



**UNIVERSIDAD VILLA RICA**

---

---

**ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**“MATERNIDAD SUBROGADA, PROPUESTA DE ADICIÓN  
AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ”**

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

**ROSSANA YUNES ESPINOSA**

**Director de Tesis**

Lic. Ana Lilia González López

**Revisor de Tesis**

Mtro. Arturo Landa Sánchez

BOCA DEL RÍO, VER.

MARZO 2014



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.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPITULO I METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.</b>	
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	4
1.2 JUSTIFICACION DEL PROBLEMA .....	4
1.3 OBJETIVOS .....	8
1.3.1. Objetivo General .....	8
1.3.2. Objetivo Especifico.....	8
1.4. HIPOTESIS .....	9
1.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES .....	9
1.5.1. Variable Independiente .....	9
1.5.2. Variable Dependiente.....	9
1.6 DEFINICIÓN DE VARIABLES.....	9
1.6.1 Marco Normativo .....	9
1.6.2 Técnica Científica .....	10
1.6.3 Maternidad Subrogada .....	10
1.7 TIPO DE ESTUDIO .....	10
1.8 DISEÑO .....	10
1.8.1 Investigación Documental .....	10
1.8.1.1 Centros de acopio de información .....	10
1.8.1.1.1 Biblioteca Pública .....	10

1.8.1.1.2 Biblioteca Privada .....	10
1.8.1.1.3 Biblioteca Particular .....	11
1.8.1.2 Técnicas empleadas para la recopilación de información .....	11
1.8.1.2.1 Fichas bibliográficas .....	11
1.8.1.2.2 Fichas de trabajo .....	11

## **CAPITULO II EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.**

2.1. CONCEPTOS DE FAMILIA.....	12
2.1.1. Concepto Biológico .....	14
2.1.2. Concepto Sociológico.....	14
2.1.3. Concepto Jurídico .....	15
2.1.4. Concepto Religioso. ....	17
2.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.....	18
2.2.1. Tipos de Familia.....	21
2.2.2. Filiación .....	25
2.2.2.1 Filiación: Maternidad y Paternidad .....	28
2.2.3 Parentesco .....	29

## **CAPITULO III MATERNIDAD SUBROGADA.**

3.1. MATERNIDAD .....	33
3.1.1 Etimología y concepto.....	33
3.1.2 Principios jurídicos .....	35
3.1.3 Clases de maternidad .....	36
3.1.4 Noción Fundamental de Maternidad .....	38
3.1.5. Subrogación .....	41
3.1.6. Concepto de Maternidad Subrogada .....	43
3.1.7 Problemática actual.....	50
3.1.8. Causas y Motivos de la Maternidad Subrogada .....	52

3.1.9 Antecedentes .....	53
3.1.10. Disociación de la Maternidad .....	57
3.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA MATERNIDAD	
SUBROGADA .....	58
3.2.1. Inseminación Artificial .....	60
3.2.2 Fecundación IN VITRO .....	63
3.3. CONSENTIMIENTO Y RESPONSABILIDAD.....	67
3.3.1 Consentimiento y Responsabilidad de los Usuarios .....	68
3.3.2. Consentimiento y Responsabilidad de los Donadores de Gametos.....	70
3.3.3. Responsabilidad del Estado.....	70
3.4. PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	72
3.4.1. Fundamentos de la Procreación ¿garantía individual .....	72
3.4.2. Contenidos y Aspectos de la Libertad de Procrear .....	74
3.4.3. Entre lo público y lo privado .....	75
3.4.4. Mercantilización .....	76
3.4.5. Límites a la Libertad de Procrear .....	77

#### **CAPÍTULO IV. LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

4.1 LEGISLACIÓN NACIONAL .....	78
4.1.1 Ley General de Salud .....	79
4.1.2 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. ....	81
4.2 LEGISLACIONES ESTATALES.....	86
4.2.1. Jalisco .....	86
4.2.2. Tabasco .....	87
4.2.3 San Luis Potosí .....	90
4.2.4 Coahuila .....	91
4.2.5 Distrito Federal.....	95
4.2.6 Veracruz.....	98

4.2.7 Reflexión del panorama jurídico en el Estado de Veracruz.....	100
4.3. LEGISLACION INTERNACIONAL .....	102
4.3.1. El Right to Reproduce en el Derecho Norteamericano .....	102
4.3.2. El Derecho a Procrear en el Derecho Español.....	103

## **CAPÍTULO V PROPUESTA DE ADICIÓN Y REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ.**

5.1 ADICIÓN AL CÓDIGO CIVIL. ....	105
5.2 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ.....	112
<b>CONCLUSIONES</b> .....	114
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	117
<b>LEGISGRAFÍA</b> .....	120
<b>LINKOGRAFIA</b> .....	119

## INTRODUCCIÓN

Desde este planteamiento, nuestro trabajo de investigación, tendrá por objeto plantear la necesidad de establecer el marco jurídico de la maternidad subrogada, ante la problemática, consecuencia de la aplicación de los avances tecnológicos científicos en cuanto a la reproducción humana, en virtud de los padecimientos de algún tipo de esterilidad o enfermedad que no permita tener descendencia, ya que las personas que padecen este tipo de complicaciones, hoy se les ofrece una temprana detección y la posible cura a través de prácticas médicas denominadas: técnicas de reproducción asistida, entre las que encontramos la maternidad subrogada, colocando al hombre y sistemas jurídicos ante nuevos conflictos científicos, religiosos y jurídicos, para los cuales no está preparado, razón por la cual surgen contradicciones socio-culturales-religiosas, que exigen nuevas formas de razonamiento. Ante las posibilidades ofrecidas por la aparición y desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, que no solo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el hombre y la mujer, sino que está también puede ser realizada sin la participación biológico- genético.

Es aquí, donde la ciencia del derecho interviene, dado que la conducta del hombre en sociedad debe ser regulada por esta, mediante un marco jurídico apropiado, estableciendo parámetros de conducta para que exista una adecuada convivencia y el bien común como su primordial finalidad.

Toda vez, que los avances en el campo de la medicina, han tenido logros impresionantes en cuanto a la reproducción humana, en lo concerniente a “maternidad subrogada”, “maternidad sustituta”, “renta de útero”, “madre de alquiler” o cualquier otra denominación adoptada, mediante una técnica de reproducción asistida, donde intervenga una mujer, denominada “portadora”, para llevar a término un embarazo, la cual deberá renunciar a todos los derechos que pueda ejercer sobre el concebido para cederlos a la pareja que la contrato a cambio de una retribución; existen controversias sobre los derechos que esta puede ejercer si es ella la que aporta su material genético, ya que sería la madre biológica, y por tanto nadie podrá obligarla a renunciar a los derechos que derivan de la maternidad.

Es por lo anterior que este trabajo busca establecer, el marco jurídico necesario, a este tipo de controversia, ya que muchas de las parejas que no pueden tener hijos no desean adoptar, sino tener un hijo biológicamente relacionado con alguno de ellos.

Es por eso, la importancia de realizar una adición al marco normativo, del derecho civil, que establezca reglas claras, sobre la utilización del método científico de maternidad subrogada, con el objeto de establecer los derechos y obligaciones que derivan de esta; los derechos que se ven afectados por dicha práctica; posibles soluciones a las situaciones que deben ser reguladas como: la protección del menor que será concebido y todo lo que esta implica.

Por lo que se considera necesario que las legislaciones deben adaptarse a la sociedad, a medida que esta vaya evolucionando a través del tiempo, ya que toda conducta humana debe ser regulada por el derecho.

Finalmente en el apartado de las conclusiones se propondrá un marco jurídico normativo, que parte de la protección de los derechos humanos, de la



madre, el padre, de quien renta el útero, así como de los derechos de los menores, dentro del presente trabajo de investigación documental.

# **CAPÍTULO I**

## **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

¿Qué importancia reviste la adición de un marco jurídico normativo que regule la Maternidad Subrogada, ante los debates de la comunidad ética, sociocultural, y jurídica sobre el tema?

### **1.2 JUSTIFICACIÓN**

Ante el grave problema de la infertilidad que enfrentan algunas parejas, el mundo científico para enfrentarlo y solucionarlo ha desarrollado una serie de avances que se han traducido en las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, entre las cuales las más conocidas son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, pero lo que interesa a los objetivos del presente estudio apunta, a establecer el marco jurídico, ante la utilización de estas técnicas donde la mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el

caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo, y si esto es jurídica y éticamente aceptable.

Lo anterior interesa desde el momento en que los procedimientos utilizados, con la finalidad de conseguir dar una respuesta a las necesidades reproductivas del ser humano, no persiguen únicamente dichos propósitos, donde el cuerpo humano, sea utilizado como un objeto de comercio, por medio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica, llevando a convertir esta actividad en un mercado negro que cada día va en aumento, en detrimento de los derechos humanos, sobre la dignidad de la persona.

Para responder a esta interrogante debemos necesariamente referirnos y abordar las cuestiones relativas a quienes podrán ser las usuarias de esta técnicas de reproducción humana asistida y establecer si estamos frente a un procedimiento terapéutico o un medio alternativo de reproducción, o si, por el contrario, se trata de lucrar, con la infertilidad que enfrentan algunas parejas, o peor aun, con la dignidad de la personas.

Además debemos referirnos al tema, de si existe o no un derecho fundamental o libertad de procreación que, como tal derecho fundamental, concebido como derecho absoluto, permite a su titular elegir sin ningún limite el método reproductivo de procreación que crea más conveniente para sus intereses, lo que abre una serie de interrogantes ético-jurídicas, de aceptarse tal planteamiento.

Como se ha enunciado anteriormente, estas prácticas tuvieron su origen en la preocupación médica de encontrar un medio terapéutico para resolver los problemas de infertilidad humana. Lo anterior queda corroborado por lo señalado

en la Directiva Ministerial sobre la materia que señala que el "fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impidan la concepción".

La procreación es consustancial al ser humano, algo que emana de su propia naturaleza humana, un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su derecho a la procreación, como única finalidad lograr la perpetuación de la especie humana.

Así acotado, este sería el llamado *derecho a la procreación*, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que su ejercicio pueda ser irrestricto, pues siempre será necesario tener presente las normas legales que regulan el ejercicio de la sexualidad (no es un derecho absoluto) y, desde luego, que también debemos considerar las normas morales fundamentales a las que el ser humano se adhiere.

Así debería entenderse solamente el posible derecho a la procreación, como aquel cuyo ejercicio es expresión de la sexualidad de la pareja humana con el fin de perpetuar la especie humana, pero la renta de úteros, trae como consecuencia que la maternidad represente todo un fenómeno complejo, al dejar sin efecto que "madre solo hay una", ya que existen varias interrogantes así como: ¿madre es la que da a luz al bebe o es la que proporciona el material genético?; ¿es la que lo alimenta y procura sus necesidades?; ¿la que asume todas las obligaciones civiles y frente a la sociedad? o ¿es la que cumple con todas las anteriores o solo alguna de ellas?; ¿comprende este "derecho a la procreación" actos cuyo fin sea el de lograr la procreación, pero sin que esta se produzca como expresión de la sexualidad? o sea, ¿las técnicas de procreación asistida podemos

entenderlas comprendidas dentro del derecho a la procreación? La respuesta negativa es, sin duda, desde una visión ética del problema, la más probable, pues "el derecho a la procreación no debe confundirse con el derecho al hijo -derecho que consideramos inexistente porque los hijos son sujetos y no objetos- y, por lo tanto, debe reconocer como límites el derecho a la vida y a la dignidad del hijo y de los padres.

Ante este presunto derecho de la mujer a procrear, nos parece, sin duda, que este se puede contraponer a los derechos del hijo, ya que este no es un bien que este al servicio de la madre y esta debe ejercer la maternidad en forma responsable, ya que pensamos que entre los derechos del hijo esta, el de llegar al mundo dentro de una familia estable, que exista un padre y una madre, y en estas circunstancias debemos necesariamente llegar a la conclusión que en el caso de colisión de derechos deben privilegiarse los derechos e intereses del niño frente a cualquier otro derecho. Ejerciendo el derecho a la libertad sexual entendida como una prerrogativa que va inserta en el derecho a la vida privada, no necesariamente se debe concluir que esa libertad comprende el derecho a la procreación.

No debemos olvidar que en la propia Constitución Política, en el artículo 1º, se señala entre los deberes del Estado el de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, y una interpretación concordante con nuestro sistema constitucional por lo que entender el concepto *de familia* a que alude la Carta Fundamental como una idea vinculada únicamente a la que se ha establecido sobre la base del *matrimonio* de la pareja de permitirse el acceso a estas técnicas por parte de parejas no unidas por vínculo matrimonial nos conduciría evidentemente a debilitar la familia matrimonial.

De igual forma la Declaración de los Derechos del niño se halla establecido que este es acreedor y "necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", por lo que al

privársele voluntariamente de uno de sus padres se le está poniendo en una situación particular de abandono, violentando de esta forma este principio básico que reconoce al niño su derecho a la debida protección y cuidado aun desde antes del nacimiento. No nos cabe duda alguna que desde el momento que entran en colisión derechos divergentes, como lo serian, por una parte, los que invoque la madre que da a luz al bebe y la que proporciona el material genético, frente a los derechos del niño, debe existir un cuerpo normativo, que reconozca preponderante, y por encima de todo, los derechos del niño.

Es por lo que estimamos necesario establecer mediante reglas y limites claros, la llamada "libertad procreativa" o derecho a la procreación, entendido este no como un derecho absoluto que permitiría a la persona, ejerciéndolo a su arbitrio, con el objeto de obtener un lucro indebido, siendo inadmisibile la aplicación de estas técnicas, a la mujer que pudiera aspirar a su utilización invocando este derecho irrestrictamente.

Ya que la aplicación de estas técnicas en una forma indiscriminada y sin ninguna limitación legal supone un desprecio por la vida humana de los embriones y la dignidad de la persona, que se sacrifican en aras del deseo de tener un hijo o un lucro indebido, lo que es ética y jurídicamente resulta inaceptable.

### **1.3 OBJETIVOS**

#### **1.3.1 Objetivo General**

Establecer un marco jurídico, claro, preciso, y con sus limitantes, a la llamada, "libertad procreativa" o derecho a la procreación, entendido este no como un derecho absoluto.

#### **1.3.2 Objetivos Específicos**

1) Analizar la evolución de los procedimientos científicos de inseminación artificial.

- 2) Analizar los derechos y obligaciones de quienes aportan el material genético.
- 3) Analizar los derechos y obligaciones de quien aporta el útero.
- 4) Analizar la debida protección y cuidado, de los niños, aun desde antes del nacimiento.
- 5) Analizar el marco jurídico nacional e internacional.
- 6) Analizar la problemática de la Maternidad Subrogada.

## **1.4 HIPÓTESIS**

La necesidad de ajustar y regular nuestras disposiciones jurídicas, mediante la creación de un marco normativo claro y preciso, que establezca los límites de la técnica científica, de la maternidad subrogada, con la finalidad de conseguir dar una respuesta a las necesidades reproductivas del ser humano.

## **1.5 VARIABLES**

### **1.5.1 Variable Independiente**

La Protección de los Derechos del niño, tanto antes como después del nacimiento.

### **1.5.2 Variable Dependiente**

El deber del Estado el de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## **1.6 DEFINICIÓN DE VARIABLES**

**1.6.1 Marco Normativo:** Conjunto general de normas, criterios, metodologías, lineamientos y sistemas, que establecen la forma en que deben desarrollarse las acciones de un acto en concreto.

**1.6.2 Técnica Científica:** Es un método sistemático de obtener información de naturaleza científica, o para obtener un producto o material deseado. (en este caso redacta de manera que hagas referencia a los procedimientos para lograr la maternidad subrogada)

**1.6.3 Maternidad Subrogada:** Proceso en el cual una mujer ofrece su vientre o incluso sus óvulos para lograr la concepción y gestar el hijo de otra pareja hasta el momento de su nacimiento.

## **1.7 TIPO DE ESTUDIO**

El presente trabajo pretende conocer el terreno y abarcar todos los detalles antes de proponer sobre el objeto de la presente investigación por lo cual se seguirá un tipo de estudio exploratorio.

## **1.8. DISEÑO.**

### **1.8.1 Investigación documental.**

Para la realización de este trabajo de tesis se recurrió a la búsqueda de material bibliográfico y hemerográfico que desde la perspectiva constitucional y fiscal abordase con seriedad el objeto de estudio elegido.

#### **1.8.1.1. Centros de acopio de información.**

##### **1.8.1.1.1 Biblioteca Pública.**

Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información—UV, Boulevard Adolfo Ruiz Cortínez esquina Juan Pablo Segundo, s/n, Boca del Río, Veracruz.

##### **1.8.1.1.2 Biblioteca Privada.**

Biblioteca de la Universidad Villa Rica, Progreso esq. Urano. Boca del Río, Veracruz.



