gestación subrogada que incluso no pueden ser estudiadas en su totalidad en estas páginas. Sin embargo, es importante comenzar a discernirlas y proponer una solución a las mismas pues pueden acarrear graves consecuencias jurídicas.

Uno de los mayores problemas en definitiva puede llegar a ser la determinación de la maternidad, y no obstante ya existen algunas teorías que proponen su propia solución, ciertamente la que mejor se adecua a las circunstancias e intereses de

las partes es aquella que se atribuye a la voluntad; la voluntad de ser madre que debe imperar en toda relación madre-hijo para una mejor y más sana interacción. De esta manera, considerar como madre a la mujer que gestará al embrión resulta inviable toda vez que de no existir la voluntad de la pareja que solicita, el embrión en cuestión no existiría.

Además de lo anterior, el acceso a este tipo de prácticas hasta el momento se ha visto limitado en muchos países cerrando toda posibilidad tanto a parejas homosexuales como a personas solteras. No obstante es importante comenzar a ampliar la visión de la sociedad y atender de una manera realista las causas que originan la necesidad de recurrir a este tipo de técnicas de reproducción. Ya sea por infertilidad o esterilidad, causas biológicas o de preferencia sexual, cierto es que no se debe de limitar por cuestiones sin fundamento como esas, mientras exista el deseo y la intención de criar, cuidar y educar a un bebé en el seno de una familia, recordando siempre que la concepción tradicionalista de padre, madre e hijo, hoy día se ha modificado. Por tanto, cerrar esta posibilidad únicamente por cuestiones conservadoras queda totalmente fuera de lugar en esta sociedad actual.

Finalmente, tal vez una de las cuestiones más discutidas ha sido el relativo a la denominación de "contrato de maternidad subrogada", mismo que de acuerdo a las características y naturaleza propias de esta práctica conviene más llamarlo simplemente *acuerdo*. Un acuerdo de voluntades que como cualquier acto jurídico, ciertamente traerá aparejadas una serie de consecuencias de derecho inevitables y que deberán de respetarse y acatarse.

Sin embargo, puesto que es una práctica que en la realidad se presenta resulta más que necesario regularlo y dotarlo de validez siempre y cuando cumpla con todos los requisitos que requiera la ley. De esta manera, estaremos en presencia

de un avance en cuanto a las prácticas tecnológicas que evidentemente han rebasado nuestro Derecho. Aún falta mucho por hacer, pero avances por pequeños que parezcan pueden llegar a hacer la diferencia.

CAPÍTULO IV

LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. ANÁLISIS Y PROPUESTAS.

Una vez asentado el cuadro teórico y conceptual relativo al tema que nos ocupa, determinante para comprender la grave problemática social y jurídica que plantea el vacío legal ocasionado por los desiguales avances entre la ciencia y el Derecho, no se puede concluir su estudio sin antes analizar una de las más importantes propuestas a nivel local en materia de derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida: la Iniciativa de Decreto por la que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

I. ANTECEDENTES

La inquietud por la implementación de una adecuada regulación de la maternidad subrogada en nuestro país surge de la urgencia en regular una de las técnicas de reproducción asistida que comienza a tener bastante popularidad entre la población, atendiendo asimismo a las alarmantes cifras dadas a conocer por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) que alertan un creciente aumento en las tasas de infertilidad y esterilidad en hombres y mujeres, afirmando que hoy en día existen alrededor de un millón y medio de personas que sufren de estos padecimientos y que podría ir en aumento en los próximos años, y en un contexto donde los matrimonios entre personas del mismo sexo son cada vez más y más comunes.

Empero, cierto es también que cada vez existen más avances tecnológicos que ayudan a estas personas que tienen dificultades para reproducirse. Así, el Instituto Valenciano de Infertilidad en México señala que más del 90 por ciento de los problemas relacionados con la infertilidad tiene solución mediante un tipo de

tratamiento de reproducción asistida, aunque a pesar de existir una gran oferta en este campo no todas las personas pueden beneficiarse de la misma. La protección social es muy reducida en nuestro medio y los recursos existentes en las clínicas privadas suelen tener precios muy elevados.¹⁷¹ De ahí la importancia de crear una legislación que permita el acceso a mayor cantidad de personas brindándoles la certeza y seguridad jurídica necesarias para su adecuado tratamiento.

1. Los derechos reproductivos como base de la Iniciativa

Las técnicas de reproducción asistida están destinadas a brindar la posibilidad de tener hijos biológicos a las personas que por métodos naturales no les es posible, ya sea por padecimientos biológicos, preferencias sexuales o de cualquier otra índole. Los avances científicos han contribuido a cambiar la estructura y dinámicas familiares con lo que se ha mejorado el bienestar y calidad de vida de las sociedades, y esos avances permiten a las personas ejercer sus derechos reproductivos con técnicas asistidas, sin las cuales les sería imposible acceder a ese derecho.

Sin embargo, este proceso también ha desencadenado contradicciones culturales y sociales, de entre las cuales se destacan dos principales: 1) la separación entre la sexualidad y la procreación que permite tanto el uso del sexo sin procreación y viceversa, esto es, la procreación sin sexualidad; y 2) el fenómeno que los sociólogos describen como *self-made sex*, reivindicado como el derecho de opción en materia sexual. Estas contradicciones están en la génesis de la aparición de los llamados derechos reproductivos bajo los cuales se puede convertir a la persona

¹⁷¹ Dictamen de las Comisiones Unidas De Salud y Asistencia Social y De Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, *Óp. Cit.*, nota 152, p. 4.

humana, considerada en su individualidad, en dueña del origen no sexual de la vida a través de las nuevas tecnologías biomédicas.¹⁷²

Es así como bajo una concepción individualista, se pone al hombre como un hombre abstracto, desligado de todo vínculo social, y por tanto de todo deber, y se concibe a la subjetividad autoconsciente como soberana, idéntica e igual para todos los individuos de la especie. Esta corriente de pensamiento es la que ha influido mayormente en la cultura occidental modificando paulatinamente la visión integral del hombre, y en donde el ser humano pasa a estar habilitado para modificar su propia corporalidad humana; es digno porque es propietario de sí mismo y su propiedad es absoluta. El hombre es dueño de sí mismo y precisamente porque "tiene" y no "es" un sexo, su carácter sexuado no pertenece a su identidad sexual.¹⁷³

Lo anterior deriva en una sociedad que busca reivindicar al hombre desde una perspectiva individualista donde se tiene el derecho absoluto a decidir sin ninguna injerencia del Estado ni ninguna institución, no sólo sobre el ejercicio de la sexualidad sino también sobre el derecho a la procreación a través del auxilio de la ciencia y la medicina reproductiva, sin ningún tipo de limitaciones.

Es así como el acceso a las técnicas de reproducción asistida se enmarca en la definición sobre salud reproductiva adoptada por la Organización Mundial de la Salud, recogida a su vez de las determinaciones realizadas en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en la ciudad de El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994 y que se entiende de la siguiente manera:

"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 y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud

¹⁷² Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 14.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 16.

reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el **derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables**, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual." (Párrafo 7.2)

"Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. **Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir 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 su 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..."¹⁷⁴

En el marco de lo anteriormente transcrito, se entiende que la salud reproductiva de las personas no se limita a una mera ausencia de enfermedades de naturaleza sexual o reproductiva, sino que refiere a un estado general de bienestar¹⁷⁵ en donde se puede disfrutar de una vida sexual plenamente satisfactoria bajo la libre decisión de procrear o no, el momento en el que se decida hacerlo, con qué frecuencia y **bajo qué método**. Esto conlleva al derecho del hombre y la mujer, ya sea en pareja o individualmente, a garantizar su acceso a la información de

¹⁷⁴ Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, p. 37, http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

¹⁷⁵ Entendido como el conjunto de las cosas necesarias para vivir bien//Vida holgada o abastecida de cuanto a conduce a pasarlo bien y con tranquilidad. Diccionario de la Real Academia Española, *bienestar*, <http://lema.rae.es/drae/?val=bienestar>.

planificación familiar y asegurar su acceso a métodos seguros, eficaces y asequibles a través de servicios médicos adecuados para lograr su fin, permitiendo embarazos y partos sin riesgos.

Empero, aun cuando estos derechos son ya reconocidos internacionalmente, la salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo, las prácticas sociales discriminatorias, las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva.

El Informe realizado en dicha Conferencia continúa diciendo:

*"El propósito de los programas de planificación de la familia debe ser permitir a las parejas y las personas decidir de manera libre y responsable el número y el espaciamiento de sus hijos y obtener la información y los medios necesarios para hacerlo, asegurándose de que ejerzan sus opciones con conocimiento de causa y **tengan a su disposición una gama completa de métodos seguros y eficaces.** El éxito de los programas de educación sobre cuestiones de población y planificación de la familia en diversas situaciones demuestra que, dondequiera que estén, las personas bien informadas actuarán responsablemente de acuerdo con sus propias necesidades y las de su familia y comunidad. El principio de la libre elección basada en una buena información es indispensable para el éxito a largo plazo de los programas de planificación de la familia."¹⁷⁶*

Ello conlleva una vez más a que lo que pretenden los derechos reproductivos es asegurar la libertad que tiene toda persona para decidir de manera libre e informada el número y momento en que decidirá formar una familia, sea cual sea su actual visión en la sociedad, por un lado a través de un adecuado control natal con acceso a diversos métodos anticonceptivos, y por el otro, con una amplia

¹⁷⁶ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, *Óp. Cit.*, nota 173, p. 40.

gama de métodos auxiliares de la reproducción seguros y eficaces, que puedan asegurar una procreación saludable aún con ayuda de la ciencia biomédica.

Por lo que hace al marco jurídico nacional, el artículo 4º constitucional, en su párrafo segundo, se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; mientras que la Ley General de Salud, regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología.

Para el Distrito Federal, el artículo 53 fracciones III y IV de la Ley de Salud establece que los servicios de salud sexual, reproductiva y de planificación familiar comprenden la asesoría para la prestación de servicios médicos en materia de reproducción humana y planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado, así como la supervisión y evaluación en su ejecución, de acuerdo con las políticas establecidas por las autoridades competentes y en los términos que las disposiciones normativas lo establezcan; además del apoyo y fomento de la investigación y difusión en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

En el Código Civil del Distrito Federal también se hace referencia a estos derechos estableciendo en sus artículos 162, 293, 326 y 329 el derecho de los cónyuges a emplear métodos de reproducción asistida y refiriendo a las relaciones de parentesco y filiación que pueden darse aún por medio de fecundación asistida, de la siguiente manera:

"Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

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

*Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. **También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.***

En el caso de la adopción, se equipará 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 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge."

