



UNIVERSIDAD AMERICANA DE ACAPULCO
"EXCELENCIA PARA EL DESARROLLO"

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CON CLAVE DE INCORPORACIÓN 8852-09

**"GESTACIÓN SUBROGADA. SU
REGULACIÓN EN EL ESTADO DE
GUERRERO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
GONZÁLEZ GÓMEZ VIVIANA

DIRIGIDA POR:

MTRO. FRANCISCO GUZMÁN DÍAZ



ACAPULCO, GRO., ABRIL DE 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.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de tesis representa los conocimientos adquiridos, el apoyo de todos los que han confiado en mí y sobre todo, el esfuerzo y dedicación por parte de la autora, su director de tesis y la cooperación desinteresada de todas y cada una de las personas que citaré a continuación.

Primeramente, agradezco a Dios, en quién he fincado mi fe y esperanzas en lograr que cada uno de mis objetivos los realice de manera correcta. A él agradezco a dos ángeles, mis padres, que me ha enviado para hacer de mí una persona exitosa, y a mi hermana, que ha sido parte fundamental en toda mi vida para seguir adelante y ser su ejemplo a seguir.

A mi padrino Yuri Alfredo Fernández Tripp, le agradezco por apoyarme incondicionalmente en todo y además quién ha sido el impulso de mi carrera profesional y a mi tío Rodrigo Gómez González, quién me inspiró para investigar sobre este tema, del cual dedico esta investigación exhaustiva que realicé con mucho esmero y dedicación.

Reconozco a una persona muy importante quien además de ser mi asesor de tesis ha sido un gran compañero de investigación, el Mtro. Francisco Guzmán Díaz, que ha sido una pieza esencial para la realización de mi tesis, ya que gracias a sus conocimientos que ha compartido conmigo, su tiempo, su dedicación, su paciencia y su apoyo para que esta investigación sea una aportación más hacia los avances científicos y tecnológicos que el derecho debe de contemplar dentro de la legislación en nuestro país.

Una persona especial quién confió en mí desde el primer día de clases y quién hizo que me enamorará más de mi carrera es mi profesora y directora de mi facultad, M.D. Sonia Angélica Choy García,

a quien agradezco su apoyo y confianza que me ha tenido a lo largo de mi carrera profesional.

A cada uno de mis profesores, que a lo largo de mi trayectoria de estudiante me apoyaron y brindaron sus conocimientos, en especial a mis profesores: el Lic. Rodrigo Juárez Ortiz, Mtro. Esteban Pedro López Flores, Mtro. Javier Sierra Avilés y la Lic. Irma Graciela Lee González (madrina de mi generación 2008-2012), quienes además de ser los revisores en mí tesis fueron una base importante en mi trabajo de investigación.

Y sobre todo a mi casa de estudios, mi Universidad Americana de Acapulco quién me formó y brindó los elementos suficientes para formar en mí una profesionista de excelencia.

“El investigador es un hombre que se propone determinados problemas con el propósito de resolverlos, apuntando novedades a la disciplina que estudia. Es fundamental para el investigador distinguir entre su trabajo de búsqueda y el de difusión de las ideas. Por eso siempre procuré preguntarme hasta qué punto las conclusiones de mis trabajos constituían o no una aportación”.

Eduardo García Máynez.

GESTACIÓN SUBROGADA. SU REGULACIÓN EN EL ESTADO DE GUERRERO.

ÍNDICE	5
ELECCIÓN DEL TEMA	10
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
OBJETIVOS	11
HIPÓTESIS	11
JUSTIFICACIÓN	12
METODOLOGÍA	13
INTRODUCCIÓN.	15

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES. GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1 Antecedentes de la gestación subrogada.	19
1.1.1 Algunos países que prohíben la realización del contrato de gestación subrogada.....	21
1.1.1.1 República Francesa.	21
1.1.1.2 República Federal de Alemania.	22
1.1.1.3 Reino de Holanda.	22
1.1.1.4 Australia.	23
1.1.1.5 España.....	23
1.1.2 Algunos de los países que no cuentan con legislación del contrato de gestación subrogada.....	25
1.1.2.1 Inglaterra.....	25
1.1.2.2 Colombia.....	25
1.1.2.3 Estados Unidos Mexicanos.....	26
1.1.2.4 Costa Rica.	29
1.1.2.5 Argentina.....	30
1.1.2.6 Estados Unidos de América.....	30