**1.8.1.1.3. Biblioteca Particular.**

Biblioteca del Corporativo Legal Cinta Pagola y Asociados, Mario Molina 362, despacho 1 y 2 de la ciudad de Veracruz, Ver.

**1.8.1.2. Técnicas empleadas para la recopilación de información.****1.8.1.2.1. Fichas bibliográficas.**

A efecto de controlar la información recabada, se elaboraron fichas bibliográficas, hemerográficas y de trabajo a efecto de organizar las ideas que sustentan la argumentación lógico-jurídica de la presente tesis.

**1.8.1.2.2. Fichas de trabajo.**

Estas fichas contienen nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar, año, y número total de páginas.

## CAPÍTULO II EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA

### 2.1. CONCEPTOS DE FAMILIA.

Etimológicamente el término familia procede del latín familia, "grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de *famŭlus*, "siervo, esclavo".

El término abrió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del *pater familias*, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a *gens*. La familia en sentido estricto comprende en realidad solo a los padres e hijos, entre tanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia.

En sentido amplio, pueden incluirse, en el término *familia*, personas difuntas (antepasados remotos) o por nacer, una continuidad de sangre; o los que contraen un vínculo que imita al parentesco de sangre (adopción).

Formular una definición de familia puede resultar complicado, ya que esta dependería de las características de la sociedad dentro de la cual se formule, los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de la relación reconocida socialmente, como es la institución del matrimonio que, en algunas sociedades, sólo permiten la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia; y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

La familia es el grupo social por naturaleza, del cual surgen los individuos que conforman la sociedad, y en la que recae todo tipo de responsabilidad para que una sociedad se defina y desarrolle.

“Se le ha considerado como la primera asociación humana, o como célula natural y necesaria de la sociedad, también como el núcleo de toda organización social o medio en donde el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social.”<sup>1</sup>

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”<sup>2</sup>

Del artículo 4 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, podemos observar la protección que el Estado mexicano le otorga a la organización y desarrollo de la familia, considerando esta de interés público, ya que como se desprende de dicho precepto constitucional, el Estado garantiza una protección amplia, que abarca desde el derecho a decidir sobre el número de hijos que se quiera, el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, el

---

<sup>1</sup>BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAÉZ, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 2009, p.3

<sup>2</sup>[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

otorgamiento de servicios de salud, el derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, reconociéndola como el núcleo de la sociedad.

Al respecto Bonnacase define al derecho de familia: “Como el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”<sup>3</sup>

### **2.1.1. Concepto Biológico.**

“La familia como fenómeno biológico abarca a todos los que por el solo hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan lazos sanguíneos entre sí; debido a ello, el concepto biológico de familia indefectiblemente implica los conceptos de *unión sexual* y *procreación*.”<sup>4</sup>

El concepto biológico la define como una institución, formada por el padre, la madre y los hijos, y en ocasiones considera parte de la familia a los parientes lejanos con los que tienen algún vínculo de sangre, o misma carga genética, según el tipo de sociedad en que se encuentre inmersa.

### **2.1.2. Concepto Sociológico**

Desde el enfoque sociológico, “...se refiere a la forma como se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, entre ellos el familiar, lo que nos coloca frente a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable, sino un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares.”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p.8

<sup>4</sup> Op. Cit. nota 1 , p.4

<sup>5</sup>ídem

Este concepto no la define como una institución, sino como grupo, por ser una organización social básica formada por los miembros vinculados por lazos consanguíneos, y los unidos a ellos por otros intereses (económicos, religiosos, etc.)

### **2.1.3. Concepto Jurídico.**

“Este concepto de familia se refiere al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia”.<sup>6</sup>

Es decir, rige a las relaciones que derivan del parentesco, así como la constitución y organización del grupo familiar, a las que la ley establece ciertos deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros.

La pareja primitiva, también forma una familia aunque no tenga descendientes, ya que entre ambos miembros se establecen relaciones jurídicas familiares, que constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos.

El derecho en cada sociedad es el que establece la extensión de los vínculos familiares. En nuestro derecho el concepto jurídico de familia, solo la considera a partir de la pareja, descendientes, ascendientes, y cuando desciendan del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

La familia abarca a la pareja y las personas unidas por vínculos de sangre, o por vínculos civiles como la adopción.

Desde el punto de vista jurídico, la unión de la pareja y la descendencia, no siempre son familia, esta necesita de la permanencia de la relación, para que existan ciertos deberes, obligaciones y derechos, como ocurre con el matrimonio y

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 5

el concubinato, aunque en algunos casos establecidos jurídicamente quedan subsistentes obligaciones para las partes, independientemente de la ruptura del nexo familiar.

La familia, desde cualquier enfoque puede ser o no reconocida por el orden jurídico; si la reconoce, significa que ambos conceptos coinciden.

El Código Civil del Distrito Federal, no tiene una definición concreta de *familia*, pero en el Título Cuarto Bis, De la Familia, en su capítulo único menciona que:

“Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138 Quáter.- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo 138 Sextus.- Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares”<sup>7</sup>

Del análisis de estos cuatro artículos, podemos definir a la *familia* como: “...la institución jurídica que surge de la propia naturaleza biológica, ética y social

---

<sup>7</sup> <http://www.icyt.df.gob.mx/transparencia/sites/default/files/articulos/art14/Fraccl/normatividad/ccdf.pdf>

del ser humano; es una comunidad de vida primaria vinculada por lazos de matrimonio o concubinato y parentesco, cuyas relaciones interpersonales de sus miembros (cónyuges, concubinos, hijos, progenitores) constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones reguladas por el derecho; relaciones que deben darse en un ambiente de consideración, solidaridad, respeto a su dignidad e integridad física y psíquica, que el Estado está interesado en proteger”<sup>8</sup>

#### **2.1.4. Concepto Religioso.**

La influencia cristiana en la familia llega a influir en un alto sentido ético, donde elevan al matrimonio y la dignidad de sacramento, proclamando la igualdad de los esposos y el de indisolubilidad del vínculo y contribuyó a mitigar la patria potestad.

La familia, en especial el matrimonio, han sido regidos durante muchos siglos por el derecho canónico, sobre la base de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y, en consecuencia, debe estar sujeto totalmente a la legislación y a la jurisdicción eclesiástica.<sup>9</sup>

El matrimonio se establece como uno de los siete sacramentos, que busca espiritualidad en la vida conyugal y establece patrones morales de comportamiento.

El rol fundamental de la mujer es la procreación (hijos legítimos), el hombre debía protección a la mujer, la cual se encuentra sometida a su autoridad. Fuera del matrimonio, el sexo y la procreación, son fuentes de pecado.

El signo sacramental es la unión de los consentimientos y de los cuerpos, unión indisoluble de los esposos.

---

<sup>8</sup> Op. Cit. nota 1, p. 8

<sup>9</sup> DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZON JIMENEZ, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p.8

No es la fórmula jurídica por la que se contrae el matrimonio, ni tampoco la liturgia nupcial en su conjunto, sino la voluntad de pertenecerse mutuamente en el amor, en la fidelidad, libremente consentida hasta la muerte.<sup>10</sup>

## **2.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.**

En las sociedades primitivas existían dos o tres núcleos familiares, (a menudo unidos por vínculos de parentesco) que se desplazaban juntos parte del año pero se dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos. La familia vista desde ese punto de vista, existe como unidad económica: los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños. En este tipo de sociedad era normal el infanticidio y la expulsión del núcleo familiar de los enfermos que no podían trabajar.

En los tiempos primitivos, la comunidad de existencia se ligaba materialmente ente sí, a todos los que estaban unidos por el lazo de parentesco; la familia al crecer tendía a formar una tribu. Desde entonces, siempre ha estado dividiéndose.

La vida común se restringió primeramente a los que descendían de un mismo progenitor aún vivo; el ancestro común que los reunía bajo su potestad; a su muerte, la familia se dividía en varias ramas, cuyos respectivos jefes eran los propios hijos del difunto. Tal era el sistema de la familia fundado en la patria potestad, que duraba tanto como la vida del padre.

Más tarde la división se hizo en vida misma del ancestro en común. En nuestros días, pierde su autoridad sobre los descendientes cuando llegan a ser mayores y/o abandonan el hogar de los padres para fundar, a su vez, una nueva

---

<sup>10</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, pp. 41.- 43



familia. Es así como llegamos al grupo reducido que compone a la familia moderna, comprendiendo así al padre, la madre y aquellos de sus hijos o nietos que habiten aun con ellos. Se considera que forman una familia los que se han separado, para vivir aparte con su mujer e hijos.

Como ya mencionamos, la familia es una institución tan antigua como la humanidad, que ha existido siempre, aunque no haya estado constituida como originalmente la conocemos, ya que ha sufrido cambios, ha evolucionado, algunos de los cuales hemos ido presenciando a través del tiempo. Por lo tanto, no estudiaremos el origen de la familia, ya que esta siempre ha existido, sino que nos basaremos en la investigación de cómo ha sido y cuáles son los cambios que esta sufrió a lo largo de los años.

Según Bachofen, Lewis H. Morgan y, Engels, estudiosos en la rama de la familia, podemos llegar a las siguientes conclusiones según la evolución y sistematización de esta:

En primer lugar, los seres humanos vivieron una etapa de promiscuidad sexual. Había relaciones sexuales de modo que cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre pertenecía a todas las mujeres; de esta forma, el parentesco solo podía comprobarse por parte de la madre, por línea femenina, ya que no había manera de comprobar quien era el padre.

Después de esta etapa, surge la familia consanguínea, la cual se considera un salto importante que marca la diferencia básica, donde aparece la primera manifestación sobre la necesidad de prohibir las relaciones sexuales entre parientes próximos, es decir, evitar el incesto. Esta forma de familia consistía en grupos separados por generaciones.

Más adelante surge un tipo de matrimonio por grupos, llamado *familia púnula*, pero a causa de la comunidad de cónyuges, no se podía saber con certeza quien era el padre, sin embargo, resulto fácil identificar a la madre de la criatura, por lo cual la descendencia solo pudo demostrarse por la línea materna.

En la siguiente fase surge la familia sindiásmica, donde ya se logra observar una pareja conyugal, en consecuencia un hombre vive con una mujer mientras dure la unión. El hombre exige fidelidad estricta y se castiga severamente el adulterio femenino, a diferencia del varón que gozaba del derecho de infidelidad o poligamia. En esta fase el vínculo conyugal podía disolverse fácilmente por ambas partes y los hijos solo pertenecían a la madre.

Como resultado final de la evolución de la familia sindiásmica, se encuentra la familia *monogámica*. En ella se establecen lazos más duraderos, que no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad.

Este tipo de familia se encuentra fundado en el dominio del hombre, donde el poder económico radica en el control masculino por la propiedad privada, y tiene por objetivo procrear hijos de una paternidad cierta, no tanto por motivos morales, sino por asegurar la continuidad de los bienes económicos referidos a la propiedad privada, para que estos hereden la fortuna paterna.

La familia nuclear, según Murdock, es la familia universal y se caracteriza por ser un grupo social, por tener residencia común, cooperación económica y reproducción; incluye adultos de ambos sexos y a sus hijos, sean propios o adoptivos.

En las zonas urbanas, la familia conyugal nuclear, compuesta únicamente por padres e hijos, tiene a constituir la unidad domestica normal.

Williams J. Goode, opina que esta reducción de la familia y la pérdida progresiva de la importancia de los vínculos parentales, constituye una tendencia mundial que ha afectado a los países más desarrollados.

La industrialización rompió con la unidad de producción que era la familia, donde el hombre se dedicaba a las labores fuera de casa y la mujer se concretaba al trabajo del hogar y a los hijos; ahora, la mujer fue llamada por las necesidades a trabajar fuera de casa; la familia ahora se está convirtiendo en una unidad de participación, donde participan hombre y mujer tanto en el trabajo interno como externo, donde ambos colaboran en las labores de la casa y la educación de los hijos.<sup>11</sup>

Con la llegada del cristianismo, el matrimonio y la maternidad se convirtieron en preocupaciones básicas de la enseñanza religiosa. Después, en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares fue sustituido en parte por el carácter civil. La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil.

Hoy en día, lo que conocemos como *familia*, lucha por encontrar dentro de la modernidad su propia definición, y subsistir según los cambios que han ocurrido a través del tiempo y, para lograrlo debemos aprender a entender a la familia desde nuevos enfoques, abriendo nuestro criterio para aceptar sus nuevas organizaciones y adecuarlas a las circunstancias.

### **2.2.1. Tipos de Familia.**

La estructura y el papel de la familia puede resultar una tarea difícil, ya que varía según la sociedad; de las definiciones mencionadas anteriormente, se concluyen como elementos que la definen los siguientes:

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 181-186

- **Sujeción.**- de los integrantes de la familia a uno de sus miembros.
- **Convivencia.**- los miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa.
- **Parentesco.**- conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad.
- **Filiación.**-conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción.

De esto podemos entender que la familia es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima o adoptiva.

Estamos acostumbrados a tratar solo 2 tipos de familias, la nuclear y la extensa, sin embargo, podemos detectar muchas otras formas o agrupaciones familiares que implican otro tipo de posibilidad de convivencia, las cuales debemos tomar en cuenta, para regular estas nuevas relaciones que emanan de las diversas agrupaciones familiares que han surgido a lo largo del tiempo, entre ellas se han distinguido:

**La familia nuclear o elemental**, es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

**La familia extensa o consanguínea**, se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.

**La familia monoparental**, aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

**La familia de madre soltera**, en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.

**La familia de padres separados**, en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

**Familia ensamblada o reconstituida**, es la que está compuesta por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre sola con sus hijos se junta con padre viudo con sus hijos), y otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etc, quienes viven juntos en el mismo lugar por un tiempo considerable.

**Familia de Hecho:** Este tipo de familia tiene lugar cuando la pareja convive sin ningún enlace legal, o bien a lo que conocemos como "unión libre".

**Familia Homoparental**, se considera familia homoparental aquella donde una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tienen hijos de forma natural de una relación anterior. Este es un tipo de familia nuclear, ya que básicamente la imita, la forma de vida, la residencia, etc.

Alvin Toffler clasifica a la familia del mañana en diferentes grupos, ya que como hemos visto existe gran variedad familiar, las cuales se encuentran principalmente en los países altamente industrializados; México no se queda atrás, ya que percibimos con mayor frecuencia esta variedad de *familias*, como:

**Familias Paternales**, aquellas familias donde están presentes ambos progenitores y/o adoptantes. Estas se originan del matrimonio, concubinato o por una pareja de adoptantes. Estas familias, pueden constituir familias amplias o nucleares.

**Familias Uniparentales**, son las familias que se constituyen por un solo padre, como: las familias constituidas por madre soltera; padres o madres abandonados, en éstas el origen fue el matrimonio o el concubinato, pero alguno de los que integraron esa relación conyugal se separó abandonando al otro y a sus hijos; familias de divorciados con hijos no vueltos a casar; familia de viudos con hijos y; familia de adoptados por un hombre o mujer solteros.

**Familias Multifiliales**, donde se encuentran las familias que se integran por divorciados con hijos vueltos a casar.

**Familias Parentales**, integradas por parientes que no descienden unos de otros y sin embargo constituyen una familia por ser parientes. Ejemplo: familia de primos.<sup>12</sup>

### 2.2.2 Filiación

La filiación encuentra su origen en la procreación, con la participación de los elementos requeridos para ello y produce automáticamente los derechos y obligaciones del hijo ante sus progenitores, así provenga ésta de un acto sexual normal o por el contrario, de algún método de reproducción asistida, existiendo con independencia de la Ley, ya que ésta simplemente la reconoce.

Este derecho, a pesar de no estar incluido expresamente en el artículo 4º. Constitucional, donde se encuentra los derechos de la niñez, lo encontramos en los artículos 7, 8 y 22 Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, estableciéndose como derecho fundamental, ya que su importancia no radica, solo en conocer a los ascendientes, sino en que a partir de dicho conocimiento, se deriva la nacionalidad del niño, el derecho constitucional a que los progenitores satisfagan las necesidades básicas del menor en cuanto a la alimentación, salud, la educación y el sano esparcimiento, con el objeto de obtener los satisfactores básicos para la vida, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento según las normas de cada Entidad Federativa por ello de la importancia del derecho de los menores a conocer su filiación salvo en los casos que las leyes lo prohíban, al ser éste interés superior del menor.

PLANIOL y RIPERT, señalan que es aquel lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 199-205

ROJINA VILLEGAS, indica por su parte, que el termino filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendiente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, una connotación más estricta, entendida está, como la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

GALINDO GARFIAS, establece que la filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona, siendo la primera consanguínea y la segunda adoptiva.

MONTERO DUHALT, apunta la filiación, como la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre – hijo o hija. Y afirma que surge de tres maneras: por matrimonio, habida fuera del matrimonio, o surgida por la adopción.

FLORES BARROETA, enseña, que la filiación es una relación jurídica entre los hijos y sus padres y a la cual el derecho reconoce consecuencias jurídicas; siendo éstas, múltiples y muy importantes.