Es así como en el marco de la discusiones internacionales, así como lo establecido en las diversas disposiciones de nuestra legislación, se puede concluir que los derechos reproductivos abarcan toda una gama de derechos que necesitan ser garantizados por el Estado, tales como: 1) el derecho a elegir el número de hijas e hijos que se desea tener, 2) el derecho a elegir el momento en el que se desean tener, 3) el derecho a elegir con información sobre nuestro cuerpo, sus características, sus posibilidades, sus límites; pero también a conocer los métodos y estrategias de planificación familiar, ubicación de clínicas y centros de salud donde se presten estos servicios, así como las normas y leyes que los regulen, 4) el derecho a la consejería o asesoría en materia de planificación familiar, 5) el derecho a desarrollar la capacidad de elegir con responsabilidad, al contar con los

suficientes elementos que permitan comprender la trascendencia de las decisiones que se toman, 6) el derecho a elegir con libertad, 7) a elegir con autonomía, 8) el derecho a la confidencialidad, 9) el derecho a tener embarazos, partos y pospartos sanos y vigilados, entre muchos otros que se podrían enlistar y seguiría siendo insuficiente este espacio¹⁷⁷; pero sobre todo, los derechos reproductivos descansan sobre un absoluto derecho a la libertad y a la intimidad, donde se pueda hablar del derecho a la reproducción como una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, mismo que tendrá como única limitante, al igual que los demás, el respeto y libertad de los derechos de terceras personas.

Por ello, garantizar un adecuado acceso a técnicas como la gestación subrogada es necesario para continuar reivindicando los derechos reproductivos en toda su expresión, donde se respete el derecho de los hombres y las mujeres sin importar su estado civil o sus preferencias sexuales para formar una familia y, en el caso de la mujer gestante, a disponer de su cuerpo como expresión de su derecho a la libertad, pero teniendo siempre un marco de acción establecido y regulado para evitar los malos usos de prácticas altruistas como lo puede ser la maternidad subrogada, evitando convertirla en un acto comercial de intereses netamente monetarios.

La maternidad subrogada es un ejercicio de lo establecido en la norma constitucional que confiere a la pareja o individuos el derecho a decidir libre y responsablemente sobre la conformación de su familia, la procreación o no de hijos y, en caso afirmativo, su número y espaciamiento como base fundamental de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se consideran en dos vertientes: en el derecho a la atención a la salud reproductiva y sexual y en el derecho a la autodeterminación reproductiva y sexual.

¹⁷⁷ Molina de Pardiñas, Rosa Ma., *Derechos reproductivos y equidad de género*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/38/pr/pr26.pdf>

II. La ley y su contenido

Así pues, en aras de la creciente necesidad de legislar en materia de técnicas de reproducción asistida en nuestro país, en sesión ordinaria celebrada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal celebrada el 26 de noviembre de 2009, la Diputada Maricela Contreras Julián, a nombre propio y de los Diputados Julio César Moreno Rivera, Axel Vázquez Burgette y Cristan Vargas Sánchez, presentó la *Iniciativa de Decreto por la que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal*, misma que fue turnada para su estudio y posterior Dictamen a las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género, mediante oficio MDPPPA/CSP/1392/2009 suscrito por el Presidente de la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, bajo la misma fecha.

Las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género se reunieron el 22 de abril de 2010 para el análisis y en su caso aprobación del Dictamen por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, quedando aprobado en lo general; la reunión citada fue declarada en receso, reanudándose el 20 de julio de 2010 quedando aprobado en lo general y en lo particular.

Dicho dictamen fue aprobado por el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en sesión celebrada el 30 de noviembre de 2010 y remitido al Jefe de Gobierno para su promulgación y publicación mediante oficio MDPPSA/CSP/1826/2010, suscrito por el entonces Presidente de la Mesa Directiva y recibido en oficinas de la jefatura de Gobierno el 10 de diciembre de 2010, según los acuses respectivos.

Finalmente, mediante oficio MDPPTA/CSP/198/2011 suscrito por la Presidenta de la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fecha 29 de septiembre de 2011 fueron turnadas para su estudio y posterior Dictamen a las

Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género, las observaciones al Decreto por el que se expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, remitidas por el Lic. Marcelo Ebrard Casaubón, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, con fecha 17 de septiembre de 2011.

No obstante el cumplimiento de toda la tramitología anterior, es de importancia señalar que a la fecha no se ha publicado la aprobada Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, a pesar de que han transcurrido ya cuatro años desde su presentación. Durante la realización de esta investigación se intentó sostener comunicación tanto con la Diputada Maricela Contreras Julián como con el ex Jefe de Gobierno Marcelo Ebrard Casaubón para conocer las causas del porqué su atraso en la publicación y cuál es el estatus que mantiene hoy en día, sin embargo nunca se logró pues no atendieron los llamados.

El entonces Jefe de Gobierno Marcelo Ebrard Casaubón se excusó en sus observaciones hechas al mencionado decreto alegando lo siguiente:

"En estricto sentido el ejecutivo a mi cargo debería promulgar y publicar la norma, sin embargo existe un problema jurídico adicional que pongo a la consideración de ustedes:

El proyecto de Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal se recibió en las oficinas de la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal, el 10 de diciembre de 2010, la Asamblea Legislativa cerró el periodo de sesiones el día 21 de ese mes y año, por lo que el término para presentar observaciones fue interrumpido y las mismas sólo podían presentarse en el primer día hábil en que la Asamblea se reuniera, hecho que ocurrió el día 14 de enero de 2011, es decir, 13 días después de que el Decreto tenía que haber entrado en vigor.

Para cumplir con esa fecha de entrada en vigor, el Ejecutivo local tenía como fecha límite para publicar el decreto el día 31 de diciembre del año 2010, y la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, iniciara su vigencia el día 1 de enero de 2011.

Esa disposición transitoria limitó la facultad del Ejecutivo Local de hacer las observaciones y devolver el decreto, pero además, hace imposible la publicación porque no se puede poner en vigor una ley hacia el pasado, pues como lo ha señalado en diversos criterios la Suprema Corte de Justicia, las leyes sólo pueden entrar al vigor a futuro.

El principio de no aplicación retroactiva de las leyes, obliga a que su vigencia, sea posterior a su promulgación, en este sentido nuestro Máximo Tribunal ha establecido que, incluso "... las leyes pueden entrar en vigor el mismo día, y si bien el legislador ordinario cuenta con la libertad para establecer el momento en que inicia la vigencia de una ley, resulta evidente que jamás podrá determinar que su vigencia sea anterior a su promulgación." (Tesis Jurisprudencial 2a./J. 135/2005)

Hacerlo de otra manera significa que la Ley de que se trate, tendrá efectos retroactivos, lo cual es contrario a lo establecido por el artículo 14 de la Constitución Federal, pues no se cumple con la finalidad de que "... la ley sea conocida por aquellos a los que obliga, de modo que no están constreñidos a cumplir lo prevenido en disposiciones que no han sido publicadas." (Tesis Jurisprudencial 2a./J. 135/2005)

Este criterio ha sido reiterado recientemente por la Suprema Corte de Justicia la norma no actúa para lo acaecido en el pasado, sino para el futuro (Tesis de jurisprudencia 79/2010), con lo que insiste en que las leyes no pueden tener vigencia en el pasado, porque tanto los efectos del supuesto, como sus consecuencias ven hacia el futuro, lo contrario, constituiría una violación al artículo 14 Constitucional.¹⁷⁸

De lo anterior se desprende que al día de la emisión del Dictamen a la Jefatura de Gobierno ciertamente existía un periodo de tiempo verdaderamente corto para continuar el proceso legislativo de manera adecuada. Sin embargo, estos obstáculos pudieron haberse solucionado de muy diversas maneras incluso desde la Asamblea Legislativa misma, y dicho argumento pierde fuerza cuando nos enfrentamos al trasfondo político, económico e incluso social que rodean este tipo de temáticas.

Situaciones y críticas como la suscitadas en el año 2009 con las reformas efectuadas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, con el objeto de reconocer a dos personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, conformar la relación de concubinato e incluso adoptar hijos, bajo el amparo del artículo 1º Constitucional, evidentemente llegan a trastocar temas como la gestación subrogada, haciendo aún mas difícil su discusión y aprobación.

¹⁷⁸ Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, *Dictamen de las observaciones del Jefe de Gobierno del Distrito Federal al Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, 2011, pp. 3-4.*

En su momento, políticos, académicos y la sociedad en general repudiaron abiertamente este tipo de prácticas dejando entrever que la sociedad mexicana tal vez aún no está del todo lista para verse envuelta en situaciones de este tipo. Sin embargo, las realidades sociales dictan otra cosa y nos muestran una urgencia en su regulación.

Por tanto, si bien el argumento realizado por el ex Jefe de Gobierno referente a la extemporaneidad puede tener cierta validez jurídicamente, lo cierto es que socialmente y mas aún, políticamente, la imposición de estos obstáculos dejan mucho qué pensar y abre el debate a qué tan dispuestos están nuestros diputados y diputadas, asambleístas y gobernantes a proporcionarnos las herramientas jurídicas que la sociedad necesita, a dotarnos de la protección y certidumbre que requieren ciertos actos y sobre todo, a escuchar y atender a la sociedad.

En términos generales, lo que plantea la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada es dar una solución para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad de los que es víctima la población mexicana, haciendo posible que miles de personas tengan acceso a la paternidad y maternidad que, para algunos, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida, así como brindar certeza jurídica al derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los derechos reproductivos, entendidos estos como parte de los derechos humanos.

Plantea una estructura de cinco títulos y nueve capítulos distribuidos de la siguiente manera:

- I. TÍTULO PRIMERO. Se refiere al objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y establece el marco conceptual sobre el cual debe regirse.

- II. TÍTULO SEGUNDO. Refiere las disposiciones que deberán atender los médicos tratantes, señalando principios como el secreto profesional, así como el asesoramiento médico a todas las partes que intervienen en la práctica médica, explicándoles los riesgos y alcances.
- III. TÍTULO TERCERO. Referente al consentimiento que deben otorgar las partes participantes en esta práctica. Se enuncian los requisitos que éstas deberán cumplir y las formalidades para el otorgamiento de dicho consentimiento.
- IV. TÍTULO CUARTO. Que regula sobre el certificado de nacimiento en la gestación subrogada, donde se hacen especificaciones sobre la filiación y el parentesco del niño.
- V. TÍTULO QUINTO. Referente a los supuestos de nulidad, daños y perjuicios y sanciones relativas al incumplimiento del instrumento para la gestación subrogada.