1.1.3 Países que regulan y permiten el contrato de gestación subrogada.....	32
1.1.3.1 Federación de Rusia.....	32
1.1.3.2 Reino de Suecia.....	33
1.1.3.3 Escocia.....	34
1.1.3.4 República de la India.....	34
1.1.3.5 República Federativa del Brasil.....	35
1.1.3.6 Canadá.....	36

**CAPÍTULO II.
GENERALIDADES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.**

2.1 Concepto de gestación subrogada.....	38
2.2 Fecundación post-mortem.....	47
2.3 Argumentos a favor y en contra de la gestación subrogada.....	51
2.4 Concepto de derecho.....	57
2.5 Derechos de la mujer.....	59
2.6 Derechos Reproductivos.....	60
2.6.1 Antecedentes internacionales.....	62
2.7 Intervención de los Derechos Humanos en cuanto a los derechos reproductivos.....	67
2.8 Los principios constitucionales en relación a los derechos reproductivos.....	73
2.8.1 Principio de libertad.....	73
2.8.2 Principio de igualdad.....	75
2.8.3 Derecho al conocimiento de la paternidad.....	76
2.8.4 Derecho a la privacidad y autonomía personal y familiar.....	77

**CAPÍTULO III.
NATURALEZA JURÍDICA EN RELACIÓN AL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.**

3.1 Concepto de contrato.....	79
3.2 Contrato de gestación subrogada.....	82

3.3 Elementos del contrato de gestación subrogada.	84
3.3.1 Elementos esenciales o de existencia.	85
3.3.1.1 Consentimiento.	85
3.3.1.2 Objeto.	86
3.3.2 Elementos de validez.	87
3.3.2.1 Capacidad.	88
3.3.2.2 Consentimiento.	89
3.3.2.3 Vicios del consentimiento.	90
3.3.2.3.1 Error.	90
3.3.2.3.2 Dolo y Mala fe.	90
3.3.2.3.3 Ignorancia y reticencia.	91
3.3.2.3.4 Violencia.	92
3.3.2.3.5 Miedo.	92
3.3.2.3.6 Temor.	92
3.3.2.3.7 Lesión.	93
3.3.2.4 Objeto.	93
3.3.2.5 Motivo o fin.	93
3.4 Denominación y relación jurídica de las partes.	93
3.5 Derechos y obligaciones del contrato de gestación subrogada. ...	95
3.6 Incumplimiento del contrato de gestación subrogada.	97
3.7 Consecuencias jurídicas del contrato de gestación subrogada. ...	98
3.8 Análisis jurídico de los contratos nominados.	101
3.8.1 Contrato de compra-venta.	101
3.8.2 Contrato de prestación de servicios profesionales.	102
3.3.3 Contrato de arrendamiento.	103

CAPÍTULO IV.

LA FILIACIÓN Y EFECTOS EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

4.1 Concepto de filiación.	105
4.1.1 Filiación consanguínea.	107
4.1.1.1 Filiación matrimonial.	107
4.1.1.2 Filiación extramatrimonial.	108
4.1.2 Filiación civil.	109

4.1.2.1 Filiación adoptiva.	109
4.1.2.2 Filiación asistida.	109
4.2 Filiación en la gestación subrogada.	110
4.3 Situación de la pareja recurrente al contrato de gestación subrogada.	110
4.4 Identidad del donante.	111
4.4.1 Imposibilidad legislativa de filiación.	112
4.4.1.1 Falta de posesión del Estado en la relación familiar.	112
4.4.1.2 No imputabilidad del vínculo de parentesco.	113
4.5 El acceso al conocimiento de la identidad o historia genética del donante.	114
4.5.1 Casos excepcionales.	114
4.5.2 Datos inmunológicos o fenotipos.	115
4.6 El parentesco.	115
4.6.1 Grados y líneas de parentesco.	117

CAPÍTULO V.