Ahora bien la filiación se puede calificar como: legítima, legitimada y natural.

La *legítima*, se ha sustentado en que la relación sexual reproductora haya sido en matrimonio, cuando el nacimiento tuvo lugar después de 180 días de



haberse contraído el matrimonio y dentro de los 300 posteriores a la fecha de la disolución del vínculo conyugal. Por ejemplo: quien haya nacido a los 6 meses con 10 días de aquel en que sus padres hayan contraído matrimonio, habrá con ello satisfecho el requisito para ser considerado procreado a consecuencia de una relación sexual de sus padres, habida ya cuando estos estaban casados. Quien nació en el lapso señalado tiene asegurada la filiación paterna, pues se tendrá como su padre a quien es el marido de su madre y podrá acreditar su filiación con el acta de su nacimiento, completada con el acta de matrimonio de sus padres para la fijación de la fecha de dicha unión y con ello deducir la legitimidad de esta filiación.

La filiación *natural*, se refiere a los hijos que son los procreados por una relación sexual fuera del matrimonio, existen diversas especies de filiación natural: filiación natural simple, adulterina y la incestuosa.

La filiación natural simple, es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando sus padres no estaban casados y no había algo que les impidiera estarlo.

Por el contrario, los padres que no pudieran estar unidos en matrimonio ya que alguno de los dos, o ambos, estuviesen casados con persona distinta, por lo tanto hubiesen cometido adulterio, entonces ese supuesto nos hace estar ante la filiación natural adulterina.

La filiación natural incestuosa, es cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impida el matrimonio; es decir, que el impedimento de los progenitores fuera el parentesco consanguíneo habido entre ambos, ya sea entre ascendientes y descendientes y en su caso entre colaterales del segundo grado, el cual es un impedimento no dispensable.

Entendemos por filiación *legitimada*, a la combinación de dos actos jurídicos relacionados, bien sea que el padre o madre realicen el reconocimiento del hijo natural o bien la sentencia definitiva que atribuye la paternidad o maternidad ensamblando uno u otro con el matrimonio de los padres. El hijo nacido antes del matrimonio, exige intransigentemente el reconocimiento expreso del padre; en cambio si el nacimiento del hijo tiene lugar dentro de los 180 días a partir del matrimonio, admite una mayor laxitud para imponer ese reconocimiento expreso y conformarse con la pasividad de la madre al no impugnar la paternidad, lo cual se traduce a un reconocimiento tácito.

Como podemos observar la filiación puede ser analizada desde dos puntos de vista, en un sentido amplio, entendido como la relación jurídica existente entre descendientes y ascendientes sin limitación alguna en cuanto al número de generaciones entre uno y otro, es decir, parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado. En un sentido restringido, la podemos entender, como aquel vínculo entre el hijo y su progenitor de manera directa e inmediata, es decir, solo del hijo al padre.<sup>13</sup>

### **2.2.2.1 Filiación: Maternidad y Paternidad**

“Paternidad y maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones”.<sup>14</sup>

“Filiación y paternidad y maternidad en su caso, son términos que lo mismo se usan para aludir a un solo concepto, como relación jurídica entre padre o madre

---

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Familia, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 2011, pp. 467- 487

<sup>14</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel F.; La familia en el Derecho; Relaciones Jurídicas Paterno Filiales; 2ª. Edición; editorial Porrúa, México, 1992, p.11

e hijo, o bien, que se les da un significado independiente, con atribución al hijo si se trata del primero, al padre si es el segundo y a la madre si es el tercero”.<sup>15</sup>

Pianol y Ripert, afirman que la relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según se considera en relación con el padre o con la madre.

### **2.2.3 Parentesco**

Las relaciones jurídicas familiares se derivan de dos fenómenos biológicos: la unión de los sexos y la procreación; a su vez, tales fenómenos se traducen en las instituciones: matrimonio o concubinato y la filiación, así como la adopción; todas ellas constituyen las relaciones de parentesco.

El parentesco se conoce como el estado civil o familiar y se le considera atributo de la personalidad.

BAQUEIRO ROJAS Y BUENROSTRO BAEZ, definen al parentesco como: “... relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio, del concubinato y de la filiación, así como de la adopción. Por lo tanto constituye la relación jurídica que vincula a los miembros de una familia en forma recíproca, por consanguinidad, afinidad y civilmente (por la adopción)”<sup>16</sup>

ROJINA VILLEGAS, lo define como “... un estado jurídico, ya 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”.

---

<sup>15</sup> Op. cit. nota 13, p. 468

<sup>16</sup> Op. Cit. nota 1, p. 669

El Código Civil del Distrito Federal, establece tres clases de parentesco: el de consanguinidad, afinidad y civil.

El parentesco por *consanguinidad*, “es el vínculo jurídico habido entre personas que descienden unas de otras o que no obstante al no tener lugar esa descendencia, reconocen un ascendiente o tronco común, es decir, que ambos parientes tienen un mismo ascendiente y están vinculados precisamente por esa comunidad”.<sup>17</sup>

En el artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal, se establece como parentesco consanguíneo al vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común. También menciona que se establece parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitora. También se establece que la donación de células germinales, no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Debe interpretarse por “procurar el nacimiento” las personas que atiendan el embarazo, ya sea en sentido económico ( entregar gastos del embarazo, parto o inseminación practicada) o bien moral (estar al pendiente del desarrollo de los proceso medico quirúrgicos que tengan que realizarse), según la disposición, la madre, o los padres en su caso, serian quienes procuraron el nacimiento para atribuirse esa progenitura, con tan solo sus intenciones y las acciones procedentes, atribuyéndose así el parentesco consanguíneo, sea quienes fueren los que intervinieron el todo el proceso progenitor.<sup>18</sup>

El parentesco por *afinidad*, se adquiere por el matrimonio o el concubinato, el cual se da entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes

---

<sup>17</sup> Op. Cit. nota 13, p. 671

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 673

consanguíneos, los del esposo con la esposa, y viceversa; por ejemplo: la suegra respecto del yerno; el hijastro respecto del padrastro; etc.

Podemos observar que la relación entre marido y mujer, concubino y concubina, no es de parentesco, ya que ellos no son parientes entre sí, únicamente con cónyuges o concubinos, y las obligaciones y derechos que los vinculan se generan por el hecho del matrimonio o del concubinato.

El parentesco *civil*, nace de la adopción simple, el cual genera parentesco únicamente entre adoptado y adoptante; mientras que en la adopción plena, el parentesco tiene lugar entre el adoptado, el adoptante y la familia consanguínea de éste.

La proximidad del parentesco se cuenta por líneas y por grados:

La línea puede ser *recta* cuando los parientes descienden uno de los otros (hijos, nietos), la cual puede ser ascendiente o descendiente; y la línea transversal o colateral, cuando sin descender uno de los otros tienen un progenitor común (hermanos, tíos primos), la cual se mide por grados.

Cada generación o persona es un grado de parentesco. Los grados de parentesco se cuentan por generaciones o por personas; excluyendo al progenitor común.

El parentesco, tanto en línea recta ascendente como descendente o colateral es importante, porque crea derechos, deberes y obligaciones. La cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos (derechos, obligaciones y deberes); donde los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Así, los efectos entre padres e hijos que son parientes en primer grado son distintos a los de los parientes que están en otra clase y grado. Por ejemplo:

El parentesco consanguíneo genera los siguientes efectos: obligación alimentaria en línea recta son limitación de grado y en línea colateral hasta el cuarto grado, sucesión hereditaria legitima en los mismo grados e impedimento para contraer matrimonio en línea recta sin límite y en tercer grado en línea colateral (tío y sobrina), donde éste puede ser dispensable.

El parentesco por afinidad tiene el único defecto de ser impedimento matrimonial entre parientes en línea recta (yerno o nuera y sus suegros y entre padrastro e hijastra).

El parentesco civil establece la patria potestad entre adoptante y adoptado con todas sus implicaciones y los mismos efectos que el consanguíneo.<sup>19</sup>

Las relaciones de familia, o sea los vínculos, que se establecen entre los miembros de la misma, reconocen diversos orígenes. El parentesco, el matrimonio y la adopción son las causas que generan las relaciones familiares. La base de la familia es el matrimonio, que produce la mayor parte de las relaciones de esta índole.

---

<sup>19</sup> BAQUEIRO ROJAS Edgard, *Derecho Civil, Diccionarios Jurídicos Temáticos*, México, 3ª edición, Volumen 1, 1997, p.78

## **CAPÍTULO III**

### **MATERNIDAD SUBROGADA.**

#### **3.1. MATERNIDAD**

##### **3.1.1 Etimología y Concepto**

La palabra maternidad, en términos generales, se traduce como estado o cualidad de la madre, y procede del latín *mater/ matris*, la cual a su vez deriva del griego *matér/ matrós*, cuyo significado es hembra que pare.

Este vocablo puede ser considerado desde diferentes puntos de vista, veamos: Según su sentido gramatical, con la palabra maternidad se alude a: "Estado o cualidad de madre."<sup>20</sup> O bien a "La hembra respecto de su hijo o hijos, y/o, a la mujer casada o viuda, cabeza de su casa".<sup>21</sup>

Desde el enfoque biológico, evoca a la relación entre la mujer y su descendiente, el cual deriva de un embarazo.

---

<sup>20</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo IV, Editorial Patria, México, 1992, p.1337

<sup>21</sup> Idem

En relación con la ciencia médica se establece a la procedencia del ovulo a partir de la madre. Finalmente, en el derecho, el Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM, señala que: “Es la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano”<sup>22</sup>

*Maternidad* es como se le conoce a la madre respecto de su hijo en la relación jurídica de la filiación.

Martha Casanova la define como: “madre es la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado, educación, y de proporcionarles los instrumentos necesarios para que se desenvuelvan en sociedad, es decir, en el mundo”.<sup>23</sup>

De esta forma podemos percibir, que madre no es solo la que da a luz, sino la que cuida, educa y alimenta, de donde surge una relación de afecto entre la madre e hijo. Verbigracia en la figura de la adopción, el adoptante no lo engendró, sin embargo, se hace responsable de los cuidados del menor y la Ley le otorga el reconocimiento de padre o madre según sea el caso.

De aquí el dicho *madre es la que cría, no la que engendra*, se puede observar en la realidad casos en los que la mujer que engendra decide por necesidad económica o por cuestiones personales diversas no hacerse responsable de su hijo (a) y lo deja al cuidado de algún familiar o incluso amistad que brinda todo lo necesario para la subsistencia física y psicológica del niño convirtiéndose prácticamente en su madre o padre, al grado de ser reconocido por el menor como tal, aun cuando legalmente la filiación es otorgada a la mujer que lo procreó.

---

<sup>22</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, Editorial Porrúa, Quinta Reimpresión I-O, México, 2005, p. 2471

<sup>23</sup> Casanova, Martha P., La formación de la identidad femenina, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, Unidad Xochimilco, 2000, p.25



### 3.1.2 Principios jurídicos.

En el derecho Romano encontramos dos principios respecto de la maternidad: *Mater Semper Certa Est*, y *Partus Sequitur Ventrem*, que hacen referencia a que la madre siempre será cierta y que el parto sigue al vientre, respectivamente.

De estos supuestos, deriva el vínculo de filiación de la madre, ya que estos serían hechos susceptibles de prueba plena, donde el primero resulta del parto y el segundo de la identidad o determinación que el hijo(a), es realmente de la mujer que dio a luz.

De esto, Chávez Asencio define: “La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente perfectamente conocido. Los elementos para la filiación a la maternidad son: el parto y la identidad.”<sup>24</sup>

Como ya mencionamos anteriormente, el artículo 271 del Código Civil del Estado de Veracruz, señala que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de matrimonio de sus padres. En cambio el artículo 291 señala que la filiación de los hijos fuera de matrimonio se prueba por el reconocimiento voluntario, o por sentencia que declare la paternidad o maternidad, respecto a la madre, de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta solo del hecho del nacimiento.

En este contexto, y desde el punto de vista doctrinal, existen dos corrientes para determinar la maternidad, de acuerdo con el primero, el elemento biológico de gestación y alumbramiento, es criterio fundamental para determinar legalmente a la madre; mientras que el segundo, una nueva corriente, define la posibilidad de una maternidad meramente social, el cual sustituye el elemento del parto, por el

---

<sup>24</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; La familia en el Derecho; Relaciones Jurídicas Paterno Filiales; segunda Edición; editorial Porrúa, México 1992. Pp. 11 y 12

de la libertad y responsabilidad de los progenitores para llevar a cabo su procreación, es decir, “Se tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad”.<sup>25</sup>

Al permitir los avances tecnológicos nuevas formas para procrear y determinar la filiación, se ha generado la necesidad de regular jurídicamente estas conductas para brindar certidumbre a los hechos que pueden tener mayor índice de frecuencia que el imaginado cuando el legislador del estado de Veracruz reguló la situación jurídica respecto de la relación que existe entre padres e hijos.

### **3.1.3 Clases de maternidad**

Originalmente, se conoce, tomando en consideración el estado civil de la mujer, dos clases de maternidad: la matrimonial y extramatrimonial. En el caso de la maternidad matrimonial, la progenitora se encuentra unida a su cónyuge, es decir, están casados o unidos en matrimonio.

Según el artículo 255 del Código Civil del Estado de Veracruz, se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

---

<sup>25</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia, El concepto de la filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, p. 191

Como se observa de la redacción que realiza el legislador de este precepto legal, el hecho determinante sería que la mujer que procreo se encuentre en matrimonio, situación que en sí misma, generalmente presenta el conflicto frente a las cuestiones de paternidad, ya que se está en el entendido de que el legislador pretende para que opere la presunción de hijo de los cónyuges, que cuando menos la mujer (esposa) sea la progenitora del menor al que se le atribuye la filiación.

Por otro lado, en el caso de la maternidad extramatrimonial, es cuando la progenitora se encuentra soltera.

El artículo 292 señala que pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

El artículo 299 se refiere al reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, y señala que deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el encargado del Registro Civil;
- II.- Por acta especial ante el encargado;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por testamento;
- V.- Por confesión judicial directa y expresa.

El artículo 316 del Código Civil del Estado de Veracruz, señala que:

La posesión de estado, para los efectos de la investigación de la paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se justificara demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado como tal, por el

presunto padre o madre, o por sus respectivas familias y que aquel o aquella han proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo.

De la simple lectura de este artículo surge esta consideración; el Estado le da prioridad a la fama o posesión de estado de hijo que una persona alega, aún cuando biológicamente no existe lazo alguno; se llega a esta conclusión pues no exige ningún estudio médico que pruebe la consanguinidad, otorga relevancia al dicho de la supuesta familia o familias de menor, aun cuando no necesariamente exista un vínculo entre estos, sino el afecto y cuidados que se le han dado al niño.

El reconocimiento de un hijo, sea dentro o fuera del matrimonio, es irrevocable por el que lo hizo, no obstante, el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

Por lo tanto, podemos notar que el hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

- I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II.- A ser alimentado por éste;
- III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

#### **3.1.4. Noción Fundamental de Maternidad.**

Hasta hace unos años lo que conocemos como *maternidad*, parecía ser una figura indiscutible e inmutable, porque la maternidad estaba determinada por la gestación y alumbramiento, y no había otra prueba para determinar la maternidad.

En la actualidad, debido a los avances tecnológicos esta figura ha sufrido cambios, ya que ahora existe la posibilidad del empleo de un ovulo de una mujer extraña previamente fecundado implantado en otra, se presentan serias dudas

sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta un ovulo extraño, pues en nuestro derecho la filiación se da por la concepción y por el nacimiento.

Derivado de estos avances y su repercusión en la sociedad, cabe preguntarse si es que se le puede atribuir la maternidad a una mujer por el sólo hecho de gestar y dar a luz al niño, que genéticamente no es suyo. Hoy en día es posible que una mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño que genéticamente es de otra mujer. Lo que se conoce como maternidad subrogada, donde las dos mujeres, presumen ser madres del bebé.

Esto se evidencia cuando dos esposos acuerdan con una tercera persona, para que ésta conlleve el embarazo y les entregue a niño cuando éste nazca. Como se puede observar en este caso, la calidad jurídica de madre para el Derecho y en virtud de la aplicación del Principio “Mater Semper Certa Est”, madre sería la tercera mujer que llevo a cabo el proceso de gestación y alumbramiento.

Pero si se hiciera alguna prueba genética a ella y al menor, este no tendría ningún vínculo con la mujer que lo parió. Ante ello han surgido diversos problemas, los cuales versan específicamente sobre la incertidumbre de a quién se le puede atribuir la maternidad; a quien se le atribuye ese vinculo jurídico llamado filiación con el niño, a la mujer que lleva el proceso de gestación o a aquella que aporta su óvulo para la fecundación; o a la que tiene el deseo de ser madre.