Antes de comenzar con el análisis y propuestas, conviene precisar el acierto que tuvieron los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las Comisiones dictaminadoras (Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género), al haber utilizado la correcta terminología referente a la gestación subrogada.

En primer lugar, haber utilizado el término *gestación subrogada* en lugar de *maternidad subrogada*. Como bien se determinó, en esta técnica de reproducción asistida no existe como tal una subrogación de la maternidad, sino simplemente se sustituye una persona por otra para llevar a cabo la gestación, una mujer que llevará en su vientre a un niño con el cual no se generará ninguna relación de parentesco ni filiación, y que al llegar a término el embarazo deberá ser entregado a aquella pareja o persona que haya solicitado esta práctica. Por ende, lo que se subroga o sustituye no es en sí la maternidad sino simplemente la función

biológica de la gestación y, derivado de ello, la paternidad o maternidad queda determinada en función de la voluntad que existe para convertirse en padre o madre. De ahí que el término correcto para referirse a ella sea *gestación subrogada* como bien se hizo en la Iniciativa de Ley en comento.

Otro acierto fue el haber eliminado las condicionantes de *estar unidos en matrimonio o concubinato*, puesto que al establecer en su artículo 2º que "*la Gestación Subrogada se realizará mediante la transferencia de embriones humanos, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, a una persona para que lleve la gestación*", y que "*...se efectuará a favor de una o dos personas*", sea con intención o no, se deja abierta la posibilidad a aquellas personas solteras e incluso personas o parejas homosexuales que deseen formar una familia y que deseen recurrir a este tipo de técnica reproductivas.

Con lo anterior, evidentemente se consagra uno de los derechos reproductivos de mayor relevancia en nuestra sociedad sin dejar lugar a prácticas discriminatorias, y evidentemente se reivindican al mismo tiempo algunos derechos en pro de las relaciones homosexuales y su derecho a formar una familia sea cual sea su actual concepción y denominación social, en aras de lo establecido en el artículo 4º de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, el legislador resolvió de manera adecuada el problema que representaba determinar si esta práctica se realizaba a favor de parejas – ya sea unidas en matrimonio o concubinato – o personas solteras, al denominarla únicamente "*personas solicitantes*", que si bien pudiera parecer un término en demasía genérico, resulta apropiado toda vez que igualmente deja abierta la posibilidad a que cualquier persona pueda hacer uso de esta técnica de reproducción, sin limitantes en virtud del género, estado civil, raza, preferencia sexual, o de cualquier otra índole.

Cuando se revisa su definición, se observa que el legislador lo define de la siguiente forma: “**Personas solicitantes:** Personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada”.

Esto cobra gran relevancia cuando se compara con la definición propuesta de manera inicial, donde se exigía el requisito de la infertilidad o esterilidad por parte de la mujer que lo solicitara – donde además únicamente se contemplaba el caso de la mujer estéril, dejando de lado a los varones solteros u homosexuales que quisieran formar una familia – y que además debía probarse médicamente. Por tanto, su terminología un tanto más genérica abre las puertas a toda una serie de supuestos en los cuales se podrá recurrir a la gestación subrogada, sin que se necesariamente sea por cuestiones médicas o biológicas relativas a la imposibilidad de procrear, sino que se abre el camino a otras hipótesis como por ejemplo la homosexualidad.

Sin embargo, se observa que las modificaciones realizadas a la Iniciativa inicial planteada por la Diputada Maricela Contreras Julián tanto por las Comisiones dictaminadoras como por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, fueron medularmente en un sentido formal, es decir, relativo básicamente al instrumento de gestación subrogada y sus requisitos y especificaciones, dejando de lado varias cuestiones sustantivas de gran relevancia para brindar certeza y seguridad jurídica a las partes en ella involucrada, y que se analizarán a continuación.

1. El término mujer gestante

En el dictamen elaborado en atención a las modificaciones hechas por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, se aprobó la eliminación de una importante especificación. Se plantea a lo largo de la ley dejar de utilizar el término “*mujer gestante*” por el término genérico de “*persona gestante*”, a quien se le realizará la transferencia de embriones humanos para que se efectúe la gestación. Dicha

modificación se considera totalmente incorrecta toda vez que no se puede utilizar un término tan genérico cuando se está en presencia de una técnica de reproducción tan delicada.

El sentido común nos puede decir que aun cuando se establezca que la transferencia de embriones humanos se realizará a una *persona*, la gestación es un proceso biológico que sólo puede llevarla a cabo una mujer y, por lo tanto, sin importar la denominación que en la ley se le otorgue la única persona que podrá ser partícipe de esta práctica será una mujer. Sin embargo, se considera que es importante que la ley sea específica cuando se pone en juego la dignidad y los intereses de un menor que puede resultar afectado si la incorrecta redacción de la ley deriva en una mala interpretación.

Toda vez que el papel de la segunda mujer será únicamente el de gestar el embrión – por supuesto sin demeritar tan ardua e importante labor en el trayecto de un embarazo –, y tomando en cuenta que el término “gestar” sólo se refiere a llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto, se propone la utilización del término “mujer gestante” en lugar de “madre subrogada” o “madre gestante”, y sobre todo en cuanto hace a la ley, en lugar de “persona gestante” en virtud de las siguientes razones.

Madre no solo es aquella que lleva en su vientre al producto de la concepción hasta su término, sino aquella que durante el venir de los años asume la carga social que ello representa. Partiendo de este hecho se afirma que la que llevará a cabo tan ardua y especial labor no será la que gestó, sino aquella que por distintas razones tuvo que solicitar dicha gestación, y en consecuencia, la primera no será más que una mera gestante, sin otorgarle el carácter de madre aun cuando haya aportado su óvulo.

Es por ello que se propone regresar a su denominación original y utilizar el término “mujer gestante” toda vez que resulta ser más apropiado en relación a la función que deberá realizar dentro de esta técnica de reproducción, volviéndolo a incluir a su vez en el artículo 3º relativo al marco conceptual, para quedar de la siguiente manera:

"Mujer gestante: *Aquella mujer con capacidad de goce y ejercicio, preferentemente soltera y en edad reproductiva adecuada que, sin fines de lucro, acepta llevar a cabo la gestación sea por donación de óvulo propio o por transferencia de embriones, que se obliga a entregar al niño inmediatamente después del nacimiento a aquella pareja o persona con quien haya acordado la gestación, y que además no creará ninguna relación de parentesco o filiación, terminando toda relación con las partes y con el niño una vez que la gestación haya llegado a su fin."*

De esta manera, los elementos que se pueden encontrar en la definición propuesta y que se consideran elementales dentro de esta práctica son los siguientes:

1. Mujer con capacidad de goce y ejercicio, que garantiza que se trate de una persona con plena capacidad y conciencia para poder decidir en lo referente a su cuerpo, velando por su derecho a la intimidad y a la libertad.
2. Preferentemente soltera y en edad reproductiva adecuada, para de esta manera evitar por un lado una eventual presunción de la paternidad en términos de lo dispuesto por el artículo 324, fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, si es que la mujer gestante se encuentra unida en matrimonio concubinato; y por el otro, se evitan complicaciones médicas en el embarazo al contar con un adecuado estado fértil recomendado por el médico tratante. En caso de que no sea posible contar con una mujer soltera se podrá recurrir a alguien con un estado civil diferente, pero deberá contarse con el respectivo consentimiento informado de la pareja o cónyuge, con quien en ningún momento de crearán vínculos de parentesco o filiación.

3. Sin fines de lucro, con lo cual se asegura que la práctica de gestación subrogada sea llevada a cabo de manera totalmente altruista, sin ninguna contraprestación de por medio y otorgando únicamente los gastos que sean estrictamente inherentes al embarazo.
4. Por donación de óvulo propio o por transferencia de embriones. Ciertamente resulta ser un punto delicado cuando se habla de que además de aportar su útero para la gestación, la mujer gestante podrá donar su óvulo derivando en una inevitable relación biológica con el niño. Sin embargo, ya se ha explicado que aun cuando exista donación de óvulos la maternidad quedará determinada por el hecho de la voluntad de quien desee convertirse en madre, no de quien aportó las células germinales, tal como sucede con la adopción en donde la madre biológica renuncia a todos los derechos filiales con el menor para otorgárselos a una tercera persona. De esta manera, se garantiza que incluso cuando la mujer solicitante esté imposibilitada para aportar sus óvulos, ésta podrá recurrir a la gestación subrogada como técnica de reproducción.
5. Se obliga a entregar al niño inmediatamente después del nacimiento, asegurando de esta forma que se cumplirá el fin último de la gestación subrogada, y terminando además con toda relación jurídica con las partes y con el niño.
6. No creará ninguna relación de parentesco o filiación, situación determinante en una relación tan delicada como lo es la gestación subrogada, pues al llegar a término el embarazo el niño deberá ser entregado a los padres.

Con lo anterior no solo se le brindará certeza jurídica a la pareja o persona que decida recurrir a la gestación subrogada en cuanto a la persona que llevará a cabo la gestación, sino que además se estará contemplando la posibilidad de utilizar, si es que así se desea, el óvulo de dicha mujer cuando sea imposible utilizar uno

propio. Asimismo se especificará que no existirá ninguna relación de parentesco ni filiación, incluso aun cuando al mismo tiempo se convierta en donadora de óvulos, toda vez que aquella persona que asumirá la maternidad o la paternidad con toda la carga social que ello conlleva no será ésta, sino quien lo solicite y sobre todo quien así lo desee.

2. El concepto “gestación subrogada”

Evidentemente cobra especial relevancia y es de suma importancia que dentro de la Ley que se analiza se determine qué se entiende por gestación subrogada.

Ya ha quedado determinado a lo largo de esta investigación que, en efecto, el concepto más apropiado es el de gestación subrogada y no el de maternidad subrogada, toda vez que lo que existe en esta práctica no es una subrogación de la maternidad como tal sino de la mera gestación que será llevada a cabo por otra mujer, en virtud de la imposibilidad genética o biológica para concebir.

Por tanto, se propone que la definición que se incluya en el artículo 3º y para todo efecto relativo a su práctica sea la siguiente:

“Gestación subrogada: *Es el procedimiento mediante el cual una mujer fértil, preferentemente soltera, se compromete a través de un acuerdo de voluntades con una persona o pareja a llevar a cabo sin fines de lucro una gestación sea por donación de óvulo propio o transferencia de embriones, cuya relación termina al llegar a su fin el embarazo, debiendo entregar al recién nacido.”*

Como se puede observar, en dicha definición inevitablemente se retoman algunos elementos incluido en la de mujer gestante, tales como mujer fértil y preferentemente soltera, sin fines de lucro, donación de óvulo propio o transferencia de embriones, entre otros.