PANORAMA JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

5.1 Análisis en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Panorama jurídico hacia una legislación y regulación del contrato de gestación subrogada.	120
5.2 Leyes acerca de las Técnicas de Reproducción Asistida.	125
5.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.	125
5.2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	126
5.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".	127
5.2.4 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.	128
5.2.5 Convención sobre los Derechos del Niño.	131
5.2.6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	132

5.2.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	133
5.2.8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	134
5.3 La gestación subrogada en la Ley General de Salud.	134
5.4 Estudio analítico de las diversas iniciativas de leyes en México sobre cuestiones de reproducción asistida.	136
5.4.1 Iniciativas de ley relativas a la reproducción asistida y subrogación gestacional.....	136
5.4.2 Iniciativas de reforma a la Ley General de Salud relativas a la regulación de la maternidad, reproducción asistida, inseminación artificial, etc.	147
5.5 Perspectiva jurídica para la legislación y regulación del contrato de gestación subrogada en el Estado de Guerrero.....	156
5.5.1 Contemplación del contrato de gestación subrogada en el Código Civil.	157
5.5.1.1 El contrato de gestación subrogada dentro del capítulo de contratos en nuestra legislación civil.....	158
5.5.1.2 Conceptualización en el campo familiar sobre cuestiones de gestación subrogada.....	160
5.5.2 Postura jurídica acerca del contrato de gestación subrogada en el Código Penal.	162
CONCLUSIONES.	168
PROPUESTAS.....	170
ANEXOS.	188
GLOSARIO.	191
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	196

ELECCIÓN DEL TEMA:

Gestación subrogada. Su regulación en el estado de Guerrero.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

¿La gestación subrogada debe ser regulada por medio de un contrato especial en nuestra legislación guerrerense?

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La codificación civil de nuestro estado de Guerrero desconoce de la gestación subrogada que es utilizada para aquellas parejas que tienen problemas de infertilidad y que anhelan formar una familia; observando que éstas se están llevando a cabo en nuestra sociedad sin ninguna regulación, dejando a las parejas contratantes en desprotección jurídica; sin embargo mediante un estudio pormenorizado sobre la gestación subrogada, se demuestra que debe ser considerada como parte de nuestra legislación a través de un contrato especial.

OBJETIVOS.

GENERAL:

Demostrar que el contrato de gestación subrogada debe estar regulado en nuestra legislación guerrerense.

PARTICULARES:

1.- Investigar en los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país sobre el derecho reproductivo de las personas.

2.- Analizar las diversas iniciativas de ley relativas a la regulación de las técnicas de reproducción asistida y subrogación gestacional.

HIPOTESIS.

Al demostrar de la existencia que hay en nuestra sociedad sobre la realización de contratos de gestación subrogada sin legislación alguna, ésta se deberá de regular conforme a las disposiciones de los distintos ordenamientos para su cabal aplicación.

JUSTIFICACIÓN.

La legislación en nuestro estado de Guerrero sobre las diversas técnicas de reproducción asistida y sobretodo en gestación subrogada, no se ha considerado en nuestras leyes. Ya que hay un vacío sobre cuestiones científicas y tecnológicas, hecho del cual ésta ha tenido un gran avance en cuanto a los diversos métodos de reproducción asistida, siendo un fenómeno social del cual el derecho debe regular.

Ante estas situaciones el derecho debe de establecer los parámetros adecuados para evitar que se realice de manera clandestina, evitando la afectación de la pareja contratante y de la mujer gestante al momento de realizar el proceso de gestación subrogada por medio de un contrato.

Sin embargo, se debe de tomar en consideración lo que establece nuestra normatividad mexicana, principalmente nuestra Carta Magna, la Ley General de Salud y las legislaciones civiles y penales de nuestro estado de Guerrero, siendo la fuente de protección de las personas que deben buscar nuestros legisladores para su regulación.

Resulta innegable la existencia de casos de gestación subrogada o de personas infértiles con deseos de tener un hijo con sus propios genes, como es el caso de uno de mis tíos que desconoce del tema, ya que sin estipulación alguna no se pueden establecer parámetros legales, por el cual las partes se vean beneficiadas a través de un contrato para su total certeza en la realización de las diversas técnicas a utilizar. Por lo cual, el presente trabajo de investigación aportará el conocimiento de que la normatividad de nuestro estado, toda vez que demostrará que el contrato de gestación subrogada también debe de estar regulado en la legislación guerrerense para su correcta aplicación.