En tiempos modernos como los que se vive hoy en día no se puede dejar de lado los avances de la ciencia, y el Derecho tiene que ofrecer una respuesta ante las divergencias que se presenten. La filiación es un concepto que ya no solo contiene el elemento biológico como antes, hoy existe la llamada maternidad

voluntaria. Se denomina así, al deseo intenso de una mujer para tener un hijo y poder criarlo con la misma dedicación si éste es nacido natural o artificialmente.

También la doctrina, respecto a la determinación de la maternidad, ha planteado interrogantes. La madre subrogada solo estaría gestando y pariendo al niño que biológicamente sería de otra pareja. Pero ¿puede reducirse lo biológico al simple aporte de gametos? ¿La gestación dentro de un cuerpo genera vínculos particulares que van más allá de lo biológico? Ante la participación de varias mujeres surge la interrogante ¿Quién es la madre?

Esta es una de las causas por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad subrogada, cuáles son sus causas, como funciona, y su legalidad en nuestro país.

La noción de “maternidad subrogada” no es ajeno o divergente, por lo menos en la legislación del Distrito Federal, al derecho positivo; en efecto el artículo 293 de la codificación civil para la ciudad de México, prevé:

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 la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o solo ésta, que haya 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.*

Sin embargo, las legislaturas de otras entidades federativas no han procurado el interés necesario para garantizar a las partes que intervienen en estas relaciones el cumplimiento de los derechos y obligaciones que se contraen,

por lo tanto es necesario adecuar la ley a los hechos sociales que necesitan de su protección.

### 3.1.5. Subrogación

La complejidad de la práctica, el grado de relativa novedad de la misma, las implicaciones morales, sociales, legales y la controversia que suele generar, explican en parte la dificultad de encontrar un solo nombre para la misma y los ensayos hechos para nominarla parecen no dejar conformes a unos u otros, que siguen inventando maneras de nombrar a esta nueva figura o para algunos ya no tan nueva.

En este tema es importante empezar con la denominación, para saber cuál es el vocablo correcto para identificarla, si debemos usar la palabra subrogada, delegada, sustituta o renta de útero.

Analizaremos cada uno de los términos según su significado gramatical:

Subrogar: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”<sup>26</sup>

Delegar: “Dicho de una persona: Dar a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o para conferirle su representación”.<sup>27</sup>

Sustituir: “Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.<sup>28</sup>

Rentar: “Dicho de una cosa: Producir o rendir beneficio o utilidad anualmente”.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>

<sup>27</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=delegar>

<sup>28</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=sustituir>

<sup>29</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=rentar>

Gestar: “Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”.<sup>30</sup>

Podemos notar que la acepción más acercada para denominar esta práctica es la de “gestar”, pero no debemos de perder de vista el punto que realmente interesa, es decir, la imputación de la maternidad. Este último rubro, implicaría ciertos inconvenientes en estos procedimientos, ya que se le imputaría ese nexo materno-filial a la persona que lleve ese vínculo de gestación.

De todas estas, una vez ya analizadas, la que más nos interesa sería la primera, ya que, “El término “subrogación” en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser una cosa por otra o de una persona por otra.”<sup>31</sup>

Amén de lo anterior, es posible analizar el termino desde el punto de vista jurídico; Bejarano Sánchez afirma que así como pueden transmitirse las cosas corporales, también se pueden transferir los derechos o deudas: “El acreedor cede a otros sus derechos y se produce así una sustitución del titular de sus derechos, sin modificar la relación jurídica. El deudor transmite a otro su deuda, quien deviene nuevo deudor de la misma obligación.”<sup>32</sup> Así se habla de la transmisión de derechos u obligaciones según el caso.

Así, “subrogar significa precisamente sustituir o cambiar a una persona por otra.”<sup>33</sup>

De esta forma, al hablar de maternidad subrogada, se le hace alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra.

---

<sup>30</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=gestar>

<sup>31</sup> GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002, pag. 1039

<sup>32</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, cuarta edición, Editorial Oxford, México, 2002, p.387

<sup>33</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002, p. 339



Se busca integrar elementos como la palabra *sustituir*, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores la manejan como maternidad sustituta, pero no quiere decir que hablen de algo distinto.

Nosotros usaremos indistintamente los términos que más comúnmente aparecen en la literatura científica y en el lenguaje cotidiano que son los de maternidad subrogada o maternidad sustituta, más allá de las diferencias que se puedan señalar entre ambos términos; sin entrar en profundos debates etimológicos o semánticos queremos señalar que los mismos no tienen una connotación negativa como la que tiene el término alquiler de vientre, ya que a pesar de que quizás éste último describa mejor la práctica, es incorrecto, ya que elevaríamos dicho intercambio a valor comercial.

### **3.1.6. Concepto de Maternidad Subrogada**

Existen variados conceptos doctrinales sobre el tema. Sin embargo, expondremos algunos de los que hemos hallado.

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es *"la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."*<sup>34</sup>

Respecto a este concepto, no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada, es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que geste y conciba un hijo, sin importar su estado civil.

---

<sup>34</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte?, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 2000, pág. 320

Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada, por lo cual considero que este concepto no es completo.

Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal dicen que la maternidad subrogada *“es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.”*<sup>35</sup>

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado, respecto al óvulo de la esposa no dice nada, tampoco se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera. Si esta mujer resulta casada o concubina, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo.

Zannoni, dice: *“La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja”*.<sup>36</sup>

En esta, se agrega al concepto de maternidad subrogada el embrión de la pareja, el cual señala que el embrión a gestar es producto de ambos esposos y rechaza la probabilidad de que la mujer que lleve a cabo la gestación, aporte su ovulo, ya que la calificaría simplemente como madre.

---

<sup>35</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. p. 45

<sup>36</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. p. 46 y 47

La Universidad Externado de Colombia la define como: "... técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer recibe el encargo de adelantar y culminar el proceso de gestación y de entregar su producto a la persona comitente".<sup>37</sup>

Esta, también menciona que existen 2 modalidades:

1. La maternidad por *simple sustitución*, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz, también es la que aporta su material genético.
2. La maternidad por *sustitución en la gestación*, que consiste en que la mujer que gesta, no aporta su material genético.<sup>38</sup>

De estos 2 supuestos, podemos entender que el primero contendría un objeto ilícito, ya que el objeto del negocio no puede ser: el ser humano ni parte de él; entonces, ¿que pasaría con la donación de órganos y donación de gametos?

CHAVEZ ASECIO, la describe como "... situación que se presenta cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un ovulo fecundado, o se le insemine con elementos del marido. Se trata de la utilización del útero de una tercera mujer, bien sea en forma gratuita o remunerada."<sup>39</sup>

En esta definición existen 2 supuestos respecto a quién pertenece el ovulo, en primer lugar menciona que el ovulo fecundado no pertenece a la mujer que llevara la gestación, lo cual nos deja un vacío sobre la incógnita de quién donará ese ovulo fecundado, si la madre comitente o una tercera mujer ajena a este proceso, la cual no menciona, y el segundo supuesto nos habla de la posibilidad

---

<sup>37</sup> universidad externado de Colombia, familia, tecnología y derecho, Primera Edición, s.e., Bogotá, 2002. P. 129

<sup>38</sup> cfr. universidad externado de Colombia, familia, tecnología y derecho, Bogotá, s.e., 2002. P. 130

<sup>39</sup> CHAVEZ, ASECIO, Manuel F., Familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno Filiales, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 73

de usar el ovulo de la mujer que llevara a cabo este proceso, usando la técnica de inseminación artificial, usando el semen del marido de la mujer comitente.

También se menciona la forma en que se llevara a cabo este procedimiento, mediante un pago a la madre gestadora o de forma remunerada, lo cual no habían mencionado anteriormente.

Aníbal Guzmán Avalos, asegura que “la subrogación de la maternidad consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado. Puede revestir formas diversas de la maternidad-paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos: los proveedores del óvulo y esperma; finalmente la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo. La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.”<sup>40</sup>

En esta definición, podemos notar que ya se aceptan más de 2 madres, lo cual, menciona que para esta participación, puede existir la madre que aporta su ovulo, la madre que gesta y la madre comitente, que podría ser la madre legal o la madre educadora; igualmente con el hombre, menciona que puede haber hasta dos participantes, el que dona el esperma y el comitente.

La maternidad para Mendoza García, es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenecen a la pareja comitente, y maternidad subrogada parcial,

---

<sup>40</sup> GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, La filiación en los albores del siglo XXI, Editorial Porrúa, primera Edición, México 2005, p. 188

cuando la madre subrogada además de llevar a cabo la gestación, esta aporta su ovulo para llevar a cabo la fecundación.<sup>41</sup>

Según Hurtado, de acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases de subrogación:

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,
- Parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.
- Comercial cuando la mujer contratada reciba una compensación económica
- Altruista, la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.<sup>42</sup>

Dentro de la Iglesia Católica esta práctica de procreación, está considerada como inmoral. Sin embargo, no todo lo que se considera inmoral deja por ese hecho de realizarse o practicarse. Es un hecho donde se están realizando intervenciones de esta naturaleza y que cada vez son más los hijos por este procedimiento.

Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico; por este motivo, el derecho tiene que dar respuesta a estas situaciones.

Podemos observar la falta de legislación general que regula la práctica de la maternidad subrogada, y que los conflictos han sido resueltos, caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y mediante el

---

<sup>41</sup> MENDOZA GARCIA, Isidro, "Problemática jurídica de la maternidad subrogada", Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 80

<sup>42</sup> HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte?, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 2000, p. 321

argumento de optar por los "mejores intereses" del niño así gestado, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas.

La subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para llevar un embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible, este hecho, permite que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico-física.

Para algunos países estas técnicas son prohibidas, mientras que otros lo permiten, porque consideran este un acto de libertad para la mujer.

Algunos autores han llegado a comparar estos acuerdos con los contratos de prostitución ya que se alquila una parte del cuerpo, que sería el útero, pero al realizar esta práctica, se pondría a disposición todo el organismo de la mujer para llevar el embarazo, ya que implica la función total del organismo.

No debemos conformarnos únicamente en la buena voluntad de la mujer que se presta para llevar este procedimiento a cabo, y entregar al bebe, producto de la gestación de esta, sino debemos buscar una solución que intervenga para que se lleve adecuadamente todo este proceso.

La mujer que da a luz al bebe producto de este procedimiento, puede impugnar su maternidad, si a esta se le considerada legalmente como la madre, entonces las parejas que aportaron sus gametos no podrán tener a su hijo. Si la madre gestante decide entregar voluntariamente al bebe, al no estar esta figura

reconocida meramente como tal, se tendría que llevar a cabo el proceso de adopción, para la solución de este problema, pero entonces siendo los padres biológicos del bebe, tendrían su paternidad por medio de la adopción y no como padres legítimos.

Otro tipo de solución que se le dio a esta práctica, fue que la madre sustituta accediera a demás a aportar su ovulo, siendo inseminada por el esposo de la solicitante, así el padre podría reconocer al hijo y su esposa adoptarlo. Pero esta acción tampoco se considera una forma viable para la solución de este problema.

Uno de los problemas de esta figura es que si la madre gestante no quiere dar al hijo en adopción, no se podrá obligar a esta a que lo entregue, sea cual sea la filiación del bebe, ya que como hemos mencionado anterior mente, el derecho reconoce como madre, a la mujer que lleva a cabo el embarazo y el alumbramiento.

Existe otra definición de maternidad subrogada, donde Delgado Calva propone que: “Es el acto jurídico mediante el cual un medico con experiencia en la materia, aplicara alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, precio convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesario, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebe a la subrogante”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. P. 48

Este dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, donde se conviene que la mujer subrogada, entregara a la subrogante el bebe.

Considero importante que se realice un concepto que contenga los suficientes elementos para que describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, ya que lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida del bebé.

### **3.1.7 Problemática actual**

El derecho en general se ve conmovido por los descubrimientos científicos; pero no sólo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, etc; las instituciones jurídicas del derecho penal entran en crisis, pero también las de derecho civil, pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia, etc. deben ser reconsiderados.

La subrogación de úteros puede acarrear una serie de interrogantes, principalmente: ¿tiene el producto realmente dos madres biológicas?, ¿cuál tiene la patria potestad?

Problemas realmente agudos plantean las nuevas posibilidades que la sociedad actúa en la realidad; por ejemplo si la pareja homosexual tiene el derecho a engendrar, lo que teóricamente ya puede hacerse:

-En la pareja homosexual femenina por la fusión de dos óvulos implantando el producto en el útero de una de ellas,

-Y en la pareja homosexual masculina fusionando ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, que se transfiere a un útero alquilado,



-O puede intentarse el embarazo abdominal masculino implantando el producto en la cavidad peritoneal, con soporte hormonal al inicio y con la natural molestia de una cesárea al final.<sup>44</sup>

Madre es la que llevo a cabo el alumbramiento? O Madre es la que proporciona el material genético; su cuerpo y metabolismo para sostener su vida y la del bebe en desarrollo; la que acuna al dormir y lo alimenta y atiende sus necesidades; o la que asume las obligaciones civiles ante la sociedad por ese recién nacido? Todas las anteriores o solo parcialmente algunas? Definir maternidad y paternidad como fenómenos complejos y dinámicos, así como sus diferentes abordajes y principios; nos ocupa en esta ocasión.

Otro aspecto inquietante abordado es lo relativo al Nasciturus y su situación jurídica, ese producto de la fertilización in vitro, que aun o es persona en el estricto sentido jurídico del término.

### **3.1.8. Causas y Motivos de la Maternidad Subrogada.**

Lo anterior para entrar de lleno a las causas que dan origen a la Maternidad Subrogada:

Se nos presenta ahora que el abuso del alcohol, el tabaco y las drogas unidas al estrés de la vida moderna, los matrimonios tardíos, los antecedentes de abortos y enfermedades venéreas, además del uso de dispositivos intrauterinos han influido decisivamente en la esterilidad de nuestra especie.

La maternidad subrogada se convierte en el método ideal, para todas aquellas parejas que, al sufrir determinados trastornos, les resulta imposible tener hijos propios.

---

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología". Criminalia 60 Aniversario, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994, p. 76

Existen diversas posibilidades, las cuales son motivo para realizar esta práctica, Delgado Calva las señala:

“1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;

2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;

3. 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 geste para que de a luz un bebé;

4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;

5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoide de su marido mediante una fecundación in vitro; o

6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoide de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo”.<sup>45</sup>

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad, los cuales son los más comúnmente aceptados; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, en el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales.

Debemos recordar que ante todo se encuentra la vida y bienestar del menor, antes de cualquier posibilidad que sea de nuestro interés para llevar a cabo esta, por lo que se deben definir las causas que pueden permitir la procreación mediante el proceso de maternidad subrogada.

---

<sup>45</sup> DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho ...”, Op. Cit., , p. 55

Como ya mencionamos, las causas más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada, son las relativas a infertilidad y/o esterilidad. Sabemos que la moral y la religión van regularmente de la mano, pues la mayor parte de personas basan sus valores e ideas de tipo moral en su religión.

La religión que predomina es la católica y dentro del clérigo y sus feligreses, existen tanto los que se oponen, como los que están a favor de la inseminación artificial, ya que han encontrado en sus técnicas una opción útil para subsanar el problema de no poder tener hijos.

En términos generales podemos decir, que los que se oponen consideran básicamente que el fin no justifica los medios; en donde al realizarse este tipo de prácticas lesiona la moral social y degrada la honestidad del acto sexual.

### **3.1.9 Antecedentes**

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

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.<sup>46</sup>

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de

---

<sup>46</sup> <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> Consultado 10-9-2013

Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.<sup>47</sup>

Uno de los casos más resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$10.000.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse del bebe y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

---

<sup>47</sup> GUITRÓN FUENTECILLA, J. La genética y el Derecho familiar. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, p. 73

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario El País (España) el 6 de agosto de 1984: *Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro.*

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.<sup>48</sup>

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la

---

<sup>48</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. La nueva inseminación artificial. Editorial Civitas, Madrid. 1989 p. 81

legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años.

Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.<sup>49</sup> Años más tarde, en Italia, se presentó el caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física de su madre para sobrellevar el embarazo, pues deseaba tener un hijo de su nueva pareja.<sup>50</sup>

Recientemente, el 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana. Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?. Ed. Lancaster. Tomo 182-1663

<sup>50</sup> MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, Revista Jurídica Española IV Edición, Junio 2005, p.37

<sup>51</sup> DOBERING GAGO, Mariana, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Diario El Mundo, España, 1 de abril de 2000, p 23

En el caso particular de nuestro país, se puede decir que su práctica se ha venido realizando en los últimos años de manera cotidiana, aunque no existe un registro de manera oficial por parte de la Secretaría de Salud, y menos de los contratos celebrados, pero fuera del marco jurídico, toda vez que únicamente en el estado de Tabasco se regula dicha figura por el Código Civil, en su artículo 92, desde el año 1997.

Así, México, solo una legislación local lo regula de manera positiva; dos más, como San Luis Potosí y Coahuila lo prohíben de manera expresa, mientras que las restantes 29 entidades son omisas al respecto.