El elemento que interesa en dicha definición es aquel que hace referencia al acuerdo de voluntades con una persona o pareja, y que versa en la propuesta planteada en el siguiente apartado.

3. La conveniencia de la denominación “Instrumento para la Gestación Subrogada”

Mucho se ha discutido tanto por juristas, legisladores y doctrinarios respecto a la de la denominación del acto jurídico sobre el cual debe versar esta técnica de reproducción. En algunos países se habla de contrato – respecto de cual ya se hizo el análisis de la incorrecta adecuación del término – y en otros de convenio que bien puede celebrarse entre particulares ya sea a través de su representante legal, o bien, con una agencia especializada de por medio; empero lo cierto es que a pesar del auge en que se vive no se ha logrado un consenso en su denominación.

La Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal lo resuelve refiriéndose a él como un Instrumento para la Gestación Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal en donde se manifieste el consentimiento de las partes, que además deberá celebrarse ante la presencia de un Notario Público, quien deberá certificar que se cuenta con la capacidad para celebrar dicho instrumento y que se cumplen con todos los requisitos exigidos por la Ley. Sin embargo, conviene analizar la conveniencia real y jurídica de que se hable de un instrumento público notarial, que se regirá bajo las reglas de los convenios en general.

Si bien es cierto que al implementar la figura del Instrumento para la Gestación Subrogada derivada de la asesoría imparcial del Notario Público, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, lo que se pretende es salvaguardar la seguridad jurídica de los otorgantes

y solicitantes de su actividad en virtud de la fe pública conferida a éste, también lo es que en ninguna parte de la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal ni en la Ley del Notariado se hace referencia a lo que es un instrumento público.

Ciertamente, derivado de la actividad del notario existen diversos documentos considerados como instrumentos públicos tales como las escrituras, actas, testimonios, copias certificadas, entre otros, mismos que tienen un carácter público y como tal gozarán de una entera presunción de credibilidad respecto a su contenido asegurando una mayor protección y seguridad jurídica para las partes.

Sin embargo se considera que el término *Instrumento para la gestación subrogada* no es el más apropiado para este tipo de relaciones jurídicas y se propone el término Acuerdo de gestación subrogada, por tratarse precisamente de un acuerdo de voluntades entre las partes en donde una se compromete a llevar a cabo la gestación y entregar al producto de esta al llegar a su término a la otra parte.

En este tenor, no se considera adecuado el término *instrumento* en virtud de que en ninguna parte de la Ley se hace referencia a su significado o a su acepción como figura jurídica, sino únicamente a aquello que se constituye como instrumento público. Por tanto, se considera que la acepción *instrumento* puede entenderse simplemente como el género de donde deriva la clasificación de actos realizados por el Notario, mas no un tipo de acto como tal.

Así pues, un término más apropiado sin tener que llegar a llamarlo convenio ni contrato puesto que no es posible que reúna todos los requisitos para serlo, pero que sigue siendo un acto jurídico con todas las consecuencias que como acto acarrea consigo, es llamarlo como un mero acuerdo de gestación subrogada en donde se plasmará el consentimiento de las partes y todas aquellas cláusulas permitidas por la ley que se consideren necesarias.

4. Separación y fallecimiento de los padres

Si bien se reconoce la labor realizada por los legisladores al haber incluido los supuestos de separación y fallecimiento de los padres, caso en que según el artículo 23 de la Ley que se analiza deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar en todo lo conducente a patria potestad, guarda y custodia y tutela de conformidad con lo establecido en el Código Civil, se considera que dicho artículo resulta estar en lo correcto pero incompleto.

El citado artículo establece que en caso de separación o fallecimiento de uno o ambos padres durante el desarrollo del embarazo, será el Juez de lo familiar quien resuelva lo que corresponda. Sin embargo, tal cual se encuentra el artículo se observa que se contempla únicamente el caso de separación o fallecimiento durante el embarazo, lo cual resulta apropiado puesto que se protege al niño no nacido pero se deja en indefensión una vez que el embarazo llegó a su término.

En este tenor y puesto que una vez que el recién nacido sea entregado a sus padres al llegar a su fin la relación con la mujer gestante, serán éstos quienes ejerzan todos sus derechos de paternidad sobre el menor, se propone que se adecúe el mencionado artículo para especificar por un lado, que en caso de separación de los padres, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente al menor en atención a las reglas generales para el caso de controversias familiares, precisamente en virtud de que son ellos quienes ejercen la patria potestad, y por otro lado, que en caso de fallecimiento el Juez también podrá determinar lo conducente pero otorgando una preferencia para ejercer la patria potestad, guarda y custodia a la mujer que haya fungido como mujer gestante, cuando en el acuerdo inicial no se haya especificado quién lo ejercerá en caso de falta de alguno de los padres.

Con ello se garantizará de cierta manera que el menor no quedará del todo desamparado con personas totalmente ajenas, y se le da la oportunidad a la mujer gestante para poder crear un vínculo con él.

5. La indemnización postnatal

Otro punto importante a comentar y reconocer por parte de los legisladores fue la inserción del supuesto de pago de gastos médicos por parte de la persona o pareja solicitante, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, otorgándole a la mujer gestante la posibilidad de demandarlos por la vía civil.

Esta situación resulta bastante apropiada pues se protege de manera integral el bienestar médico de la mujer aún incluso después del término de la gestación y resulta de manera evidente un punto importante en la Ley. Sin embargo, tal cual se encuentra redactado se considera incompleto y que puede llegar a causar inseguridad e incertidumbre jurídica a la parte solicitante.

Se afirma lo anterior toda vez que de la lectura integral de dicho precepto se desprende un enorme campo de acción para exigir este pago de gastos médicos, lo cual ciertamente puede ser benéfico para la mujer gestante que de ninguna manera debe quedar desprotegida ante tal indeseable situación, pero que puede resultar inequitativo para la parte solicitante. En esta virtud se propone acotar un poco más el artículo y establecer cuáles serán los casos específicos en que se podrá demandar este pago, o bien especificar que será sólo en aquellos casos en que sea completamente imputable al(los) solicitante(s) debiéndolo probar.

Evidentemente la ayuda deberá ser proporcional y estrictamente para los gastos médicos necesarios por el tiempo suficiente para su recuperación, y deberá certificarse mediante exámenes médicos. Asimismo se propone que en ningún caso la gestante podrá recibir cantidad o contraprestación líquida, sino que todo

deberá ser destinado al pago de gastos estrictamente médicos o aquellos derivados de los mismos tales como curaciones, rehabilitaciones, medicamentos, y aquellos que el médico especifique. Se podrá contemplar el caso de pagos vitalicios cuando la patología específica al caso lo requiera, siempre y cuando exista diagnóstico que obre en un certificado médico que así lo establezca.

De esta manera se protegerán tanto los intereses de la parte solicitante como de la gestante en caso de necesitar atención médica postnatal para ésta derivada de una negligencia médica, pero que no resulte inequitativa o injusta para aquéllos.

6. El certificado de nacimiento del menor

Existen dos artículos en la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal que merecen un comentario más. Por un parte, el artículo 24 establece que una vez que sea suscrito el Instrumento correspondiente, el Notario deberá notificarlo a la Secretaría de Salud para que ésta lo registre en la base de datos que para este efecto se tendrá. Por el otro, el artículo 26 sostiene que toda referencia que se haga en el certificado de nacimiento expedido por el médico tratante y que refiera a la madre o a su identidad, se entenderá que se trata de la solicitante.

En este tenor, en efecto se considera de suma importancia la existencia de una base de datos bajo la cual se pueda tener un mejor control de los casos presentados con este tipo de técnicas de reproducción y cualquier particularidad que se pudiera presentar, así como la referencia en los certificados de nacimiento a la mujer solicitante y no a la gestante. Sin embargo, toda vez que se trata de una técnica tan delicada como lo es, se considera importante señalar en la ley que no debe existir ningún tipo de referencia en estos certificados. Es decir, que en la emisión tanto de los certificados de nacimiento como en las actas de nacimiento ante el Registro Civil deberá respetarse siempre el derecho a la intimidad y confidencialidad del que goza toda persona, aplicando por analogía los artículos 86

y 87 del Código Civil para el Distrito Federal relativos a las actas de adopción, que en lo conducente señalan:

"Artículo 86.- *En los casos de adopción, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.*

Artículo 87.- *En caso de adopción, a partir del levantamiento del acta, se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio."*

Derivado de lo anterior queda de manifiesto que aun cuando se trate de un nacimiento por gestación subrogada, el acta respectiva que se levante se emitirá en los mismos términos en que se expide para los hijos consanguíneos y, en caso de que se deban hacer anotaciones se harán en el acta de nacimiento originaria que quedará reservada. Se desprende entonces que por ningún motivo se expedirá constancia ni mucho menos acta de nacimiento donde se revelen las circunstancias de la gestación subrogada, salvo que exista una sentencia ejecutoriada que así lo ordene, respetando de esta forma las garantías y los derechos de las partes involucradas.

Lo anterior se propone en virtud de que tal cual se encuentra el artículo respectivo en la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal resulta ser un poco vago e impreciso en este sentido, y resulta de suma importancia especificar la confidencialidad con que se deben regir este tipo de prácticas.

7. El juicio especial por gestación subrogada

Finalmente, y como propuesta principal y fundamental de este trabajo de investigación, se considera de vital importancia la implementación de un juicio especial en relación a la gestación subrogada para el caso de que existan controversias de carácter familiar entre las partes, toda vez que ni en la estructura original planteada por la Diputada, ni en los comentarios emitidos por las

Comisiones Dictaminadoras se contempla ningún procedimiento ni forma especial para la solución de controversias, dejando en un total estado de indefensión a las partes en caso de incumplimiento o desacuerdo posterior.

Sin embargo, cabe señalar que la propuesta no irá dirigida para su inserción en la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal toda vez que a pesar de haber sido aprobada por el pleno de la Asamblea Legislativa y las Comisiones Dictaminadoras desde el año 2011, su publicación y por ende su entrada en vigor se han venido retrasando. En esta virtud, y atendiendo a la importancia y urgencia de regular este tipo de prácticas se propone la inserción de este procedimiento en el **Título Decimosexto** (De las controversias de orden familiar) del **Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal**, para quedar como **Capítulo II, De las controversias por gestación subrogada.**

El juicio que se propone a contestación estará enfocado primordialmente para el caso de que la mujer gestante eventualmente pretenda asumir una maternidad que no le corresponde, para lo cual será necesario dotar a las partes de las vías y herramientas jurídicas adecuadas y suficientes para una apropiada defensa dentro del litigio.