METODOLOGÍA:

El presente trabajo de estudio se llevó a cabo en el estado de Guerrero a través de una serie de estudios acerca de la gestación subrogada, como objeto de estudio sobre cuestiones de técnicas de reproducción asistida, a través de iniciativas, legislaciones y documentos jurídicos a nivel estatal, federal e internacional, con la finalidad de regular el contrato de gestación subrogada como parte de la codificación guerrerense.



Figura 1.- Área del trabajo de estudio y ubicación de la sociedad investigada.

Este trabajo de investigación se desarrolló de la siguiente manera:

- I. Revisión de la codificación guerrerense.
- II. Investigación sobre las diversas iniciativas y modelos de aplicación de los diversos ordenamientos jurídicos a nivel internacional y nacional.

- III. Realización de un contrato de gestación subrogada mediante el estudio aplicado al estado de Guerrero.
- IV. El método de estudio será sistemático – deductivo.
- V. La investigación versará sobre el estudio de ordenamientos jurídicos que se van a ir desglosando, empezando de normas internacionales a nacionales en relación a la gestación subrogada, en donde se desarrollará un análisis para la creación de un contrato de gestación subrogada en el estado de Guerrero.
- VI. El presente trabajo de investigación resulta viable:
 - 1. El estudio se presentará dentro de la delimitación geográfica del estado de Guerrero.
 - 2. Se investigará sobre las diversas iniciativas de leyes que en nuestro país se han generado.
 - 3. Se revisará el contrato de gestación subrogada para estudiar los elementos de los cuales hace falta completar para proponerlo como parte de la creación de un ordenamiento legal sobre el tema de subrogación.

INTRODUCCIÓN.

Actualmente, el avance de la ciencia y tecnología han proporcionado el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, dando una respuesta ante la imposibilidad de procrear por medio de la unión sexual entre el varón y la mujer, haciendo partícipe la biología y la genética, siendo en un principio así.

De este modo se siguieron realizando diversos estudios e investigaciones sobre la materia, dando un giro radical al dar otra solución a las parejas, en donde ambos, o en especial en la mujer, que tenían problemas reproductivos, y sobre todo de gestación; por lo tanto, nace otra forma de procreación sin la unión sexual, la gestación subrogada o mejor conocida como “maternidad subrogada”.

Al respecto conviene decir que el derecho se ha enfrentado ante un fenómeno complejo al tenerse como dilema la maternidad, ya que se enfrenta ante diversas situaciones desconcertantes como ¿quién es la madre del hijo, la que proporciona el material genético o la que gesta el desarrollo del niño en su vientre? Ante tales cuestiones, se ha analizado cada una, puesto que surgen dudas sobre el recién nacido, ya que por un lado está la mujer quien proporciona el material genético para dar origen desde un principio y por otro lado la mujer quién durante nueve meses llevará en su vientre a un niño, brindándole atención y cuidados durante el proceso del embarazo.

Bajo este tenor, el derecho debe tomar un papel fundamental, puesto que el avance científico y tecnológico ha avanzado a pasos agigantados y las leyes han quedado atrás, dando origen a problemas en materia civil, familiar y penal, y no solamente en nuestro estado sino a nivel nacional; lo que significa que se debe regular y legislar sobre el contrato de gestación subrogada, porque es una situación de salud pública y corresponde al estado velar, proteger y garantizar el bienestar de la población.

Cabe señalar que este trabajo de investigación tiene como propósito central constituir una perspectiva para la regulación del contrato de gestación subrogada en nuestro estado de Guerrero, ya que nuestras leyes en materia civil, familiar y penal requieren de una actualización en temas esenciales que son parte de la salud pública de nuestro estado, puesto que las nuevas formas de reproducción han ido desarrollándose y nuestras normas jurídicas se han quedado atrás, por ende no se tiene una norma por la cual regirse.

Por principio, el primer capítulo abordado en esta investigación titulado “Antecedentes. Gestación subrogada”, parte de los antecedentes que han dado origen al contrato de gestación subrogada, como se conoce actualmente; de igual forma, cómo cada uno de los países del mundo han ido desarrollando esta alternativa de reproducción mediante los avances de la ciencia y la tecnología.