### **3.1.10. Disociación de la Maternidad.**

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que existen diversos tipos de maternidad según los grados de intervención de las mujeres en la procreación, que va desde su participación con su material genético; la gestación; o simplemente su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

Bajo esta modalidad de ideas, se señalan cuatro modalidades a saber:

- I. Maternidad plena: es la que une la relación biológica, con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implica la maternidad.
- II. Maternidad genética: es la mujer que dona su material genético (ovulos)
- III. Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva a delante la gestación, a partir de un ovulo donado.
- IV. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes de la maternidad sin que exista entre ellos vínculo biológico.

De este último supuesto, podemos notar que los hijos no solamente se engendran con la carne, sino que el que cría y educa a un menos como hijo, lo ha

hecho merecer mas ser considerado por el derecho como padre, que quien lo es solo por la genética.

Ante este panorama la interrogante que se formuló respecto a la maternidad vuelve a repetirse, esto es: ¿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.

Otra interrogante es: ¿debemos excluir o considerar a las otras mujeres que participaron en la procreación del hijo, se les debe reconocer algún derecho, de ser así, existe la maternidad compartida?

La maternidad subrogada puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1- la pareja contratante aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2- la madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja contratante o de un tercero anónimo o conocido. En este no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético.

3- El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

### **3.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Es innegable que en la actualidad una de las ciencias más influyentes en la vida del ser humano es la ciencia médica, y dentro de ella se encuentran subramas científicas como las *técnicas de reproducción asistida*, etc. Sin



embargo, muchas veces el derecho espera demasiado tiempo para regular un hecho o una situación, pues mientras el derecho es paciente, las demás ciencias son audaces; estos avances plantean una serie de nuevos retos para los juristas.

Actualmente la relación sexual ya no es imprescindible para lograr la concepción del ser humano; hoy se puede tener descendencia en forma asexual, el hombre exterioriza su voluntad a este acto substitutivo de la cópula, y a veces aunque no aporta gameto, decide el nacimiento porque desea un hijo (a) y es a quien se le atribuye la paternidad. Como hemos visto, la atribución de la paternidad por decisión de voluntad de quien desea ser padre, obteniendo así todas las obligaciones y facultades, es aceptada sobre todo en los países donde se ha regulado la procreación con asistencia médica, la cual implica la relación de filiación opuesta al simple lazo biológico.

Por lo que ya vimos es urgente una verdadera regulación interna en este terreno, para evitar los conflictos que apareja una situación o hecho que nace y se desenlaza al margen de la ley, máxime si como se ha mencionado anteriormente la disputa versa sobre el cuidado de un ser humano.

Al respecto, la doctrina jurídica ha comenzado a generar una serie de conceptos que nos llevan a la comprensión de las implicaciones de estos métodos. En este caso se entiende por reproducción asistida: “conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecida”<sup>52</sup>

En la actualidad existen métodos variados de reproducción asistida, pero en la presente investigación, solo me abocare al estudio de las técnicas de reproducción asistida, que son métodos auxiliares de la procreación, pues buscan superar una

---

<sup>52</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 431

deficiencia que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado, y las más utilizadas, son:

- 1) Inseminación Artificial, y
- 2) Fecundación in vitro

Recordemos que estos métodos no son los únicos que podrían ser de utilidad para la ciencia, ya que de cierto modo esta clasificación puede modificarse conforme los avances de esta, la cual seguramente descubrirá otros planteamientos que se utilicen para este efecto.

Las técnicas de reproducción asistida comenzaron a aplicarse en animales; se dice que un alemán llamado Ludwiy Jascobi las utilizo en salmones alrededor de 1765; en el siglo XIX se practicaron estas técnicas en mamíferos.

En cuanto a los seres humanos, varios se disputan la primicia de la primera inseminación artificial, en el siglo IV, se intento inseminar artificialmente a Juana de Portugal con semen de Enrique IV de Castilla, su esposo, pero no hubo éxito.

Otros consideran que un inglés de apellido Hunter, fue el primero en realizar estas prácticas. Pero en 1978, nació el primer humano fruto de la fecundación artificial *in vitro*, una niña inglesa llamada Louis Brown.<sup>53</sup>

### **3.2.1 Inseminación artificial**

La inseminación artificial “Consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual y puede ser homóloga o heterologa. Recibe el nombre de “artificial” porque esta conexión entre óvulo y espermatozoide

---

<sup>53</sup> cfr. GUZMAN AVALOS, Aníbal, La filiación en los Albores del siglo XXI, s.f., Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 185-187

no se hace de forma natural, pero la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza”.<sup>54</sup>

Las causas de esta práctica son muy diversas, generalmente, una pareja recurre a la inseminación artificial porque no han logrado el embarazo.

Las estadísticas indican que este proceso tiene la misma tasa de éxito que la fecundación natural, y las probabilidades de que existan malformaciones son inferiores a la natural.

- a) Inseminación artificial homóloga: Este tipo de fecundación proviene del cónyuge o concubino de la pareja habitual o esposa. Este tipo de fertilización es el que más se utiliza y no presenta grandes conflictos legales respecto a la maternidad y paternidad biológica y la filiación.
- b) Inseminación artificial heteróloga: En esta técnica se utiliza semen (congelado), proveniente de un donador.

Se le suele clasificar en inseminación remedio y de conveniencia.

La *inseminación remedio*, puede darse en dos casos, por esterilidad del marido o compañero y cuando, por causas genéticas, una pareja puede llegar a tener un hijo anormal.

En esta se requiere:

- El consentimiento del marido o compañero para poder llevar a cabo el procedimiento, y aquí este asumiría la paternidad del hijo. La falta de consentimiento de este, era una causal para impugnar la filiación, incluso era una causal de divorcio en el Distrito Federal, que con la reforma del Código Civil para realizar divorcios sin causal alguna actualmente no se encuentra señalada. Sin embargo, en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación

---

<sup>54</sup> Ibídem, p. 187

para la Salud, lo contempla como uno de los requisitos para que la Institución Médica pueda llevar a cabo el procedimiento de Inseminación.

- Consentimiento de la mujer. Este es el requisito más importante ya que, el procedimiento se realizara en su cuerpo, y la falta de su consentimiento causaría sanción penal.
- La Donación de semen, generalmente para evitar problemas sociales y familiares, en esta, se procura el anonimato del donante, y este a su vez, tampoco sabrá si se utilizó o no su semen.

En el artículo 466 de la Ley General de salud, en el segundo párrafo cita que “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”<sup>55</sup>

En la *inseminación de conveniencia*, o también conocida como *de la mujer sola*, es aquella que practica una mujer que no quiere tener relaciones con un varón. En esta solo existen dos requisitos: <sup>56</sup>

- El consentimiento de la mujer, y
  - La donación de semen.
- c) Inseminación artificial post mortem: es un tipo de inseminación, donde se utiliza el semen congelado de un hombre muerto. Donde interviene la voluntad de la madre, y la voluntad de este, mediante testamento.

En el Reino Unido se permite esta práctica, pero no se reconoce la paternidad del hombre fallecido; en España también es aceptada, pero no tiene efectos de sucesión a menos que el marido de la viuda así lo haya dispuesto y se

<sup>55</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

<sup>56</sup> cfr. DE LA MATA PIZANA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas mas recientes en la legislación del Distrito Federal, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 434- 443

hagan en un término de 6 meses después de su muerte; respecto a Suecia, Alemania y Francia es una práctica prohibida.<sup>57</sup>

### 3.2.2 Fecundación IN VITRO

“La fecundación in vitro consiste en la unión del espermatozoide y del ovulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado”<sup>58</sup>

Este método también puede ser homólogo o heterólogo, según se trate del ovulo de la donante o cónyuge o del semen del marido o donador.

En este caso el espermatozoide y el ovulo son unidos en un laboratorio y luego implantados en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación; el problema que surge cuando la madre es incapaz, de anidar en su vientre a su futuro hijo o es totalmente infértil, recurriendo a una tercera persona para que se haga cargo de la gestación y del posterior alumbramiento, esto es conocido como *maternidad subrogada*.

La fecundación in vitro admite las siguientes formas de practicarla.<sup>59</sup>

1. Con óvulos de la mujer que va a gestar y con semen de su marido o compañero;
2. Con óvulos de la mujer que va a gestar y por imposibilidad de su marido o compañero, con semen de un donante;
3. Con óvulos de la mujer que va a gestar y por conveniencia de ella, con semen de un donante;

---

<sup>57</sup> cfr. GUZMAN AVALOS Aníbal, *La filiación en los Albores del siglo XXI*, s.f., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 190

<sup>58</sup> DE LA MATA PIZAÑA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas mas recientes en la legislación del Distrito Federal*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 443

<sup>59</sup> DE LA MATA PIZAÑA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas mas recientes en la legislación del Distrito Federal*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 445

4. Con óvulo donado que se fecunde y se introduzca en el útero de la mujer que gestara y será madre.
5. Maternidad subrogada o “madre de alquiler”.
6. Que se done el embrión fecundado y se introduzca en el útero de quien será la madre.

Como podemos ver, existen infinidad de posibilidades que el ordenamiento jurídico debe regular.

Los solicitantes deberán celebrar un contrato de prestación de servicio con el médico o la institución donde se vaya a realizar este proceso, donde los médicos no podrán disponer de los embriones para un fin distinto al propuesto.

De estas prácticas surgen diversos cuestionamientos como: ¿Qué destino se le debe dar a los embriones en caso de que los padres fallezcan, pueden heredar?

El artículo 28 del Código Civil del Estado de Veracruz señala que:

Artículo 28. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Por lo tanto, el *nasciturus* o el no nacido son consideradas como personas, comenzando por el reconocimiento de su personalidad jurídica plena.

Al tratarse de personas y no de bienes, el destino natural es la búsqueda del nacimiento, pero, ¿Quién decide a que mujer deben implantarlo?

Debemos considerar que el semen u óvulos congelados, no son personas, porque aun no ha habido concepción, pero como son susceptibles para dar vida, tampoco pueden ser considerados como bienes; por lo tanto la Ley General de Salud admite la donación.

Este tema, como muchos otros en materia de Bioética, no se encuentra debidamente regulado en México, a pesar de que ya es una práctica frecuente en clínicas de nuestro país.

A casi 35 años del primer nacimiento a consecuencia de una fertilización in vitro y la rápida difusión de las técnicas de reproducción asistida en los últimos años, diversos países han decidido regularlas con la finalidad de evitar abusos en este campo.

Algunos países europeos que ya han legislado en esta materia, son: Alemania, Austria, España, Francia, Hungría, Noruega, Reino Unido y Suecia.

Fuera de Europa países como Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y México sólo tienen directrices, proyectos de ley o simplemente algunas disposiciones al respecto dentro de sus leyes.<sup>60</sup>

No existe una misma orientación en lo que se refiere al ámbito legislativo, ni un mismo panorama ético, distintas razones son las que han condicionado las regulaciones jurídicas de cada país.

Así pues se tienen leyes restrictivas como la austriaca que sólo permite la fertilización in vitro homóloga a los cónyuges o a los que conviven de manera estable durante varios años, y prohíbe la inseminación artificial de la mujer sola o

---

<sup>60</sup> MARÍA LUISA DI PIETRO, "Análisis comparado de las leyes y de las orientaciones normativas en materia de fecundación artificial", en revista Medicina y Ética, Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud,

de la lesbiana, la donación de óvulos, la maternidad substituta, la investigación con embriones y la fecundación de más óvulos de los que vayan a ser transferidos.

En este mismo sentido, la legislación alemana prohíbe el uso del embrión fecundado in vitro con fines diversos de los dirigidos a garantizar su supervivencia, la fecundación de más óvulos de los que se vayan a transferir a la madre biológica, la donación de óvulos, la maternidad substituta, la fecundación artificial post mortem, la predeterminación del sexo y la fecundación interespecies. En cambio, no prohíbe la donación de embriones a otra mujer pues se considera que podría ser el único modo de asegurar su supervivencia.<sup>61</sup>

Por otro lado, se tienen legislaciones permisivas como la francesa o la española, que permiten la donación de óvulos, la aceptación de las técnicas de fecundación artificial tanto homólogas como heterólogas, la selección de sexo por medio de estas técnicas, la crioconservación de embriones sobrantes, la donación de embriones a otra pareja o a la experimentación, y la aplicación de las técnicas de fecundación asistida tanto a parejas como a mujeres solas.

En lo que se refiere a técnicas de fecundación asistida la actual legislación mexicana local no establece ninguna regulación específica al respecto.

Únicamente en la Ley General de Salud se regulan algunos aspectos de la misma, que pudieran considerarse como unos pequeños avances en estos temas.

Es así que en México, la regulación de las técnicas de reproducción asistida se encuentra en un vacío legal propiamente dicho. Sin embargo, desde 2002 existen propuestas de ley específicas en la materia, como la presentada por el

---

<sup>61</sup> Cfr. DORA GARCÍA FERNÁNDEZ, Una aproximación al Bioderecho, Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, en



PAN y diversas propuestas, de otros partidos como el PRI y PRD, que pretenden la adición o reforma de ordenamientos jurídicos, como la Ley General de Salud, Código Civil y Código Penal Federales, que, como ya se mencionó, actualmente regulan muy poco o nada el tema de la reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida implican una amplia gama de conocimientos técnicos que difícilmente pueden ser abarcadas por una sola disciplina, en este caso deben converger el Derecho, la Medicina y la Ética.

### **3.3. CONSENTIMIENTO Y RESPONSABILIDAD.**

“La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su "motor principal"; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan”.<sup>62</sup>

La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión. La voluntad exteriorizada es indispensable para la existencia de este.

El Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros.

En este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado.

---

<sup>62</sup> GUZMAN ÁVALOS, Aníbal, Inseminación Artificial y Fecundación In vitro humanas, un nuevo modelo de filiación, UV Editorial, s.f., Xalapa, México 2001. p. 69

En este campo, como en cualquier acto jurídico, los requisitos esenciales de validez son: un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales; que no exista ningún tipo de vicios de la voluntad y, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

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

### **3.3.1 Consentimiento y Responsabilidad de los Usuarios.**

Por usuario(a) se entiende a la persona que se somete a cualquiera de las técnicas de procreación asistida con el fin de asumir la maternidad o paternidad que de ellas resultare.

Siendo dentro del matrimonio o concubinato, la forma más aceptada de este tipo de procreación, no es la única aceptada, ya que también se permite que las mujeres solteras sean usuarias de estas técnicas.

Como ya lo vimos en el párrafo que precede, el consentimiento es indispensable para iniciar las actividades médicas encaminadas a lograr la reproducción, mientras que no se externe la voluntad de la mujer, ni el médico ni la institución podrán iniciar cualquier acción de reproducción asistida, ya sea inseminación artificial, extracción de óvulos o mucho menos implantar embriones o cualquier otra actividad relacionada con esta.

Entre las personas que requieren manifestar expresamente su voluntad, se encuentran: la mujer, esposa, concubina o sola y el hombre esposo o compañero, según sea el caso.

Si se trata de una fecundación homóloga, la problemática es menor, ya que el producto coincide genéticamente con los del padre y la madre, y se trataría de un ser concebido en matrimonio o concubinato.

Si hablamos de una fecundación heteróloga, el consentimiento es esencial, pues el esposo o concubinario debe aceptar que su pareja sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo que tendrá que aceptar previamente la responsabilidad que adquirirá frente al hijo, es decir, la paternidad, aunque no estén vinculados genéticamente.

El expresar su consentimiento en este tipo de fecundación, es eficaz para el derecho, ya que gracias a este, no podrían impugnar la paternidad después de haberla otorgado, aunque demuestre su esterilidad, ya que el documento que avale la expresión de la voluntad del inconforme, sería prueba plena para establecer el vínculo de filiación.

Existe la validez temporal de consentimiento, el cual algunos autores sostienen que la vigencia del consentimiento sea por tiempo indefinido, o sea, hasta que se logre el embarazo de la mujer; este puede ser revocado antes de que se haga efectiva la fecundación artificial, pero nunca después de que esta se haya realizado.

En este orden de ideas, entonces podemos ver los siguientes supuestos: si el marido muere antes de la realización de la inseminación artificial, el consentimiento puede considerarse caduco, a menos de que se haya establecido en testamento efectos después de la muerte a través de la procreación post mortem. O bien, en el caso de una separación, el consentimiento habrá caducado tácitamente si no se logra la fecundación.

Este tipo de problemas se presenta en los países que aun no tienen reguladas jurídicamente estas técnicas, sin embargo ya se llevan a la práctica y por ello la urgencia de buscar la certidumbre a través de que sean contempladas estas técnicas en la ley.

### **3.3.2. Consentimiento y Responsabilidad de los Donadores de Gametos.**

Vamos a definir como donador, a la persona que dispone de sus gametos en favor de otra, a fin de que se realice una fecundación artificial.