Se sostiene que ese será su enfoque primordial y no en sí el incumplimiento del acuerdo de gestación subrogada toda vez que este supuesto sí está contemplado por la Ley en comento dentro del Título Quinto, relativo a la Nulidad, Daños y Perjuicios y Sanciones del Instrumento para la Gestación Subrogada. Sin embargo, la eventual existencia de un conflicto de carácter familiar por la determinación de la maternidad o la paternidad quedó completamente fuera de la Ley creando un grave vacío jurídico que puede afectar sobremanera tanto la constitución de esa familia como los intereses de la mujer gestante.

En ese tenor se considera de vital importancia la existencia de un procedimiento especial creado para resolver conflictos de esta naturaleza, para lo cual se propone lo siguiente.

La demanda donde se solicite el reconocimiento de la maternidad o la paternidad que pudiera derivarse de la gestación subrogada se podrá interponer en cualquier momento posterior al término del embarazo, cumpliendo con los requisitos de los artículos 95 y 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, relativos a los documentos que deben acompañar al escrito de demanda y los requisitos que la misma debe contener, respectivamente, y deberá presentarse ante el Juez de lo Familiar en turno. En ella deberán expresarse de manera clara los datos relativos a la mujer que fungió como gestante y su pareja, sea esposo o concubino, en caso de haberlo; o viceversa, los datos correspondientes a la persona o pareja para quien se fungió como gestante. En caso de no contar con ellos deberá especificarse esta situación en el escrito de demanda, y el Juez podrá solicitarlos a la Secretaría de Salud para estar en posibilidad de emplazar a la demandada.

Además, deberá acreditarse que se cumplieron y se sigue cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley de la materia para su respectiva tramitación, tales como la capacidad de ejercicio, el consentimiento libre e informado, valoración psicológica ante la Secretaría de Salud, entrevistas informativas con el médico tratante, entre otras.

Se propone que en atención a la especial naturaleza de este juicio se dicte el auto de admisión de la demanda al día siguiente de su presentación.

Se considera también que puede ser oportuno que una vez presentada y admitida la demanda por el Juez de lo Familiar, se le de vista a la Secretaría de Salud para que dentro de un término considerable (se proponen 5 días) manifieste lo que a su

derecho convenga, en atención a su participación inicial dentro del procedimiento de gestación subrogada y toda vez que de acuerdo a la Ley de la materia es ésta quien debe realizar toda la serie de estudios y actos preparativos para que se lleve a cabo. De esta manera podrá manifestar si efectivamente las partes estaban plenamente conscientes y bien informadas respecto a las consecuencias de someterse a tal procedimiento, o si por el contrario llegó a notar alguna situación fuera de lugar. Ambas situaciones podrán servir de referencia para el fallo del Juez.

La parte demandada deberá contestar a la demanda interpuesta en su contra cumpliendo con todos los requisitos del artículo 260 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, respondiendo a los hechos y pretensiones de la demandada y expresando las razones por las cuales considera que es ella a quien se le debe reconocer la maternidad o la paternidad.

En virtud de la especial naturaleza y delicadeza del presente juicio en donde se ponen en juego los intereses, la dignidad humana y la intimidad de un menor, y en atención a una mayor celeridad y prontitud en la tramitación del juicio, se sugiere que en el mismo auto de admisión de la demanda se señale fecha y hora para la audiencia de pruebas y alegatos, donde se presentarán, admitirán y desahogarán todos los medios de prueba que se contemplen dentro del Capítulo III del Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como los demás relativos en donde se regulen de manera específica para probar su dicho. La audiencia deberá celebrarse dentro de un periodo conveniente y suficiente para que las partes se preparen para ella y estén en posibilidades de presentar los medios de prueba y alegatos necesarios (se propone que sea dentro de un plazo mínimo de treinta días y máximo sesenta días siguientes contados a partir del auto que ordene el traslado, pudiendo prorrogarse por una vez para celebrarse dentro de los 8 días siguientes cuando por alguna razón no pueda celebrarse en ese

término, pero deberá probarse que es en razón de circunstancias ajenas a las partes y no por mero desinterés, situación en la cual se propone imponer una sanción por parte del Juez de lo familiar en aras de la importancia que reviste resolver una controversia de este tipo donde los intereses del menor pueden resultar afectados).

Tanto en los escritos de demanda como de contestación, así como en la audiencia a que sean llamadas las partes se podrán aportar todos los medios de convicción que le permitan al juez tomar una justa decisión en cuanto a la determinación de la maternidad o paternidad, tales como los exámenes médicos y psicológicos realizados por la Secretaría de Salud, el acuerdo de gestación subrogada, testimoniales, peritajes, entre otras. Sin embargo, es importante que el juez tome en consideración el carácter legal que se le otorga a una figura como el acuerdo de gestación subrogada, así como el carácter volitivo que debe imperar en estas técnicas de reproducción. Esto es, tanto la persona o pareja solicitante como la mujer gestante debieron recibir desde un principio toda la información suficiente y necesaria de carácter médico, biológico, legal, o de cualquier tipo para estar plenamente convencidos de someterse a esta práctica y, en consecuencia, si desde un principio existía esa voluntad, es esa misma la que debe imperar. De ahí que sea de suma importancia que a lo largo de todo ese proceso exista un consentimiento informado.

No obstante lo anterior, cierto es que el Juez también deberá tomar en consideración en todo momento el interés superior del menor y, en caso de contar con la edad suficiente, deberá ser escuchado en audiencia para que manifieste lo que a su derecho convenga, sobre todo si durante su vida ha tenido la oportunidad de convivir con ambas partes.

Asimismo, en atención a este interés superior del menor y si el Juez lo considera conveniente dadas las circunstancias especiales del caso, se podrán dictar las medidas provisionales pertinentes para su protección, y podrán subsistir en tanto las partes lleguen a un acuerdo respecto a la medida, se dicte sentencia interlocutoria o sentencia definitiva.

Una vez desahogadas las pruebas y cerrado el periodo de alegatos, el Juez de lo Familiar dictará sentencia en donde se pronunciará de manera breve y concisa respecto al caso de ser posible en la misma audiencia, y de no ser así se le otorgará un periodo conveniente para emitirla (se propone que sea de ocho días, contados a partir de la fecha de audiencia).

Dicha sentencia podrá ser susceptible de apelación en términos de lo dispuesto por el capítulo correspondiente del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Una vez que la sentencia quede firme, y en base a la determinación que tome el Juez de lo Familiar respecto a la situación del menor y las partes, se remitirá copia de las diligencias respectivas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Distrito Federal, para que el primero tenga conocimiento y realice las anotaciones respectivas en su base de datos sobre la gestación subrogada, en el caso de la primera, y en el segundo para que levante el acta respectiva.

La resolución judicial se guardará en el apéndice del acta, quedando absolutamente prohibido dar información sobre ella, excepto en los casos en que se considere conveniente y siempre que sea por orden del Juez competente.

Si se reconoce que la maternidad se otorga a la persona o pareja solicitante, únicamente se anexará al apéndice y se harán las anotaciones correspondientes. Empero, si se le otorgara a la mujer gestante además de esto deberán realizarse las modificaciones y rectificaciones respectivas al acta de nacimiento donde se le

reconozca esta maternidad o paternidad, dejando en completa confidencialidad las circunstancias de su nacimiento y del procedimiento.

De esta manera, se tiene contemplado que la sustanciación del procedimiento que se propone no sea de más de tres meses atendiendo a los principios de celeridad del procedimiento y prontitud en el dictado de la sentencia, y sobre todo a la protección que debe imperar a los intereses, dignidad y bienestar del menor.

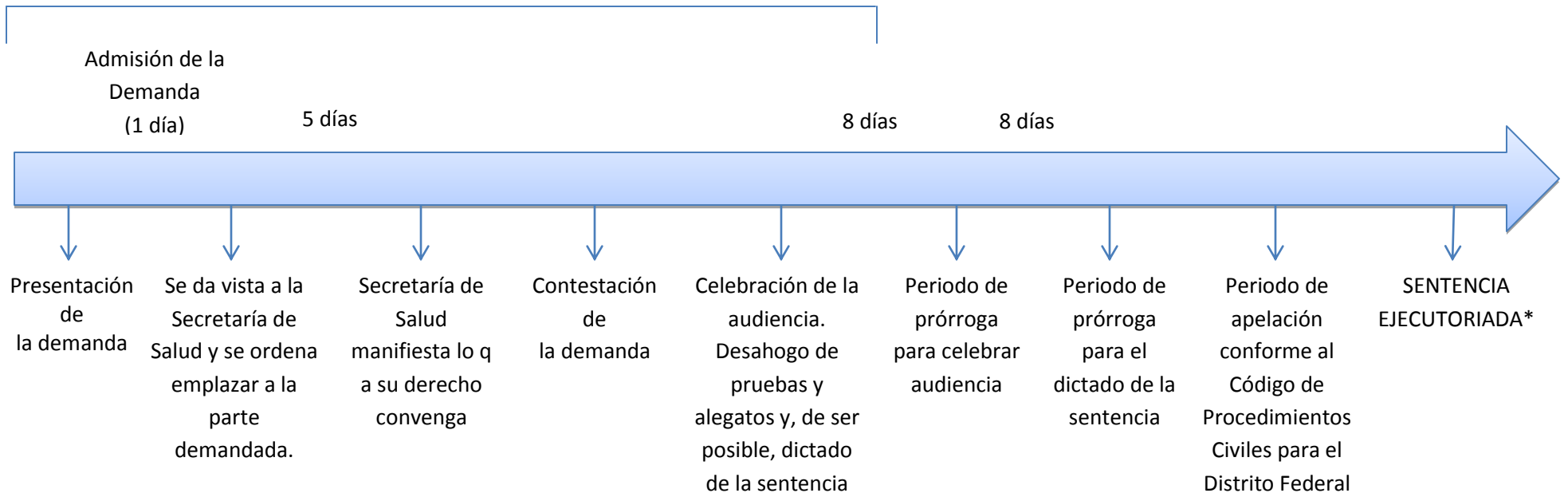
El Juez de lo Familiar deberá escuchar y atender a todo lo manifestado por las partes procurando el menor impacto emocional posible y la mayor prontitud que los tiempos, las herramientas aportadas y la colaboración de las partes le permitan para una mejor impartición de justicia.