En cuanto al segundo capítulo denominado “Generalidades de la gestación subrogada”, se tocaron cuestiones relativas sobre la gestación subrogada, en qué consiste y los argumentos a favor y en contra de dicha técnica reproductiva, así como lo que significa el derecho que tiene toda persona, sobre todo el derecho reproductivo, puesto que es base fundamental de esta investigación, la cual hace referencia sobre la intervención en los derechos humanos y los principios constitucionales, el cual dan protección al ejercer este derecho como una manera de tener una descendencia familiar al acudir a la gestación subrogada.

Dentro del tercer capítulo denominado “Naturaleza jurídica en relación al contrato de gestación subrogada”, el cual se centra sobre el análisis de la figura del contrato y cómo es que puede originarse un contrato de gestación subrogada de acuerdo a los elementos que estipula la norma civil, así como la esencia de éste, la relación jurídica de las partes, los derechos y obligaciones, el incumplimiento y las consecuencias jurídicas que se contraen al realizar un contrato de esta técnica reproductiva.

Por consiguiente, en el cuarto capítulo referido a “La filiación y efectos en el contrato de gestación subrogada”, abarca todo sobre las diversas formas de filiación y cómo se considera la filiación en un contrato de gestación subrogada, analizando aspectos esenciales que participan dentro de ésta, como es el donador, y por consiguiente el parentesco que se da en estos casos.

Además, se hace referencia al capítulo mas emblemático en el área jurídica, titulado como “Panorama jurídico del contrato de gestación subrogada”, de manera que se hace un análisis detallado en las principales normas jurídicas, empezando por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, luego por documentos internacionales, leyes, convenios y declaraciones que ha pactado México a nivel internacional, así como también haciendo un análisis sobre la Ley General de Salud e iniciativas de leyes que nuestro país ha tenido, y por supuesto la perspectiva jurídica de la legislación civil y penal de nuestro estado, el cual se toman las bases esenciales para sustentar una norma a futuro sobre las cuestiones de reproducción asistida, en especial de gestación subrogada.

Por último se presentan las conclusiones de esta investigación, detallando las propuestas a realizar en nuestra legislación guerrerense que se establecen al final de este documento, puesto que cada aportación de la presente tesis, muestra un análisis para llevar al cabo la regulación y legislación, además de la importancia que nuestro estado considere dentro de su normatividad civil y penal al contrato de gestación subrogada, puesto que en nuestra sociedad ya existe (de facto) y sólo falta establecer una norma que establezca las cuestiones jurídicas.

**CAPÍTULO I.
ANTECEDENTES.
GESTACIÓN SUBROGADA.**

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES. GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1 ANTECEDENTES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

A lo largo de la historia, se han marcado diversos acontecimientos significativos que dan origen a la gestación subrogada, inclusive no se tenía un concepto en sí de lo que consistiría el significado de la renta de vientre, que se da sin ninguna regulación y que hasta el momento, en nuestro país ha pasado aún no cuenta con una legislación de la gestación subrogada como tal. Esto traerá grandes beneficios al regularla, lo cual se desarrollará más adelante.

Uno de los primeros antecedentes en que se dio a conocer como la primera madre de alquiler, fue hace unos dos mil años antes de Cristo, en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón.¹ Después se desarrolla en Mesopotamia, a mediados del siglo XVIII a. C.; y fue hasta que en el Código de Hammurabi contempló la gestación subrogada, del cual disponía que cuando la mujer era estéril y quería tener hijos, ella debía dar una esclava a su marido con el fin de procrear y tener descendencia. Siendo así, el surgimiento de la gestación subrogada.²

Al pasar de los años, las investigaciones empezaron a desarrollarse, enfocándose entre otros aspectos, a la materia de fecundación artificial. Por lo tanto, en 1677, el inventor del microscopio, Antoni Van Leeuwenhoek estudió el semen humano, siendo el primero en ver espermatozoides, conociendo que éste era la parte esencial para dar origen al ser humano. Asimismo, en 1790, el escocés John Hunter colocó en una jeringa caliente el semen de un comerciante con

¹ La Biblia, Antiguo Testamento (Génesis 16, 1-15), 63ª ed, Ed. Verbo Divino, Madrid, España, 1995, pp. 26-28.