Los centros autorizados para la realización de la procreación asistida deberán llevar un expediente médico y conservar una ficha secreta relativa al donante; que sirva tanto para limitar el número de inseminaciones posibles con gametos de una misma persona, con objeto de evitar la consanguinidad o, con la finalidad de conocer las características genéticas del donante frente a posibles problemas patológicos del ser así concebido.<sup>63</sup>

Este expediente no establecerá lazos entre el donante y el niño producto de este sistema de procreación, sin embargo, romperá con el principio de anonimato, ya que permite que el niño pueda tener acceso al conocimiento de sus orígenes, el cual puede serle de suma importancia en caso de problemas de salud.

### **3.3.3. Responsabilidad del Estado.**

El Estado puede tener una participación o acceso en este tema, a través de la política demográfica, sanitaria, administrativa, de control y legislativa.

Como podemos ver, la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer esta autonomía lo más posible; sin embargo, este no puede quedarse

---

<sup>63</sup> cfr. GUZMAN ÁVALOS, Aníbal, Inseminación Artificial y Fecundación In vitro humanas, un nuevo modelo de filiación, UV Editorial, s.f., Xalapa, México 2001. p.86

atrás cuando existen intereses que deben protegerse, como los del hijo (a) producto de esta reproducción asistida, y debemos recordar que para poder realizar estas técnicas, es necesario tener un control sanitario sobre estas.

El jurista alemán, Gunter Teubner, considera que: "... el carácter conflictivo de los procedimientos legales-tanto de los jurisdiccionales como de los legislativos y doctrinales-obliga al discurso jurídico a examinar a todo nuevo conocimiento producido fuera del mundo jurídico..."<sup>64</sup>

Esto nos lleva a reflexionar que el Estado no puede alejarse de los avances que se dan en las diversas áreas del conocimiento humano. Por lo tanto, es necesaria la intervención estatal del legislador, el cual debe marcar los límites de la actividad médica e investigaciones científicas que son producto de estas técnicas.

Actualmente no existen normas que regulen eficazmente estas nuevas formas de procreación, ya que son prácticamente nuevas. De aquí la urgencia de una legislación que garantice a los particulares el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Se requiere el control del Estado en los métodos de procreación asistida, donde deberá establecer las condiciones para aplicar estas técnicas y analizar la capacidad de los médicos y de los institutos de salud donde deban presentarse estos servicios

La misión del legislador, es promulgar una ley que tenga una eficacia social lo mas apegada a la realidad, pues el establecer una norma rígida, podría provocar la clandestinidad, o bien, originaria un "turismo procreativo" hacia los

---

<sup>64</sup> TEUBNER, Gunter, El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global, trad. de Carlos Gómez Jara Díez, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2010. p. 53

países más liberales, o que si permitan este tipo de prácticas, o a países que tengan una regulación más flexible, la cual les permita aplicar algún método para poder tener descendencia.

### **3.4. PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se han observado diferentes conductas que generan derechos y obligaciones respecto de la maternidad, también se revisó que es permitida como una forma de procreación asistida, sin embargo, su vaga forma de regular esta figura contribuye a una serie de conflictos.

Siendo realistas, es difícil suponer que una mujer aceptara embarazarse de manera altruista, es decir, para regalar a su hijo. ¿Es ilícito entregar al hijo a cambio de dinero; o se trata de un delito de tráfico de menores?

El artículo 169 del Código Penal del Distrito Federal sanciona con cárcel y multa:

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

#### **3.4.1. Fundamentos de la Procreación ¿garantía individual?**

Los que pretenden la aceptación y validez de los contratos de subrogación, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual, la cual se encuentra establecida en la constitución de manera implícita en el artículo 4º, y alegan que su impedimento es una violación constitucional.

Este artículo señala el derecho que tienen las personas en decidir de manera libre y responsable sobre el número de hijos que quieran tener.

Podemos aclarar, que el derecho a que se refiere este artículo, es el que tiene el individuo a tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a menos de que éste, demuestre la existencia de un interés superior que justifique su acción.

Los interesados han llegado a considerar implícito el derecho a la procreación, a la de seleccionar cualquier medio para realizarla, de aquí concluyen la violación constitucional en la prohibición en los contratos de subrogación, y el prohibir el pago o compensación a la persona que llevara el embarazo, estas personas alegan que el Estado no puede prohibir la decisión de una pareja en tener un hijo o no, ya que una vez tomada esta decisión, el método empleado sea natural o artificialmente, debe considerarse constitucionalmente protegido.

Las personas quienes alegan la anticonstitucionalidad, consideran que esas leyes que limitan el pago a la mujer subrogada, impiden a las parejas el derecho a procrear, sin embargo, el derecho a la libertad de decisión de procrear o gestar un hijo, si es garantía del Estado, pero no el de asistirlos para que lo obtengan, es decir, las leyes no impiden a las parejas estériles procrear o gestar un hijo, solo controlan los medios por los cuales puedan obtenerlo.

Por este motivo, es necesario que el Estado establezca límites que regulen la práctica de la subrogación de maternidad, la cual ha generado graves y complejos problemas, no solamente sociológicos o morales alegando el vínculo natural que surge por el embarazo, sino también legales, respecto a la negativa de la madre a entregar a su hijo a los contratantes, por lo que llevaría al incumplimiento de un contrato.

La procreación entendida como hecho natural y humano, permite la perpetuación de la especie, pero ¿que pasaría si uno de los miembros, o ambos, carecieran de la capacidad para procrear?; el desarrollo de las técnicas de procreación artificial, ha permitido a estas personas que puedan convertirse en progenitores o padres sociales, mediante el empleo de su material genético o por el de terceras personas, estas técnicas también son utilizadas para evitar el riesgo de una transmisión de enfermedad genética hereditaria, y es un medio para satisfacer la paternidad o maternidad a aquellas personas que no desean compartir su vida con una pareja.

La aspiración de todo ser humano a ser padres, ha llevado a defender estas técnicas, y la facultad de las personas para elegir el medio a través del cual desea procrear.

Defienden la idea del derecho a ser padres, ya sea de manera natural o de manera artificial; pero, ¿el derecho a procrear corresponde únicamente a los cónyuges, o también a las demás personas, independientemente de su estado civil o de que sea estéril o no?

### **3.4.2. Contenidos y Aspectos de la Libertad de Procrear.**

Hay quien defiende la postura de la existencia del derecho a procrear, se natural o artificialmente, ya que lo consideran como una decisión íntima familiar. Estos supuestos, proponen la constitución y mantenimiento de una familia, a través de la generación de los hijos, por lo mismo, el negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, sería establecer una forma de discriminación a personas estériles.

Sin embargo, Moran Vicenci, señala que el derecho a procrear, es la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido, se



puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos que tiendan a la procreación artificial.<sup>65</sup>

### **3.4.3. Entre lo público y lo privado**

La novedad de las prácticas de reproducción asistida, se ha hecho referencia a la relación entre lo público y lo privado en el ámbito de la reproducción.

Lo público hace referencia a la cosa pública, el dominio de la política y del Estado, al ámbito de la obligación en definitiva, con respecto de las relaciones entre particulares, del dominio del comercio y del mercado principalmente.

En otro contexto, lo privado en sentido más restrictivo, es el ámbito particular, el ámbito doméstico. Existen muchas características de lo familiar que se asemejan al derecho público por ejemplo:

- a) Existe una notoria intervención del poder público en las relaciones familiares, las cuales no podrían crearse ni resolverse sin la intervención del Estado.
- b) El Estado interviene en la regulación de las relaciones familiares en cuestión de los derechos o cumplimiento de deberes jurídicos correspondientes. Por ejemplo: el deber de dar alimentos a los hijos, es una función del Estado.
- c) Los derechos, deberes y obligaciones otorgados y establecidos mediante una norma jurídica para regular las relaciones familiares son irrenunciables e imprescriptibles.

---

<sup>65</sup> cfr. MORAN VICENZI, Claudia, el concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Pirua y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, p.169

“La familia es un grupo de interés público, en tanto constituye la base sobre la cual se finca la sociedad y, por lo tanto, es de interés del Estado que se constituya, consolide y funcione solida y sanamente, también lo es que las relaciones entre los miembros de la misma son, ante todo, relaciones entre particulares”.<sup>66</sup>

#### **3.4.4. Mercantilización**

La filiación no es la única cuestión que se plantea a partir de la separación que existe durante la procreación, sino que como ya hemos visto, también existe la posibilidad de dividir la reproducción en diferentes partes, donde podemos encontrar las células femenina y masculina por un lado, después el embrión, y la gestación próximamente por otro lado, de lo cual vemos que se da el uso de estos de manera separada, cuando era un proceso comúnmente conocido como un proceso inseparable e intercambiable. A consecuencia de los avances de la ciencia, esto puede lograrse y estos elementos cobran un valor de uso para otras personas, principalmente pacientes, o bien científicos que estén dispuestos al estudio de estos.

Al ser del interés de las personas para utilizarlos, se convierten en elementos, objeto de apropiación e intercambio, lo que nos recuerda que en México está prohibido en el artículo 327 de la Ley General de Salud el comercio de órganos, tejidos y células.

Este ordenamiento legal admite la posibilidad de la donación de las células germinales, es decir, las celular reproductoras masculinas o femeninas, pero no su venta, o retribución por estas.

---

<sup>66</sup> BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, Derecho de familia, segunda edición, Editorial Oxford, México 2009, p.11

### **3.4.5. Límites a la Libertad de Procrear.**

Todos los derechos están sujetos a límites, y este no es la excepción, el derecho a la reproducción humana, también tiene ciertos límites que habrá que hacer notar.

Moran Vicenzi considera que los límites de la libertad de procrear son: la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona, con especial consideración los derechos del hijo; y ninguna persona puede quedar sometida a otra para hacer efectivo su derecho de procrear.<sup>67</sup>

Uno de los límites de procreación, son los derechos fundamentales de los niños, y que no cualquier persona puede realizar este tipo de prácticas, solo los que establece el Estado, ya sea hablar de las personas que pueden ser comitentes, la persona que será subrogada hasta los médicos o instituciones que puedan realizarla.

---

<sup>67</sup> cfr. MORAN VICENZI, Claudia, el concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Pirua y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, pp. 190 y 191

## **CAPÍTULO IV**

### **LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **4.1 LEGISLACIÓN NACIONAL**

En el ámbito nacional, se puede decir, que existe una diversidad de opiniones ya que observamos tres posiciones encontradas al respecto, toda vez que en nuestro país, de las 31 entidades Federativas y el Distrito Federal, 29 de estos no cuenta con un cuadro normativo al respecto, dos más la prohíben, y el Estado de Tabasco es el único que la autoriza.

En el artículo 4º segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se señala que, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”, encontrando su reglamentación, en la Ley General de Salud, la cual en su artículo 77 bis 1, otorga a todos los mexicanos el derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social, sin importar su condición social.

#### 4.1.1 Ley General de Salud

La práctica de los métodos de procreación asistida, obtienen su marco de legalidad en la Ley General de Salud, del 7 de Febrero de 1987, que en forma tímida hace referencia a dichas técnicas, dándole un marco de licitud, aun cuando se trate de una reglamentación administrativa.

El artículo 32, de la Ley General de Salud, señala que se entiende por atención médica al conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud, la cual podrá apoyarse de medios electrónicos de acuerdo con las normas oficiales mexicanas que al efecto expida la Secretaría de Salud.

Así mismo el artículo 33, señala que las actividades de atención médica son: I. Preventivas, siendo estas las de promoción general y las de protección específica; y II. Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno.

Interpretando los anteriores preceptos jurídicos se deduce que confieren el derecho de procreación de los gobernados, y la obligación del Estado, a proporcionarle los medios; de aquí, podemos decir que si una persona decide tener hijos, y no puede hacerlo por medios naturales, tiene la libertad de alcanzar dicho fin, a través de diferentes medios de asistencia médica para la procreación, invocando a su vez el derecho a la salud, siendo obligación del Estado proporcionarlos, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 67, párrafo segundo de la Ley General de Salud el cual señala, “que los servicios que se presten en la materia de salud tienen por objeto, regular el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad”, en armonía con dicho precepto, el artículo 68 fracción IV, señala que “ dentro de los servicios de planificación familiar se encuentra, el otorgamiento de apoyo y fomento de la

investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana”.

De igual forma en el artículo 466 de la Ley General de salud, en el segundo párrafo cita que “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

Ahora bien el Título Décimo Octavo, denominado de las medidas de seguridad, sanciones o delitos, en el capítulo VI, “De los delitos”, artículo 466, se tipifica que al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicara prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

Como anteriormente se menciona en la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Sin embargo no agrega que sanción produce el incumplimiento de esta disposición. Sancionando únicamente la falta de consentimiento para la realización de la inseminación artificial, es decir, solo se castiga la ausencia de la voluntad para la práctica de la inseminación artificial, considerando esta una conducta punible, regulando y permitiendo la realización de los procedimientos de inseminación artificial para la procreación. Este criterio lo siguen los códigos penales de los estados de Querétaro y Colima, que autorizan el aborto cuando el embarazo es causa de una inseminación artificial indebida o que no haya sido querida o consentida por la mujer.

Por otro lado, de las disposiciones punitivas, se puede afirmar que sancionan indirectamente, la realización de la procreación asistida, sin consentimiento, siendo elemento indispensable para considerarse dichos procedimientos no violatorios de dicho cuerpo normativo, el consentimiento de la

mujer que se va a someter a la intervención médica y el de su marido, si estuviera casada.

#### **4.1.2 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud:**

El criterio anterior queda ratificado por el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, que en el Título Segundo “De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos” en su capítulo IV, artículo 43, se reglamenta que para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia, en nacimientos vivos o muertos; de utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

Pues bien, como puede observarse, el consentimiento expreso del cónyuge o concubinario es un elemento integrador de esta clase de filiación; por ende es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendente a la procreación asistida.

Cualquier clase de intervenciones genéticas en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita, si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las pareja receptora, teniendo capacidad plena, ausente de cualquiera de los vicios de la

voluntad, es decir, otorgado de manera libre, consciente (no debe haber error, dolo, intimidación o violencia) expresa y por escrito. La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar, donde se explique a los pacientes, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no solo desde el punto de vista médico, sino también jurídicos y psicológicos.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos; el primero para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra persona, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de haber utilizado una técnica de procreación asistida.<sup>68</sup>

El primero es importante porque con su ausencia no se puede realizar ninguna intervención sobre el cuerpo de la persona para lograr la fecundación; inclusive si el profesional realiza actividades de procreación asistida sin la voluntad de la persona, se puede sancionar penalmente, como ya está establecido en el artículo 466 de la Ley General de Salud.

En el caso segundo, la importancia del consentimiento, es la utilización de las técnicas, radica en que si otorgamiento conduce a la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad y no debe confundirse con una transacción respecto del estado de los hijos y los derechos y obligaciones derivadas de él. Es un consentimiento previo a la concreción de ese vínculo filial; es la expresión de la voluntad que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto equiparable, en este caso, con la manifestación de la voluntad en la adopción.

---

<sup>68</sup> Revista jurídica veracruzana, num. 71, tomo LV, abril-junio, Xalapa, Veracruz. México, 1995, p.123



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

El consentimiento del esposo o compañero es indispensable. Para algunos especialistas, tratándose de fecundación homologa, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y la madre.

En cambio en la inseminación artificial heteróloga, el problema es diverso; el consentimiento es esencial, pues el esposo o el concubinario debe aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo o hija con los que no va a estar ligado por vínculos genéticos. Hay quien piensa que este consentimiento por parte del concubinario o del marido de la madre tiene valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; porque ellos pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre.

Desde luego, esta posibilidad existe, sobre todo en aquellos países (y entidades federativas, en el caso de México) en donde ya se practican este tipo de fecundaciones y no existe un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento. En este contexto, el varón que consistió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente. De hecho, en un juicio de

desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de la voluntad del inconforme hará prueba para establecer el vínculo de filiación. Por eso hay quien afirma que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación, que es un reconocimiento “previo”, del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena.

Sin embargo, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tacita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.<sup>69</sup>

Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad, que deben valorarse en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de la voluntad.

La voluntad cuando se indica que debe ser expresa, se puede formular de manera verbal o escrita. Sin embargo, la norma se debe completar con el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de Investigación para la Salud, donde se exige el consentimiento por escrito de la mujer y del marido o concubinario previa explicación y justificación que se les otorgue y con la satisfacción de los requisitos exigidos.

No basta la regulación sanitaria de la procreación asistida. Es necesario que los códigos sustantivos regulen los efectos que deba producir la aplicación de los métodos de procreación; ya que se requiere del consentimiento para su realización, no se señala que efectos tiene ese consentimiento ni las formas de otorgarlo.

---

<sup>69</sup> Panorama jurídico, 59 colección jurídica y social, secretaria de posgrado y servicios a terceros, Facultad de Ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1995, p. 107

La mayoría de las entidades federativas no han regulado sobre esta materia. Son pocas las que se han preocupado por reglamentar la aplicación de las técnicas de procreación asistida.