Cabe señalar que los tiempos se podrán prorrogar únicamente por mandato del Juez y cuando exista una causa justificada que impida material y jurídicamente continuar con el normal desarrollo del procedimiento. Empero, lo más deseable es que se concluya en los tiempos propuestos en esta investigación toda vez que al tratarse de una célula tan importante y delicada como lo es la familia, merece la mejor y pronta solución que sea posible.

Así las cosas, de manera esquemática y para una mejor comprensión se resume el procedimiento propuesto de la siguiente forma:

JUICIO ESPECIAL POR GESTACIÓN SUBROGADA

Periodo mínimo de 30 días y máximo 60



Presentación de la demanda

Se da vista a la Secretaría de Salud y se ordena emplazar a la parte demandada.

También se señala fecha de audiencia.

Secretaría de Salud manifiesta lo que a su derecho convenga

Contestación de la demanda

Celebración de la audiencia. Desahogo de pruebas y alegatos y, de ser posible, dictado de la sentencia

Periodo de prórroga para celebrar audiencia

Periodo de prórroga para el dictado de la sentencia

Periodo de apelación conforme al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

SENTENCIA EJECUTORIADA*

*Sentencia ejecutoriada

Se reconoce a solicitante: Sólo se anexa al apéndice del acta.

Se reconoce a gestante: Se anexa al apéndice del acta y se solicitan modificaciones correspondientes.

CONCLUSIONES

La gestación subrogada se constituye hoy en día como una de las técnicas de reproducción que comienzan a tener un gran auge en todo el mundo y que podría convertirse en la técnica de las generaciones futuras. No obstante, su estudio y regulación aún es muy escasa y es de suma importancia que el Derecho comience a preocuparse por ello.

A lo largo de todo este trabajo de investigación se ha analizado la importancia, contradicciones, vacíos y necesidades de estudiar y reglamentar una técnica de reproducción asistida que cada vez va más y más en aumento como lo es la maternidad o gestación subrogada, una técnica que a pesar de considerarse que nació con el uso de la tecnología y la ciencia, en realidad tuvo su aparición desde tiempos bíblicos como nos lo cuenta el Génesis con personajes como Abraham, a quien su esposa Saray no podía darle hijos y decidió recurrir a una sierva egipcia para concebir. Pasando también por Grecia y Roma, civilizaciones antiguas donde una situación de esterilidad o infertilidad era mal vista e incluso, al no contar con una explicación fáctica de sus causas simplemente se atribuía al cólera de los dioses. Eran pueblos solemnes y por ende, la llegada de una persona a una familia no siempre derivaba del acto sexual y los lazos sanguíneos, sino que se determinaba en atención a la evolución de la sociedad y ciertos factores económicos. Algunos principios como "*mater semper certa est*" o "*pater vero is est quem nuptiae demostrant*" fueron los que imperaron por muchos años y que, sin embargo, en la actualidad con estas técnicas de reproducción comienzan a perder validez.

Sin lugar a dudas, la cuna de este tipo de prácticas es Estados Unidos, nación en donde se pueden encontrar anuncios de mujeres que alquilan sus vientres por

sumas exorbitantes de dinero, agencias especializadas que actúan como intermediarios e incluso casos que ya han llegado a la Corte por controversias con la mujer gestante y el recién nacido, y que sin embargo, aún cuenta con una vaga legislación que no alcanza a cubrir las necesidades y urgencias que representa la gestación subrogada. Es de reconocer que en la mayoría de sus estados ya existen proyectos de ley para permitirla o prohibirla pero sin llegar aún a ningún tipo de consenso y por tanto, se considera como un país donde aún no existe una regulación expresa sobre el tema junto con países como Inglaterra y Colombia.

No obstante lo anterior, existen otros tantos donde por el contrario se encuentra expresamente permitida, o cuenta con ciertas reglamentaciones que dejan abierta la posibilidad para su uso tales como Brasil, Canadá, India y Rusia. En cambio, países como Alemania, Australia, Francia y España la prohíben.

México es un país que a pesar de que aún no cuenta con una legislación expresa, sí ha habido proyectos de ley y Códigos Civiles a nivel local que contemplan su existencia, tal es el caso del *"Proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Salud, y expide la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Asistida"*, presentada por el Diputado Alberto Esteva Salina en el año 2007, y la *"Iniciativa que crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley General de Salud"*, presentada por la Diputada Leticia Quezada Contreras en el año 2010, así como los Códigos Civiles de los Estados de Tabasco (que la permite), Coahuila (que la prohíbe) y San Luis Potosí (que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida aunque no a la gestación subrogada en específico).

Así pues, bajo una perspectiva histórica, la gestación subrogada ha existido prácticamente desde la antigüedad abriéndose paso poco a poco dentro de nuestra

sociedad y propiciando la creación de nueva reglamentación o su inclusión dentro de las existentes en un afán de mejorar su realización y evitar futuros conflictos entre las partes. Sin embargo vemos que hoy en día siguen siendo insuficientes esos esfuerzos y las legislaciones sobre el tema siguen siendo extremadamente vagas, inconclusas y que no se definen cien por ciento frente a una postura permisivista o prohibicionista, creando graves vacíos y lagunas jurídicas que es necesario llenar. El Derecho no puede seguir siendo un simple espectador de lo que ocurre a su alrededor, es una práctica que se lleva a cabo y que requiere ser regulado. Las propuestas y proyectos existentes son insuficientes todavía y por ello la importancia de regularlo crece día a día.

Bajo un marco conceptual, evidentemente los que cobran mayor relevancia y que al mismo tiempo sufren una transformación en su concepción son los relativos a la maternidad y la paternidad, así como filiación y parentesco. Las concepciones tradicionales que se tenían hasta ahora de los mismos, hoy pierden validez convirtiéndose en un concepto totalmente nuevo que debe adaptarse a las nuevas realidades y prácticas sociales.

En este tenor, madre ya no es la que da a luz, sino aquella que tiene la voluntad y las ganas de tener esa carga social que conlleva; aquella que desea para sí las obligaciones que trae consigo la maternidad. Por ende, no se puede considerar como madre a la mujer que va a gestar al menor y que lo dará a luz, sino a aquella que derivado de su deseo y voluntad de convertirse en madre tiene la necesidad de recurrir a esta tercera persona.

Se afirma lo anterior en virtud de que no obstante existen diversas teorías frente a la determinación de la maternidad que toman en cuenta otro tipo de elementos tales como el elemento biológico, la llamada maternidad social, el elemento volitivo e incluso una posición ecléctica, la más adecuada frente a este tipo de prácticas

será siempre aquella que refiera a la mujer que tiene la voluntad de convertirse en madre y asumir esa carga social, puesto que aquella que llevara adelante la gestación tendrá esta única función terminando todo vínculo al final de la misma.

Así pues, la maternidad debe ir más allá del mero hecho biológico, abriendo paso a nuevas concepciones acordes a la nueva realidad social donde se constituya como un todo sociológico, fisiológico y emocional, constituyendo asimismo una nueva concepción de filiación donde aun cuando lo ideal sea una coincidencia entre lo biológico y lo jurídico, para el Derecho resulta intrascendente que no la haya y no impide que exista una filiación jurídica que no equivalga a una biológica. De ahí que aun cuando en la gestación subrogada no siempre pueda existir un vínculo biológico, no tiene por qué verse afectada la filiación.

En este tenor, pueden existir infinidad de causas que den origen y creen la necesidad de recurrir a este tipo de técnicas de reproducción asistida pero sin duda las de mayor incidencia y tal vez las más alarmantes por su crecimiento son las de esterilidad e infertilidad. Las tasas señaladas por organismos como el Instituto Nacional de Estadística y Geografía y la Organización Mundial de la Salud nos alarman frente a un crecimiento incontrolado de personas y parejas que sufren de estos padecimientos y que lamentablemente muchas veces resultan irreversibles por no ser atendidos a tiempo. Las causas de esta esterilidad o infertilidad tan variadas como pueden ser el retraso en asumir una maternidad (en el caso de las mujeres), afectaciones en el semen por conductas como el tabaquismo o el alcoholismo o cambios en la conducta sexual, por mencionar solo algunos, son hoy en día problemas que cada vez resultan ser más frecuentes y que alarmantemente podrían ir en aumento. Por ello resulta de suma importancia comenzar a regular estas prácticas que son de gran utilidad frente padecimientos de esta índole.

Sin embargo, no solo se puede hablar de estos padecimientos. Hay una tercera causa que puede originar la gestación subrogada y que también podría ir en aumento en los próximos años: la homosexualidad. Alrededor del mundo y en especial en nuestro país, en los últimos años se ha buscado la reivindicación de los derechos de las personas con preferencias sexuales distintas y evidentemente uno de los principales derechos en los que se buscan cambios es en los llamados derechos reproductivos.

Avances como las reformas efectuadas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal en el año 2009 respecto al matrimonio y concubinato, han contribuido al creciente deseo en personas con parejas del mismo sexo de crear una familia, y toda vez que evidentemente existe un impedimento biológico para la procreación, la gestación subrogada se vuelve una muy plausible solución.

Esto nos lleva a que no deben existir limitantes en cuanto al acceso a este tipo de prácticas. Debe permitirse sin importar el estado civil o las preferencias sexuales, puesto que estas prácticas descansan sobre una evidente protección a los derechos sexuales en donde pueda existir una separación entre sexualidad y procreación y se pueda reivindicar el derecho de opción en materia sexual, asegurando consecuentemente la libertad de toda persona para decidir de manera libre e informada el número y momento en que decidirá formar una familia, así como el método por el que decida hacerlo.

Frente a todo lo anterior, la Iniciativa de Decreto por la que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, presentada en su origen en el año 2009 por la Diputada Maricela Contreras Julián, y revisada y aprobada posteriormente por las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género en el año 2011, evidentemente representa un avance sin igual

en materia de derechos reproductivos. Sin embargo, los vacíos y lagunas jurídicas que podrían derivar de su contenido dejan de ser hoy en día lo más preocupante, para centrarnos en su retraso en su publicación y consecuente entrada en vigor.

Así pues, prácticas como la gestación subrogada hoy en día son una realidad que requieren la atención y preocupación del Derecho para su pronta solución. Sin embargo, en el caso del Distrito Federal ha pasado ya más de un año en el que no se ha podido publicar la mencionada ley, no obstante ya fue aprobada.

Por ello y en atención a la urgencia de regular estas prácticas para dotar de una mayor certeza y seguridad jurídica a las partes, pero sobre todo en un afán por proteger los intereses del menor que se verá envuelto en tal situación, se propone la existencia de un nuevo procedimiento tendiente a resolver los posibles conflictos en materia familiar derivados de la gestación subrogada. Dicho procedimiento deberá ser adicionado al actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, toda vez que la ley de la materia propuesta en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aún no ha podido ver la luz jurídica y en consecuencia no puede ser aplicada.