² MARCÓ, Javier y TARASCO, Martha, "*Diez temas de reproducción asistida*", 1ª ed, Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, S. A. (EIUNSA), Madrid, España, 2001, pp. 13-17.

hipospadia y se lo inyectó en la vagina de su mujer, dando origen a la primera inseminación artificial en la historia, dando como resultado el nacimiento de un niño sano.³

Después diversos científicos hicieron experimentos con conejos, como fue el caso del británico Walter Hauper, en 1880, realizando con éxito una fecundación in vitro mediante un embrión, siendo así la primera coneja madre subrogada. Durante la última década del siglo XIX, el ruso Victorín Gruzdev, fue quien realizó el prototipo de la transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio, y lo hizo con conejas. Con esto, en 1944, en Harvard, los ginecólogos J. Rock y M. Minkin cultivaron un óvulo humano, fecundándolo así en un tubo de laboratorio, desarrollando un embrión bicelular.⁴

A pesar de todos los logros en materia de gestación subrogada, a quienes se les considera como los fundadores de la fecundación in vitro son dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. Ya que la fecundación in vitro viene siendo la base fundamental para la realización del proceso de la gestación subrogada. Siendo que en 1967, Edwards consiguió con éxito la primera fecundación in vitro en un óvulo humano, siendo un embarazo extrauterino. Por lo que hasta 1978, en la ciudad inglesa de Oldham, nació Loise Brown, la primera niña concebida in vitro. Y en 1980, en Melbourne, Australia, por Carl Wood y Alex Lopata, nace el segundo bebé probeta del sexo masculino. Después de estos logros, vinieron al mundo más de dos millones de “niños probeta”, gracias a los avances de diversos científicos e investigadores, que durante muchos fracasos atrás por fin lograron realizar la fecundación in vitro con éxito⁵, dejando huella para el perfeccionamiento de la realización del proceso de gestación subrogada, puesto que fue la base fundamental para que se pudiera dar, tal como la conocemos actualmente.

³ *Ídem.*

⁴ *Ídem*

⁵ *Ídem.*

1.1.1 ALGUNOS PAÍSES QUE PROHIBEN LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1.1.1 REPÚBLICA FRANCESA.

Francia es uno de los países que pertenece a la Unión Europea, y como tal, es el primer destino turístico a nivel mundial. Es por eso, que mantiene una legislación que prohíbe la gestación subrogada para evitar intereses comerciales y que lleven a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas; refiriendo una postura en su ley, haciendo referencia a que: *“Todo acuerdo sobre la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nulo”*⁶; el cual genera diversos problemas en relación a la filiación que se da por este medio, puesto que los tribunales franceses por lo regular aceptan la paternidad más no la maternidad. De este modo, en la materia penal prevé sanciones para la mediación entre una persona o pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo, ya sea de manera habitual o con fines lucrativos, en esta última, las penas se elevan al doble.⁷

Y es así, que en 1994, fueron aprobados distintos ordenamientos jurídicos, entre ellos el Código de Seguridad Social, la Ley relativa al Respeto del Cuerpo Humano y la Ley relativa a la Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo Humano, a la Asistencia Médica, a la Procreación y al Diagnóstico Prenatal.⁸

⁶ Código Civil de Francia, artículo 16,7, Francia.

⁷ Código Penal de Francia, artículo 227, 12, Francia.

⁸VEGA GUTIÉRREZ M.L., VEGA GUTIÉRREZ J. y MARTÍNEZ BAZA P., *“Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos”*. [en línea], Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1993, [citado el 10 de mayo de 2013]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos46/reproduccion-asistida-dominicana/reproduccion-asistida-dominicana3.shtml>

1.1.1.2 REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.

Alemania es uno de los países en el mundo que prohíbe la gestación subrogada, en su legislación manifiesta que es una especie de comercio humano ilegal, ante esta tesitura el Congreso Médico junto con el Ministerio Federal de Justicia, recomendaron la prohibición de las prácticas acerca de la gestación subrogada o cualquier práctica que se le parezca y por ese motivo se contempla en la Ley Alemana de Protección del Embrión la prohibición de manera expresa en el artículo primero sobre la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, sancionado con una pena privativa de la libertad a quien: “1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento*”.⁹