Con fundamento en lo anterior, podemos deducir, que la utilización de los recursos que la técnica ofrece hoy en día, siempre y cuando su finalidad sea terapéutica, y dentro del marco normativo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Salud, será aplicable a los 29 estados, que no han regulado, en lo particular, las diversas técnicas, para alcanzar dicho objetivo, partiendo del principio general del derecho, que se aplica a los gobernados, en sentido, de que todo aquello que no esté sancionado y limitado por las normas le está permitido.

Ahora bien, gracias al principio de maternidad y/o paternidad responsable, todos los individuos que nazcan, serán fruto de la libre decisión de sus padres, en la medida en que estén conscientes en el número de hijos a los que puedan otorgar las condiciones necesarias de subsistencia; ya que el derecho a la procreación debe tomar en cuenta ciertos límites, como la responsabilidad y el compromiso hacia los hijos, interpretado en los diversos cuerpos normativos y tratados internacionales, teniendo como pilar fundamental el *Interés Superior del Menor*.

Ya que las parejas en el ejercicio de este derecho, deben tener en cuenta el momento óptimo para el embarazo; y si este no se logra en forma natural, pueden recurrir a la procreación medicamente asistida, la cual resulta ser más racional y humana que la natural, ya que de esta forma, sería producto de su elección y no por pura coincidencia.

## **4.2 LEGISLACIONES ESTATALES.**

Como se mencionó anteriormente en el territorio nacional solo algunas entidades federativas han legislado en materia de maternidad subrogada, a continuación se revisara el panorama jurídico de los estados que reformaron su legislación civil con el objeto de regular esta figura.

### **4.2.1 Jalisco**

Pasando a los Estados, que se han preocupado por Legislar, más sobre el tema, Jalisco fue el primer estado que emitió una regulación al respecto en la Ley Sustantiva Civil, en su artículo 457, el cual señala dentro de la presunción de hijos nacidos dentro del matrimonio, que no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento o en el caso de fecundación asistida con semen del marido.

“Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento o en el caso de fecundación asistida con semen del marido.”

Por otra parte, el artículo 458, señala que el marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, salvo lo dispuesto al final del artículo anterior.

De lo anterior podemos observar que se trata de una regulación que solo contempla la inseminación artificial homologa, ya que necesita del consentimiento del marido; y a este le impide desconocer al hijo o hija que tenga su mujer mediante

esta práctica. Esta regulación, únicamente admite la inseminación artificial entre esposos.

#### **4.2.2 Tabasco**

El Código Civil del Estado de Tabasco, es el más audaz, en lo que respecta a la manera en que se, reglamenta las técnicas de inseminación artificial, ya que incorpora consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana asistida, para prevenir una serie de conflictos que se pudieran presentar.

En su artículo 324 señala, que se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Este artículo admite la presunción de paternidad a los hijos nacidos por reproducción humana asistida.

Así mismo en su artículo 329, establece que el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

- III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y
- IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

Ahora bien cómo podemos observar en este último artículo, el marido no podrá desconocer que es el padre de los hijos siempre que se pruebe que él consintió en su carácter de cónyuge para que se hiciera uso de dichos métodos. Tampoco se podrá contradecir la paternidad de los hijos nacidos después de 300 días de la disolución del matrimonio, si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo o hija de su mujer nacidos por medio de los métodos de reproducción médica.

Recordemos que la presunción no solo alcanza a los hijos de matrimonio, sino también se extiende a los hijos de concubinato, siempre que hayan sido como consecuencia del empleo de cualquier método de reproducción asistida, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres y que el concubinario haya otorgado su consentimiento.

Inspirado en esta idea, el Código Civil de Tabasco, reglamenta la subrogación de la maternidad y el reconocimiento del embrión. En este, se señala que en el proceso reproductivo siempre que participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo.

Esto se expresa en el segundo párrafo del artículo 347, "Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre

biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató...”

Aquí se rompe con la tradición jurídica de determinar la maternidad por el efecto del parto, decidiendo otorgarla a la madre de deseo o contratante.

El artículo 349, señala que “Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.”<sup>70</sup>

Aun más audaz, es el establecimiento del reconocimiento del embrión fuera del seno materno; ya que establece que se pueden reconocer a los hijos que aun no han nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentre en el útero materno en el momento del reconocimiento.

Para concluir, podemos decir que este código reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales, y diferencia la madre biológica de la madre sustituta o subrogada, y que en caso de subrogación considera a la mujer contratante como la madre legal. Así por otra parte, legitima y legaliza la inseminación artificial, fecundación In Vitro, como cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a parejas casadas y/o las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para

---

70

<http://tempo.congresotabasco.gob.mx/documentos/2013/LXI/OFICIALIA/Codigo%20Civil%20para%20el%20Estado%20de%20Tabasco.pdf>

contraer matrimonio entre ellas. También establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja.

#### **4.2.3 San Luis Potosí**

El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, en el capítulo V, de la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida, se señala en el artículo 236, “se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja”.

Y en su artículo 237, señala “se entiende por técnicas de reproducción asistida aquéllas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.”

También menciona en el 238 que las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán:

I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;

II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y

III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.”



En relación a la maternidad subrogada, el artículo 243 señala “Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.”

Ya que en este Estado, la filiación con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad.

#### **4.2.4 Coahuila**

El Estado de Coahuila, resulta ser la entidad federativa de la República Mexicana, que mas explícitamente ha legislado sobre los métodos de procreación asistida, ya que establece toda una sección, llamada “*De la Filiación resultante de la Fecundación Humana Asistida*”, la cual encontramos en el capítulo que regula la filiación.

La cual en su primer artículo 482, “Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.”

De lo anterior podemos observar, que el Estado de Coahuila, es la única entidad que establece una definición de la asistencia médica para la procreación. También se distingue la procreación asistida en homologa y heterologa, explicando que la fecundación homologa es aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y la fecundación heterologa aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

De esta forma queda implícita su admisión a la práctica de ambas; sin embargo, señala que la inseminación o fecundación heteróloga se permite a los cónyuges o concubinos, en caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada.

Se discrimina a los solteros para la utilización de las técnicas, ya que solo podrán ser destinatarios de estas técnicas, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir.

Todo esto establecido en su artículo 483, que dice, “Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.”

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

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

En los artículos 484 y 485, se admiten declaraciones de carácter administrativo que deben de prever los usuarios de las técnicas; ya que en el artículo 484 indica que la Secretaría de Salud del Estado, deberá entregarles a los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, una guía que contenga: 1. Las disposiciones legales sobre la procreación asistida y la descripción de las técnicas; y 2. Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

En el artículo 485, impone a la Secretaria de Salud del Estado a informar a los cónyuges y concubinos: las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción; las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de reproducción asistida; que solo se permite la fecundación de un ovocito, que deberá ser implantado; que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante y que está prohibido todo diagnóstico pre implantatorio.

El consentimiento para el establecimiento de la filiación es indispensable en esta clase de técnicas, por ello, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia (de los cuales, uno será de la secretaria de salud del Estado) la necesidad de someterse a ese tratamiento.

Hay formalidades indubitables de expresar la voluntad, sin ser necesario recurrir a un notario público, que garantice el interés del menor así fecundadas; como ya lo mencione anteriormente, el exceso de formalidades, puede producir un efecto contrario al deseado.

En el segundo y tercer párrafo del artículo 486, se señala que, "... Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación está obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento."

Esto, es lo que se llama un reconocimiento prenatal, pues permite atribuir la paternidad al varón que haya otorgado su voluntad para que su pareja se inseminara.

El consentimiento otorgado en el artículo 486, quedara revocado a la muerte de quien lo otorgo, si antes no se hubiere producido la fecundación; esto lo menciona el artículo 487 del mismo apartado.

Con esto, se suprime el efecto de esa expresión de la voluntad, impidiendo la utilización de los gametos del esposo después de su muerte, lo que indica que se prohíbe la inseminación post mortem.

La misma prohibición se consigna para los casos de disolución del matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, donde la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido, pero si hubiere un ovulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado en la viuda, divorciada o en la mujer cuyo matrimonio sea nulo, pero los efectos de filiación se temporalizan entrando en juego la presunción de paternidad, pues si los hijos nacen dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el ovulo fue implantado, quedara atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

En el artículo 489, señala que “Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente.”

Finalmente el artículo 491, nos dice que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno y que si un ovulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no provenga el material genético, la Maternidad se atribuirá a esta y no a quien lo apporto.

#### **4.2.5 Distrito Federal**

En el año 2000 se emitió en el Distrito Federal una reforma al Código Civil que incluye los métodos de procreación asistida, así se señala en el artículo 162, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, teniendo el 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.

En su artículo 326, se establece que 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.”

Inclusive las acciones de terceros relativas a la paternidad de los hijos nacidos después de 300 días de la disolución del matrimonio, no prosperarán si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida de su otro cónyuge, como lo prescribe el artículo 329, donde se señala que 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.”

Ahora bien, la voluntad resulta esencial para la utilización de las técnicas de procreación asistida, a tal grado que antiguamente en el artículo 267, fracción XX, se disponía como causal de divorcio la falta del consentimiento del otro cónyuge, pero con las reformas y las formas actuales de divorcio como el divorcio exprés, ya no mencionan las causales de divorcio.

En el relación al parentesco, en el artículo 293, se establece que entre los hijos de reproducción asistida y quienes lo hayan consentido existe un parentesco por consanguinidad y para evitar cualquier controversia, en los derechos derivados de la filiación, el artículo 338 Bis, establece que no existe distinción independientemente de cuál haya sido su origen.

En el “artículo 338 Bis, no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

Con ésta regulación se le da seguridad jurídica a los hijos que son concebidos mediante la utilización de alguna técnica de procreación asistida y a quienes consintieron en su utilización.

Al respecto el artículo 360 del Código Civil Federal, antes de la reforma del 2000, establece que la maternidad se prueba por el solo hecho del nacimiento, actualmente en el Distrito Federal el nacimiento no es prueba de la filiación según se desprende del actual texto del artículo 360, “ *La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare.*”

Al no quedar probada la maternidad por el hecho del nacimiento se admite la posibilidad de que se utilice una técnica de fecundación **In Vitro** en una mujer *por alquiler*.

Incluso si en la maternidad se establece por reconocimiento, se admiten infinitas hipótesis, por ejemplo, que el óvulo sea de una mujer, que el embrión se gestó en otra y la que reconozca al niño sea otra.

En el capítulo de matrimonio se aborda la reproducción asistida en el artículo 162 segundo párrafo, “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.”

De dicho artículo se deriva que los cónyuges pueden utilizar cualquier método de reproducción asistida, desde luego, siempre y cuando no esté prohibido por la ley.

Pero, ¿qué pasaría si se utiliza un método prohibido? Quien sea concebido o nazca por ese medio, deberá ser protegido por el ordenamiento legal. De tal forma, solo procederán sanciones penales y administrativas a los infractores.

Asimismo, el empleo de métodos de fecundación asistida por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, era una causal de divorcio según se desprende del artículo 267 fracción vigésima del código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente, en el artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal, en el capítulo de parentesco, se reconoce la posibilidad de la donación de células germinales e incluso se establece que el donante no será considerado pariente consanguíneo (padre) del hijo producto de reproducción asistida, si la donación no se hizo con el propósito de atribuirse el carácter progenitor.

Lo anterior genera una serie de críticas desde el punto de vista moral y jurídico, sin embargo, reiteramos que señalan que la maternidad ya no se atribuye por el hecho de alumbramiento a la mujer que tiene el parto, sino se deriva del reconocimiento, por lo que no entendemos la razón por la cual solo se considera como donante al hombre, si la mujer puede también donar células marginales sin quererse atribuir el carácter de progenitora, en este caso me refiero a que exista un banco de óvulos.

#### **4.2.6 Veracruz**

El Estado de Veracruz, aun cuando siempre ha sido punta de lanza en materia Legislativa, en este campo no se han hecho reformas y adiciones al Código Civil para reglamentar el uso de las técnicas de procreación asistida, sin embargo, su práctica es una realidad y en cualquier momento puede originar conflicto de filiación que sea sometido a decisión de los tribunales, caso que tendrá que resolver, con base en la Ley General de Salud, ya que la Legislación vigente no la contempla, pudiendo caer en lagunas legales. Por ello se plantea la problemática de solucionar un problema de nueva realidad con una normativa desactualizada, cual puede conducir a soluciones insatisfactorias, donde se violen Derechos Fundamentales y/o Humanos.

Podemos observar que en el Sistema Legal de Veracruz, no existe referente de estas prácticas en cuestión de filiación, parentesco, y mucho menos un apartado que regule o defina estas técnicas.

Únicamente contamos con la Ley General de Salud, y su reglamento en materia para Investigación de la Salud, el cual como ya mencionamos, requiere el consentimiento escrito tanto del marido como de la mujer para llevar a cabo la inseminación artificial y, en el Código Penal se señala en sus artículos 159 y 160 que:



“Artículo 159.- Se impondrán prisión de dos a seis años, inhabilitación hasta por el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario, a quien. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo; II. Fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; o III. Mediante la clonación u otros procedimientos, pretenda la creación de seres humanos con fines de selección racial.

Artículo 160.-Se impondrán de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien: I. Disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes o depositarios; II. Sin consentimiento de una mujer mayor de dieciséis años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial; o III. Implante a una mujer un óvulo fecundado, sin su consentimiento o sin el de los donantes o depositarios o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.

Este delito se perseguirá por querrela. Si el delito se realiza con violencia o del mismo resultare un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario... “

De esto concluimos que la clonación está prohibida, al igual que la selección de razas y creación de híbridos, también regula la falta de consentimiento para la realización de la inseminación artificial, considerando como conducta punible la ausencia de la voluntad, sin embargo, no menciona nada a cerca de la maternidad subrogada.

#### **4.2.7 Reflexión del panorama jurídico en el Estado de Veracruz.**

Como ya vimos anteriormente, existen distintos tipos de Subrogación, la Homologa y la Heterologa, pero ¿qué pasaría si en el estado se tuviera que resolver un problema de filiación en estos casos?

En la fecundación artificial homologa, se utilizan gametos de la pareja y esto hace que no se presenten dificultades éticas, psicosociales o jurídicas insalvables, pues, con la inseminación artificial, lo único distinto sería la concepción, la cual se realizaría de una forma asexuada, pero tanto los lazos biológicos como legales permanecen idénticos.

Ahora bien si hay fecundación artificial en un matrimonio, entra en juego la presunción que regula el artículo 255 del Código Civil, pues no debe incidir en la atribución de la paternidad.

Sin embargo si la fecundación artificial se lleva a cabo estando separados provisionalmente, y el parto ocurre una vez transcurrido los 300 días siguientes a la separación, el nacido es fuera de matrimonio, a menos que de su consentimiento en el acta de nacimiento de este.

El problema sería en caso que el marido después de haber otorgado su consentimiento para la realización de la fecundación y esta se haya logrado, quiera desconocer al hijo, ya que en términos del artículo 257 del Código Civil del Estado de Veracruz, señala que el marido puede desconocer al hijo, entre otras causas, si el nacimiento se le oculto o que demuestre que los trescientos días que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa y como la maternidad por métodos de reproducción asistida no se encuentra regulada en el código de la entidad entonces pudiera alegar el no haber tenido acceso carnal con su esposa o alguna imposibilidad medica, siendo que incluso esta última es la que origina en algunos casos la utilización de los métodos artificiales de reproducción.

Aunque la Ley general de Salud en su artículo 466, garantiza la responsabilidad del padre y lo imposibilita para impugnar dicha paternidad, para el Código Civil del Estado de Veracruz, será prueba suficiente para la impugnación de la paternidad el hecho de que el padre no haya tenido relaciones sexuales fértiles con la madre o bien en caso de que la mujer se haya hecho inseminar con gametos de un tercero.

Todo esto precisamente porque la legislación civil de nuestro estado, no está preparada para aceptar las técnicas de reproducción asistida ya aprobadas y legalizadas por la Ley General de Salud.

Las soluciones que se podrían dar para el establecimiento de la filiación sería, que la filiación no solo quede establecida con el acta de nacimiento del hijo y el acta de matrimonio de los padres, sino que estaría respaldada con el expediente médico de la fecundación artificial, y el consentimiento expreso de los cónyuges lo que fungiría como prueba plena para los juicios de investigación o impugnación de la paternidad.

En el Código Civil de Veracruz, la filiación es de orden público, por lo que no admite interpretaciones por analogía, únicamente los supuestos que se encuentran en la Ley.

El establecimiento de la paternidad, según fecundación artificial heteróloga, consiste en que el material genético empleado no es de los cónyuges, sino de un tercero extraño que cede sus gametos para permitir la concepción en forma asexuada de la pareja estéril, claro está con el consentimiento de los esposos.