Sin embargo, la realidad una vez más ha rebasado el Derecho y existe una evidente urgencia por regular las técnicas de reproducción asistida, técnicas que hasta ahora se han dejado de lado sin importar las tasas de crecimiento en problemas de procreación que a la par acarrearán conflictos jurídicos para los que no existen suficientes herramientas. De ahí que una regulación sea esencial para una completa y mejor reivindicación frente a los derechos sexuales.

La sociedad y sus concepciones cambian, la familia y la procreación ha cambiado; el Derecho debe hacerlo también y dejar de ser un simple espectador.

PROPUESTAS

A lo largo de todo este capítulo se han venido explicando a detalle una serie de propuestas, así como las razones en las que se basan y por las cuales se consideran importantes. En este apartado y a manera de resumen, se hará únicamente un listado de las propuestas generales que se realizan derivado de este trabajo de investigación:

- Utilizar el término *mujer gestante* en lugar del de *persona gestante* a lo largo de todo el contenido de la ley, en virtud de que es un término mucho más apropiado ya que si bien es cierto que el sentido común nos puede indicar que quien realiza esa labor debe ser una mujer, para efectos de la ley y por tratarse de una práctica tan delicada, resulta conveniente realizar la aclaración y no dejar un amplio campo de acción al utilizar un término tan general como lo es el de persona. Se propone también una definición.
- Se propone una nueva definición de gestación subrogada.
- Utilizar el término *Acuerdo de Gestación Subrogada* en lugar del de *Instrumento para la Gestación Subrogada*, por tratarse precisamente de un acuerdo de voluntades entre las partes en donde una se compromete a llevar a cabo la gestación y entregar al producto de esta al llegar a su término a la otra parte, aunado a que se considera que la acepción *instrumento* puede entenderse simplemente como el género de donde deriva la clasificación de actos realizados por el Notario, mas no un tipo de acto como tal.
- En relación a los supuestos de separación y fallecimiento de los padres posterior al nacimiento del menor, se propone atender a las reglas generales del procedimiento de controversias familiares en el primer caso, y que en caso de fallecimiento el Juez determine lo conducente pero otorgando una preferencia para ejercer la patria potestad, guarda y

custodia a la mujer que haya fungido como mujer gestante, cuando en el acuerdo inicial no se haya especificado quien lo ejercerá en caso de falta de alguno de los padres.

- En lo referente a la indemnización postnatal, se propone acotar el artículo de referencia especificando los casos en los que se otorgará, o bien únicamente cuando la patología que derive de una inadecuada atención médica sea imputable a la persona o pareja solicitante.
- Para los certificados y actas de nacimiento, se propone la especificación de que no deberán hacerse anotaciones o referencias en los mismos respecto a esta técnica de reproducción, atendiendo al derecho a la intimidad y a la confidencialidad del que toda persona debe gozar y aplicando por analogía los artículos 86 y 87 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Como propuesta principal, se propone la inserción de un procedimiento especial relativo a la gestación subrogada dentro del Título Decimosexto (De las controversias de orden familiar) del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para quedar como Capítulo II, De las controversias por gestación subrogada, mismo que estará enfocado primordialmente para el caso de que la mujer gestante eventualmente pretenda asumir una maternidad que no le corresponde. Dicho procedimiento atenderá a las reglas básicas del procedimiento en general salvo ciertas particularidades sobre todo en tiempos, contemplando para su sustanciación un periodo no mayor a tres meses atendiendo a los principios de celeridad del procedimiento y prontitud en el dictado de la sentencia, y sobre todo a la protección que debe imperar a los intereses, dignidad y bienestar del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Alberdi, Inés y Escario, Pilar, *Los hombres jóvenes y la paternidad*, España, Fundación BBVA, 2007.

Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Báez Rosalía, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Harla, 1990.

Betancurt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, 3ª ed., España, Universidad de Sevilla, 2007.

Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 9ª ed., México, Porrúa, 2009
Botella Llusía, José y Clavero Nuñez, José A., *Tratado de Ginecología*, 14ª ed., Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1993.

Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997.

Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012

Chirino Castillo, Joel, *Contratos*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011.

De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 2ª ed., México, Porrúa, 1981.

De La Mata Pizaña, Felipe Y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2005.

De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. III*, 3ª ed., México, Porrúa, 1973.

Díaz González, Luis Raúl, *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles*, 3ª ed., México, Gasca SICCO, 2004.

Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996.

Gilbert, Scott F., *Biología del desarrollo*, 7ª ed., trad. de José Luis Eduardo Ferrán, Uruguay, Departamento de Anatomía Humana y Psicología, Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, Editorial Médica Panamericana, 2003.

Guzmán Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del Siglo XXI*, México, Porrúa, 2005.

Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto. Problemas éticos, legales y religiosos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008

La fecundación in vitro y la filiación, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, <http://books.google.es/books?id=N7Bf63O6Uh0C&pg=PA241&lpg=PA241&dq=informe+de+la+comisi%C3%B3n+especial+estudio+de+la+fecundaci%C3%B3n+in+vitro&source=bl&ots=EVUb0Dg3vN&sig=wtEdxWf0g5tBHttqMkMmmT2CnGM&hl=en&sa=X&ei=f9HoUOfUAaLc2AXev4GwBw#v=onepage&q=informe%20de%20la%20comisi%C3%B3n%20especial%20estudio%20de%20la%20fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro&f=false>

Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil. T. IV. Contratos*, México, PACJ, 2008.

Magallón Ibarra, Mario (coord.), *Compendio de Términos de Derecho Civil*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Colombia, Universidad de Medellín, 2005.

Martínez de Moretón Llamas, Ma. Lourdes, *Derecho de las presunciones*, pp. 63 – 67, http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22pater+is+est%22&source=web&ots=T1NnWiL7fb&sig=IQDRHBqrW6qVxcKqV2GptFI1RNY&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=1&ct=result#PPA68,M1

Martínez Pereda Rodríguez, J.M. y MassigogeBenegiu, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, España, Dykinson, 1984.

Moro Almaraz, María Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro*, Barcelona, Librería Bosch, 1998.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. T. II. Derecho de familia*, 9ª ed., México, Porrúa, 1998.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. T. V. Obligaciones. Vol. II*, 7ª ed., México, Porrúa, 1998.

Sánchez Márquez, Ricardo, *El parentesco en el derecho comparado (con un estudio del derecho mexicano)*, México, Porrúa, 2003.

Schaffer, Rudolf, *Ser madre*, 5ª ed., Madrid, Ediciones Morata, S.L., 1998.

Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1990.

Tapia Ramírez, Javier, *Contratos civiles. Teoría del contrato y contratos en especial*, México, Porrúa, 2009.

OTRAS FUENTES

Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad Subrogada*, Cámara de Diputados LX Legislatura, Centro de documentación, información y análisis, México, Agosto, 2008

Diccionario de la Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>

Dictamen de las Comisiones Unidas De Salud y Asistencia Social y De Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura.

Dictamen de las observaciones del Jefe de Gobierno del Distrito Federal al Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura.

Gamboa Montejano, Claudia, *Maternidad Subrogada. Análisis de las iniciativas presentadas en el tema a nivel federal. Segunda Parte*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, Octubre, 2010

Gamboa Montejano, Claudia, *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado. (Primera parte)*, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, Octubre, 2010

Génesis, 16.1, <http://iglesia.net/biblia/libros/genesis.html>

Informe Warnok, junio de 1984, <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>.

Iniciativa de ley que regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco, http://fraccionparlamentariaprldixlegislatura.org.mx/DIPRAUL/iniciativas/Subrogacion_Materna.pdf.

Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters,
http://archive.org/stream/reportonhumanart02onta/reportonhumanart02onta_djvu.txt.

Resolução Cfm Nº 1.358/1992, Conselho Federal De Medicina,
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm.

Rodríguez Martínez, Carlos, Conferencia Magistral, Arrendamiento de úteros, Poder Judicial del Estado de Colima, 30 de enero de 2009, Colima, Colima,
<http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20Outero%20%2830enero2009%29.pdf>

HEMEROTECA

Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 16 de abril de 2012,
<http://www.aldf.gob.mx/comsoc-busca-crear-ley-reproduccion-humana-asistida--10489.html>.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 27 de abril de 2011,
<http://www.aldf.gob.mx/comsoc-presentan-iniciativa-ley-reproduccion-asistida--7568.html>.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Boletín 726, 20 de julio de 2010,
<http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-comisiones-ley-maternidad-subrogada-distrito-federal--6274.html>.

Cámara de Diputados, Nota Nº 2985, 28 de julio de 2010,
http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/b_agencia_de_noticias/006_2010/07_julio/28_28/2985_presenta_prd_iniciativa_para_crear_la_ley_federal_de_subrogacion_gestacional.

El País, 01 de abril de 1987,
http://elpais.com/diario/1987/04/01/sociedad/544226406_850215.html.

El País, 04 de agosto de 1984,
http://elpais.com/diario/1984/08/04/sociedad/460418403_850215.html.

El País, 05 de febrero de 1988,
http://elpais.com/diario/1987/04/12/sociedad/545176801_850215.html.

El País, 06 de agosto de 1991,
http://elpais.com/diario/1991/08/06/sociedad/681429606_850215.html.

El País, 08 de agosto de 1983,
http://elpais.com/m/diario/1983/08/08/portada/429141603_850215.html.

El País, 08 de enero de 1988,
http://elpais.com/diario/1988/01/08/sociedad/568594804_850215.html.

El País, 11 de septiembre de 1986,
http://elpais.com/diario/1986/09/11/sociedad/526773605_850215.html.

El País, 12 de abril de 1987,
http://elpais.com/diario/1987/04/12/sociedad/545176801_850215.html.
 El País, 15 de abril de 1985,
http://elpais.com/diario/1985/04/15/sociedad/482364004_850215.html.
 El País, 15 de enero de 1985,
http://elpais.com/diario/1985/01/15/sociedad/474591607_850215.html.
 El País, 19 de enero de 1987,
http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html.
 Periódico ABC, 14 de octubre de 1990,
<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1990/10/14/066.html>

LEGISLACIÓN

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,
<http://www.iedf.org.mx/transparencia/art.14/14.f.01/marco.legal/CPCDF.pdf>
 Código Civil para el Distrito Federal, consultado en
http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/DF_Codigo_Civil_2011.pdf
 Código Civil para el Estado de Coahuila,
http://200.57.142.114/archivos/filemanager/leyes//Co%CC%81digos/C%C3%B3digo_Civil_para_el_Estado_de_Coahuila_de_Zaragoza.pdf
 Código Civil para el Estado de San Luis Potosí,
<http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdfzip/codigos/CCESLP/CESLP.pdf>
 Código Civil para el Estado de Tabasco,
<http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/27codciv.pdf>
 Constitución Política de 1988 de la República Federativa de Brasil,
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>
 Human Fertilisation and Embryology Act 1990,
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>.
 Infertility (Medical procedures) Act 1984,
http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/hist_act/ipa1984311.pdf.
 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida,
<http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN9282/3-9282.pdf>.
 Ley de Protección del Embrión, N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990,
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/5.pdf>.
 Ley General de Salud, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>
 Surrogacy Arrangements Act 1985, an act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.
 Victorian Art Regulation,
www.varta.org.au/secure/downloadfile.asp?fileid=1004754.

REVISTAS

Brugo-Olmedo, Santiago, *et. al.*, *Definición y causas de la infertilidad*, Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, Colombia, vol. 54, N° 4, 2003.

CICU, Antonio, *La filiación*, trad. de Faustino Giménez Tejeiro Arnau y José Santacruz Tejeiro, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

Molina de Pardiñas, Rosa Ma., *Derechos reproductivos y equidad de género*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/38/pr/pr26.pdf>

Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver*, Revista de Derecho Privado, edición especial 2012, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr12.pdf>

ANEXO 1

PROYECTO DE DECRETO

Artículo Único. Se expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, para quedar como sigue:

LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Gestación Subrogada.

Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley es relativa al Instrumento de Gestación Subrogada como el convenio entre la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada y la persona gestante. La Gestación Subrogada se realizará mediante la transferencia de embriones humanos, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, a una persona para que lleve la gestación. Este proceso se efectuará a favor de una o dos personas solicitantes, con quien o quienes al término del embarazo se generan los lazos de filiación con el o los niños nacidos.

Las personas podrán acceder a esta práctica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para las personas solicitantes en la presente Ley. En este supuesto, los derechos de filiación con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada se producen respecto a la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada.

La Gestación Subrogada deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

La Gestación Subrogada se realizará sin fines de lucro entre las personas solicitantes y la persona gestante; todas las personas involucradas procurarán el adecuado desarrollo del embarazo.

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

- I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;
- II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;
- III. Interés superior del niño: la consideración primordial que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña, en los términos que establecen los Tratados Internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos y las leyes aplicables en la materia;

IV. Instrumento para la Gestación Subrogada: convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia del embrión o los embriones y, en caso de implantación, el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, en beneficio de una o dos personas solicitantes, quienes manifiestan también su consentimiento para transferir uno o más embriones al útero de la persona gestante;

V. Ley: Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal;

VI. Personas solicitantes: personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada a contribuir y velar, en los términos que señale la Ley, porque el proceso de gestación se lleve a término y a ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que se derivan de la filiación constituida con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada;

VII. Gestación Subrogada: el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo;

VIII. Médico tratante: médico especialista en reproducción asistida que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Gestación Subrogada;

IX. Persona gestante: persona con capacidad de ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a permitir la transferencia y eventual implantación de uno o más embriones y a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, momento en que concluye su obligación subrogada;

X. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

XI. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, y

XII. Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno del Libro Primero del Código Civil.

Artículo 4°. La técnica de Reproducción Asistida que dará origen a la Gestación Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la autorización de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo que establece el Código Civil y el Código Penal, además del Código de Procedimientos Civiles, el Código de Procedimientos Penales, la Ley de Salud todos del Distrito Federal y demás ordenamientos legales.

TÍTULO SEGUNDO DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 6°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica informarán ampliamente a las partes que intervienen de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante.

Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la Gestación Subrogada, debiendo existir, en formato elaborado por la Secretaría de Salud, constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la privacidad.

Artículo 7°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas usuarias de la Gestación Subrogada.

Artículo 8°. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 9°. Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos que se derive de la práctica regulada en la presente Ley, sin que exista un Instrumento para la Gestación Subrogada, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho Instrumento.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Gestación Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley, la Ley General de Salud, la Ley de Salud del Distrito Federal, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 10. El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar, que:

I. La persona o personas solicitantes y la persona gestante se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento para la Gestación Subrogada y recibido toda la información necesaria, y

II. La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la persona gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión o embriones, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada.

A la persona gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral

de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, para comprobar que su entorno familiar se encuentre libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Bajo protesta de decir verdad, la persona gestante manifestará, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo la práctica de la Gestación Subrogada, que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12. La persona gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las personas que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante, no será objeto de discriminación por parte de las instituciones de salud, el médico tratante o el personal de salud.

TÍTULO TERCERO DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Gestación Subrogada, la persona o personas solicitantes y la persona gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:

I. Poseer capacidad de ejercicio;

II. La persona gestante otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, y manifieste su obligación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión, y a concluir su relación subrogada, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo, y

III. La persona gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción II y 11 de la presente Ley.

Artículo 15. La persona o personas solicitantes y la persona gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica de la Gestación Subrogada, quien deberá realizar una valoración sobre su estado psicológico para realizar un procedimiento de esta naturaleza. La valoración de la Secretaría de Salud no tendrá por objeto disuadir a las personas o persona solicitante y gestante de realizar dicho procedimiento.

Previa valoración que realice la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica de la Gestación Subrogada.

Artículo 16. La persona gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes.

En caso de que no exista una persona candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar en la práctica de la Gestación Subrogada.

Artículo 17. La Secretaría de Salud llevará un padrón de personas que quieran someterse a la práctica de la Gestación Subrogada, debiendo guardar la confidencialidad en la identidad de las partes que el procedimiento permita.

CAPÍTULO SEGUNDO DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Gestación Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

Artículo 19. La persona o personas solicitantes y la persona gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos establecidos en la presente Ley.

CAPÍTULO TERCERO DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 20. Previa verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la Gestación Subrogada, el Notario Público, fijará fecha y hora para que otorguen su consentimiento mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada.

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

I. Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada;

II. La obligación de la persona o personas solicitantes de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

III. La aceptación de la persona gestante de que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la persona o personas solicitantes;

IV. La obligación de la persona gestante de entregar, a la persona o personas solicitantes al o los niños después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento, y

V. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal.

El consentimiento expresado en el Instrumento para la Gestación Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones, sin que ello implique la vulneración de derechos y del bienestar integral de la persona gestante; además de la reparación del daño moral y, en su caso, una indemnización suficiente o el pago de daños y perjuicios, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la persona gestante que se derive de ésta práctica, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes.

Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 24 de esta Ley, constatando que la persona gestante no ha participado en más de dos procedimientos de Gestación Subrogada.

Artículo 21. El Instrumento para la Gestación Subrogada, no contendrá disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a la infancia y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

El Instrumento para la Gestación Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la persona gestante;

II. Limitación al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada para conocer su identidad personal, que implica la obligación de acceder a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y

III. Limitaciones al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, a la protección del Estado, mediante la aplicación de las disposiciones que al respecto establece el Código Civil.

Artículo 22. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Gestación Subrogada y la realización de esta práctica, no produce ninguna relación de filiación entre el o los niños nacidos y la persona gestante. En todos los casos los derechos derivados de la filiación serán a favor de la persona o personas solicitantes.

Artículo 23. El Juez de lo Familiar resolverá la situación del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada, conforme a las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil, en caso de separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes o durante el desarrollo del embarazo producto de la implantación del embrión a la que se comprometió la persona gestante en los términos de la presente Ley.

Artículo 24. El Instrumento para la Gestación Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que lo registre en la base de datos sobre la práctica de la Gestación Subrogada.

Artículo 25. Cualquier conflicto derivado de la aplicación del Instrumento para la Gestación Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

TÍTULO CUARTO DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL NIÑO NACIDO MEDIANTE LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 26. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante en términos de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal respecto al certificado de nacimiento y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la persona o personas solicitantes, en su caso.

El parentesco y filiación entre él o los niños nacidos por Gestación Subrogada y la persona o personas solicitantes de ésta práctica son los que surgen por consanguinidad conforme al artículo 293 del Código Civil.

Artículo 27. Los efectos de la Gestación Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto.

TÍTULO QUINTO DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES DEL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 28. Es nulo el Instrumento para la Gestación Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;
- III. Se establezcan cláusulas que atenten contra la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, y
- IV. Se establezcan cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29. Los supuestos de nulidad a los que se refiere el presente Capítulo, se sujetarán a lo establecido en el Título Sexto del Libro Cuarto del Código Civil.

La declaratoria de nulidad del Instrumento para la Gestación Subrogada, no causa efectos respecto a los derechos de filiación entre la persona o personas solicitantes y el o los niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

Artículo 30. La persona gestante tendrá derecho al pago de gastos médicos, por parte de las personas solicitantes, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal; si existe incumplimiento podrá demandar civilmente. Para efectos del presente artículo presentará la constancia médica respectiva expedida por la Secretaría de Salud para su valoración por parte de las autoridades correspondientes.

Artículo 31. El Instrumento para la Gestación Subrogada es nulo cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de las personas solicitantes o de la persona gestante; en su caso, la persona que haya sufrido tal vicio del consentimiento, presentará las denuncias correspondientes.

CAPÍTULO SEGUNDO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 32. El Instrumento para la Gestación Subrogada podrá ser revocado por la persona o personas solicitantes, o la persona gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho de pago de daños y perjuicios.

Artículo 33. En caso de que la persona o personas solicitantes, o la persona gestante incumplan con el Instrumento para la Gestación Subrogada, están obligados a pagar los daños y perjuicios que causen por su incumplimiento.

CAPÍTULO TERCERO

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN AL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 34. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento de las partes que intervienen, siendo aplicables las penas que establece el Código Penal.

Artículo 35. La persona o personas solicitantes, o la persona gestante que pretendan obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de las personas que intervienen en la práctica establecida en la presente Ley, el o los niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, o que no cumplan con lo convenido en el Instrumento para la Gestación Subrogada le serán aplicables las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal.

SEGUNDO.- La Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal, expedirá, en un plazo máximo de 60 días, el Instrumento para la Gestación Subrogada a que se refiere el artículo 18 de la presente Ley.

TERCERO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizará, en un plazo máximo de 90 días, las modificaciones y reformas necesarias a la legislación local respectiva para su armonización con las disposiciones de la presente Ley.

CUARTO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para el ejercicio fiscal 2012 y los subsecuentes, aprobará los recursos necesarios para la aplicación de las disposiciones de la presente Ley.

Dado en el Recinto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a los 9 días del mes de noviembre de 2011.