La legislación de nuestro Estado, no contempla la posibilidad de una filiación fundada en la voluntad de aceptar al hijo que la mujer tenga con los gametos de un tercero, sin embargo las presunciones legales sobre la paternidad

y maternidad, permiten el establecimiento de la filiación matrimonial de los hijos procreados con el gameto de un donador por medios artificiales.

Por el contrario, en el caso de la mujer, la maternidad opera únicamente por el alumbramiento, independientemente de que los gametos que hayan hecho la concepción no sean suyos, por lo que se señala, que aun cuando un ovulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se le atribuye a la que lo pario y no a quien lo aportó.

Si una mujer lleva a cabo la inseminación artificial sin consentimiento de su marido, este podría desconocer judicialmente la paternidad del hijo, por deslealtad de la esposa, y al ocultar a aquel la causa de su embarazo; además, esto sería una causal de divorcio.

#### **4.3. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.**

En el ámbito internacional los legisladores de los Estados han dirigido sus esfuerzos en regular las técnicas de reproducción asistida en función de la necesidad social que se ha presentado en sus territorios, a continuación se revisara este panorama jurídico.

##### **4.3.1. El Right to Reproduce en el Derecho Norteamericano.**

En los países del *CommonLaw*, la jurisprudencia y la doctrina han dispensado gran importancia al tema del derecho a la reproducción (*Right to Reproduce*), muy en especial, en los Estados Unidos de Norteamérica, país en el que el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo en los últimos años.

La jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental del "*Right to Reproduce*", como expresión del "*Right to Personal Privacy*", y de la libertad personal, no obstante, la doctrina de este país se

muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y a acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial.

Esta fundamentación “*Right to Reproduce*”, desvinculada de la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación artificial, esto es de los padres intencionales (*intended parents*)

#### **4.3.2. El Derecho a Procrear en el Derecho Español.**

En España, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la doctrina no reconoce la existencia de un derecho a procrear, y aun cuando se llega a una respuesta afirmativa, las opiniones sobre cuál es el fundamento de este derecho suelen ser divergentes.

**Vidal García**, niega la existencia de un derecho humano a la reproducción o de un derecho a procrear en sentido estricto. Ciertamente, no existe un derecho de esta naturaleza. Esta afirmación queda corroborada por la ausencia de una norma que reconozca de manera expresa un verdadero y propio derecho a procrear. Ante esta situación, se suele fundamentar la existencia de este derecho en otro u otros derechos ya reconocidos en textos internacionales o constitucionales.<sup>71</sup>

Esta manera indirecta de fundamentar la existencia del derecho a procrear no queda exenta de críticas por subjetividad que se puede esconder tras cada una de las opciones elegidas.

---

<sup>71</sup> Cfr. VIDAL GARCÍA, M.; ob. cit., p. 86 y ss. Citado en: *Ibidem*

Dependiendo del contenido que se pretenda reconocer al derecho a procrear, se elegirá el derecho que le sirve como fundamento y, por ende, ello determinará las consecuencias que se derivan de este derecho en orden a su contenido y límites, así como respecto a la solución de los posibles conflictos con otros derechos.

## **CAPÍTULO V**

### **PROPUESTA DE ADICIÓN Y REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ**

#### **5.1 ADICIÓN AL CÓDIGO CIVIL.**

En la presente investigación, se han observado los conflictos, que se pueden suscitar derivado de la falta de regulación, de la denominada Maternidad Subrogada; por lo tanto resulta necesario realizar las adiciones y reformas necesarias, al Código Civil del estado de Veracruz, con el objeto de generar certidumbre jurídica a las partes, que realizan todos los actos tendientes a lograr la maternidad a través de medios artificiales.

El Código Civil de Veracruz, actualmente regula los aspectos relativos a la paternidad y filiación en su Libro primero, título séptimo dividido en cinco capítulos que regulan la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio, las pruebas que se admiten para la filiación, la legitimación, los hijos nacidos fuera de matrimonio y la adopción.

Este apartado es el que se adicionará y contendrá los diferentes conceptos que integran la figura de la maternidad subrogada con el objeto de que el acto obtenga efectos jurídicos y por lo tanto la protección legal necesaria para las partes y para el menor que nace por los medios de inseminación artificial.

El capítulo que se propone adicionar precederá al de las pruebas filiación ya que por cuestión de orden primero se abordaran los temas que establecerán la paternidad; se denominara Capítulo I Bis titulado De la Maternidad Subrogada y su redacción será la siguiente:

CAPÍTULO I BIS  
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA  
Y FILIACION DE LA FECUNDACION HUMANA ASISTIDA

ARTÍCULO 270 bis.- Se entiende por Técnicas de Reproducción Humana asistida, aquellas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa de técnicas científicas, realizadas en laboratorio, tales como la concepción In Vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica científica, de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

ARTÍCULO 270 ter.- Se entiende por Fecundación Artificial Homóloga, a la utilización de gametos de la pareja unida en matrimonio o concubinato, la cual se realizaría de una forma asexuada, donde los lazos biológicos como legales permanecen idénticos.



ARTÍCULO 270 quater.- Se entiende por Fecundación Heteróloga, aquella en la que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero, a la pareja unida en matrimonio o concubinato.

ARTÍCULO 270 quinquies.- Las técnicas de Reproducción Humana asistida reconocidas, que podrán practicarse serán:

- I. Transferencia Intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;
- II. Fertilización In Vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y
- III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.
- IV. Así como toda técnica científica, de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural, que se encuentre reconocida y autorizada, por los sistemas de salud.

ARTÍCULO 270 sexies.- Sólo podrán ser destinatarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, por más de dos años, previa acreditación que por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, medicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heterologa y homóloga.

ARTÍCULO 270 septies.- A los destinatarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Secretaria de Salud del Estado, deberá

entregarles una acreditación o certificación sobre, el conocimiento de la guía que contenga:

- I. Las disposiciones legales sobre procreación asistida.
- II. Descripción de las técnicas.
- III. Las disposiciones Legales, sobre las posibilidades relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.
- IV. Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.

ARTÍCULO 270 octies.- Previo al inicio del tratamiento, los Conyuges o Concubinos, deberán dar su consentimiento en Escritura Pública otorgada ante Notario Público, y justificando ante éste, mediante la certificación de dos médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaria de Salud del estado y otro particular, sobre la necesidad de someterse a ese tratamiento.

Quien haya dado su consentimiento, para un tratamiento de asistencia médica para la procreación, no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo, no nació como consecuencia del tratamiento, o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación está obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento.

ARTÍCULO 270 novies.- Si el Matrimonio o Concubinato, se disuelve por separación, divorcio o nulidad, no se podrá hacer uso del material genético de quien fue su pareja. Y si hubiere un ovulo fecundado en forma extra corpórea, deberá ser destruido, por el laboratorio que lo tenga bajo su guarda y custodia.

ARTÍCULO 270 decies.- Si el Matrimonio o Concubinato, se disuelve por muerte, la mujer no podrá ser inseminada con el material genético, salvo que exista dicho consentimiento en Testamento, otorgada ante Notario Público y dos testigos, de quien fue su pareja.

ARTÍCULO 270 undecies.- Si el hijo, producto del tratamiento de asistencia médica para la procreación, nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio o concubinato, o de que el ovulo fue implantado, quedara atribuida la paternidad a quien era el pareja de la madre.

ARTÍCULO 270 duodecies.- La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio, de un hijo, producto del tratamiento de asistencia médica para la procreación.

ARTÍCULO 270 terdecies.- Al hijo, producto del tratamiento de asistencia médica para la procreación, le esta permitido la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heterologa no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

ARTÍCULO 270 quaterdecies.- En relación a la madre la filiación del hijo o hijos, producto del tratamiento de asistencia médica para la procreación, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo.

Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad;

La filiación de los hijos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio.

ARTÍCULO 270 quidecies.- Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial, fertilización in vitro o maternidad subrogada, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento.

ARTÍCULO 270 sexdecies.- El Contrato de Maternidad Subrogada, es un contrato innominado, atípico, a título gratuito, donde la pareja comitente se encarga únicamente de cubrir todos los gastos que este ocasione.

ARTÍCULO 270 septdecies.- Solo podrá ser madre Subrogada, aquella que cumpla ciertos requisitos:

- a) Deberá ser soltera.
- b) Gozar de plena salud física y mental.
- c) No tener antecedentes penales de ninguna índole.
- d) No haber participado en más de dos ocasiones en este proceso como madre sustituta.
- e) No ser incapaz
- f) Tener su domicilio o ser vecindada del lugar donde tienen su domicilio la pareja comitente.

Si la madre gestante así lo decidiere, podrá participar de manera parcial o total, según sea el caso.

La madre gestante no podrá oponerse a los cuidados necesarios que respecten sobre la alimentación, cuidado y atención durante el periodo de gestación que los comitentes requieran.

ARTÍCULO 270 octodecimos.- Se podrá interrumpir el embarazo producto de la maternidad subrogada, practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la madre, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.
- b) A petición de los padres, cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

ARTÍCULO 270 novodecimos.- Podrá interrumpirse el embarazo producto de la maternidad subrogada, a solicitud de la pareja comitente, antes de la decima segunda semana de gestación, previa inseminación a la madre sustituta, consecuencia del proceso medico, para la interrupción de la gestación del producto.

## **5.2 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ**

Además del capítulo que se propone adicionar, se necesitaría reformar los artículos 255, 256 y 257 del Código Civil de Veracruz, para concatenar el derecho contenido en el Capítulo I bis de la maternidad subrogada.

Actualmente en la redacción de estos artículos solo se contempla la posibilidad de establecer la filiación biológica o en su caso desconocer la paternidad cuando no existen vínculos biológicos. En este trabajo se propone que se contemple en cada uno de los artículos indicados la hipótesis de la filiación respecto de los hijos nacidos por medios artificiales.

El artículo 255 del Código civil del estado de Veracruz, señala en su redacción actual:

“Artículo 255.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I.-Los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio;

II.-Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Se propone que se adicione una tercera fracción en la que se contemplen como hijos de matrimonio los nacidos por métodos de reproducción asistida que su redacción será:

“...III.- Los hijos nacidos por métodos de reproducción humana asistida, siempre que medie el consentimiento expreso de los cónyuges.”

Respecto del artículo 256 actualmente indica: “Artículo 256.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.” Se considera debe adicionarse la siguiente lo siguiente: “... o en el caso de fecundación asistida con semen del marido sin consentimiento de este”. Además indica que “Contra esta presunción no se admite otra prueba que...” y en este sentido la propuesta es adecuarlo a la realidad de manera que se admita como prueba que “...que la concepción se haya realizado por métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del marido”.

En el artículo 257 que actualmente se encuentra redactado: “Artículo 257.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los trescientos días que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, se propone adicionar “salvo lo dispuesto al final del artículo anterior”, con esta última adición se considera que se brinda protección a los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida en el interior de un matrimonio.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Podemos concluir que en el Sistema Jurídico Mexicano, en material civil y familiar, se encuentra retrasado respecto de las exigencias de una sociedad moderna, ya que sus principios son propios de otras épocas, lo que se traduce en algo totalmente obsoleto, así pues existe la necesidad de producir cambios relevantes que nos permitan, regular de manera clara y precisa las Técnicas de Reproducción Asistida, y los casos en que se autorizaría,

**SEGUNDA.-** Ya que es posible que la concepción se dé sin la necesidad de relación sexual alguna, fuera del seno materno y después de la muerte, así como existe la posibilidad de que una mujer puede ser la dueña del ovulo, otra quien lo geste dentro de su seno, o bien quien contrate a ambas personas, tal sería el caso de la Maternidad Subrogada, la cual es entendida como, la practica o prestación de un servicio profesional que realiza una mujer a una pareja compuesta por un hombre y una mujer a cambio de una remuneración económica, por la incapacitada de una de uno de los cónyuges, para concebir pero aptos para



producir óvulos y espermatozoides, por lo que resulta de suma importancia que se establezca una reglamentación uniforme respecto a la maternidad subrogada, en nuestro Estado, para preservar tanto la salud de la madre biológica, como del niño por nacer.

**TERCERA.-** La elaboración de un contrato es necesaria, con el fin de proteger adecuadamente los derechos patrimoniales de las partes que intervienen, los derechos de filiación, los intereses pecuniarios de la madre subrogada, como los de la pareja que contrata los servicios contra posibles fraudes y extorsiones, con el fin de establecer derechos y obligaciones tanto de quienes van a convertirse en padres, como de la madre subrogada, del producto, de los médicos y de todos los que participen en la procreación, esto, con el fin de que los participantes queden protegidos.

**CUARTA.-** Resulta imposible de concebir, que se considere a la maternidad subrogada, como una actividad ilícita, que va en contra del orden público, la moral y el buen derecho, ya que en nuestro estado cada vez existen más parejas con problemas de infertilidad, es por ello que, la Legislación del Estado de Veracruz, debe ser punta de lanza, modificando por completo su concepción, con el fin de cubrir los vacíos legales existentes por la falta de una regulación adecuada, que abarque todos los aspectos de esta técnica, toda vez que la Reproducción Humana Asistida, ha sido considerada una técnica destinada para tratar la infertilidad y esterilidad de las parejas, en consecuencia es importante establecer un marco jurídico que regule la aplicación de esta técnica.

**QUINTA.-** Ya que no podemos concebir al derecho, en su calidad de ciencia reguladora de conductas, y de relaciones humanas, como una ciencia estática y

permanente, sino por el contrario, es variable y amoldable a la realidad social, política, tecnológica y científica del hombre, en efecto el derecho no es una ciencia aislada, por lo mismo es necesario que el mismo recurra al auxilio de las demás ciencias a fin de lograr de la forma más eficiente posible el cumplimiento de sus objetivos, como la paz social, la convivencia armoniosa y protección de la dignidad del hombre como ser humano y esto se logra a través de la legislación en cada país.

## BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA ESPAÑOLA Real, Diccionario de la Lengua Española, Tomo IV, Editorial Patria, México, 1992,

BAQUEIRO ROJAS Edgard, *Derecho Civil, Diccionarios Jurídicos Temáticos*, México, 3ª edición, Volumen 1, 1997

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAÉZ, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 2009

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, cuarta edición, Editorial Oxford, México, 2002

CASANOVA, Martha P., *La formación de la identidad femenina*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, Unidad Xochimilco, 2000

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F.; *La familia en el Derecho; Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*; 2ª. Edición; Editorial Porrúa, México, 1992

CHAVEZ, ASECIO, Manuel F., *Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004

DE LA MATA PIZAÑA Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2012

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZON JIMENEZ, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México, 2005

DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano", Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

DI PIETRO, María Luisa, "Análisis comparado de las leyes y de las orientaciones normativas en materia de fecundación artificial", en revista Medicina y Ética, Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, Escuela de Medicina, Universidad Anáhuac, México, Facoltà di Medicina e Chirurgia, Università del Sacro Cuore, Roma, Vol. VII, N° 1, Enero-Marzo de 1996

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, Editorial Porrúa, Quinta Reimpresión I-O, México, 2005

DOBERING GAGO, Mariana, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Diario El Mundo, España, 1 de abril de 2000

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Familia, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 2011

GUISTRÓN FUENTECILLA, J. La genética y el Derecho familiar. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987

GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002

GUZMAN AVALOS Anibal, La filiación en los Albores del siglo XXI, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005

GUZMAN ÁVALOS, Anibal, Inseminación Artificial y Fecundación In vitro humanas, un nuevo modelo de filiación, UV Editorial, s.f., Xalapa, México 2001.

HURTADO OLIVER. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte?, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 2000,

MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel, Revista Jurídica Española IV Edición, Junio 2005

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana. Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?. Ed. Lancaster. Tomo 182

MENDOZA GARCIA, Isidro, "Problemática jurídica de la maternidad subrogada", Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001

MORÁN DE VICENZI, Claudia, El concepto de la filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005

Revista jurídica veracruzana, num. 71, tomo LV, abril-junio, Xalapa, Veracruz. México, 1995

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. "Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología". *Criminalia 60 Aniversario*, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003

TEUBNER, Gunter, *El derecho como sistema autoabiótico de la sociedad global*, trad. de Carlos Gómez Jara Díez, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2010.

Universidad Externado de Colombia, familia, tecnología y derecho, Primera Edición, s.e., Bogotá, 2002.

## **LEGISGRAFIA**

Código Civil del Distrito Federal

Código Civil del Estado de Coahuila

Código Civil del Estado de Jalisco

Código Civil del Estado de Tabasco

Código Civil del Estado de Veracruz

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí

**LINKOGRAFIA**

<http://lema.rae.es/drae/?val=delegar>

<http://lema.rae.es/drae/?val=gestar>

<http://lema.rae.es/drae/?val=rentar>

<http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>

<http://lema.rae.es/drae/?val=sustituir>

<http://tempo.congresotabasco.gob.mx/documentos/2013/LXI/OFICIALIA/Codigo%20Civil%20para%20el%20>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>

<http://www.icyt.df.gob.mx/transparencia/sites/default/files/articulos/art14/Fraccl/normatividad/ccdf.pdf>

[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> Consultado 10-9-2013