1.1.1.3 REINO DE HOLANDA.

En la doctrina holandesa estima que el contrato de gestación subrogada es nulo, toda vez que se considera ilícita la acción realizada de manera lucrativa y sólo tendrá lugar el acuerdo que a través de la renuncia de la madre gestadora, ésta otorgará el consentimiento de que el hijo quedará bajo la patria potestad de su padre y será adoptado por su mujer, ya que si se realiza de esta forma gratuita sí se permite el contrato porque ya no existe la causa ilícita, que es la contraprestación del servicio por la obtención de una cierta cantidad en dinero.¹⁰

⁹ *Ley Alemana de Protección del Embrión, No. 745/90 del 13/12/90, Alemania, 13 de Diciembre de 1990.*

¹⁰ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “*Maternidad Subrogada. Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado. (Primera Parte)*” [en línea], SPI-ISS-28-10, México, D. F., Octubre, 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> consultada el 28 de febrero de 2013, p. 23.

En cuanto a la celebración de un contrato que tenga fines económicos, será considerado contrario al orden público y a la moral que establece el país en su legislación.

1.1.1.4 AUSTRALIA.

En 1980, en una ciudad australiana, Melbourne, donde se encontraba el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata, quienes durante ocho años trabajaron hasta lograr en la historia el segundo “bebé probeta”, considerado el primer varón concebido in vitro. Siendo éste un acontecimiento importante en el proceso de la gestación subrogada.¹¹

Y a pesar que Australia fue uno de los países partícipes en la investigación de la gestación subrogada y en donde se logró obtener el segundo “bebé probeta” en la historia, se ha legislado sobre la materia de gestación subrogada, precisamente en el estado de Victoria, en la Ley de 1984 sobre la Infertilidad y Procedimientos Médicos, que posteriormente fue reformada en 1987, considerando que es una práctica delictiva, sancionándola con una multa o pena privativa de libertad. Siendo el único estado que ha legislado sobre el tema estableciendo nulo el contrato que se realice, del cual sólo permite la implantación de un embrión derivado de un óvulo fertilizado de esa mujer o de ella misma siempre que no exista lucro de por medio.¹²

1.1.1.5 ESPAÑA.

Es uno de los países que cuenta con antecedentes, ya que en julio de 1984, nace el primer “bebé probeta” en el país, además de que muchos ciudadanos han recurrido a la gestación por sustitución a causa de la imposibilidad de gestar por diversos factores.

¹¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “*La Fecundación In Vitro y la Filiación*”, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 85.

¹² *Ley de sobre la Infertilidad y Procedimientos Médicos*, Victoria, Australia, 1984.

En este orden de ideas España no permite la práctica de gestación subrogada, dando como consecuencia que los ciudadanos viajen a otros países donde realicen la práctica de manera legal.

Existe una legislación española, que habla acerca de la gestación subrogada, refiriéndose como “gestación por sustitución”, contemplada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por el Rey de España Juan Carlos I, que estipula en su artículo 10 lo siguiente:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales¹³.

Como observamos, España no permite la gestación subrogada pero tampoco la prohíbe y este artículo se puede interpretar de dos maneras: la primera, que no se detecta una prohibición rotunda para la práctica de la gestación subrogada, como consecuencia se puede encontrar diversos casos para la realización de ésta y la segunda consiste en cuanto al contrato de gestación subrogada, ya que no tiene valor jurídico y las partes no asumen la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que se consideren en el contrato, como consecuencia los ciudadanos tienen que acudir a las agencias de gestación subrogada en el extranjero donde esté permitido y se rijan por la legislación de ese país y de esta manera los ciudadanos puedan garantizar sus derechos tanto de la madre sustituta como de los padres genéticos.

¹³ *Ley 14/2006 Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Boletín Oficial del Estado núm. 126, Madrid, España, 26 de mayo de 2006.

1.1.2 ALGUNOS DE LOS PAÍSES QUE NO CUENTAN CON LEGISLACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1.2.1 INGLATERRA.

En 1978, fue precisamente donde surgió como primer antecedente la concepción de la primera niña nacida por *fecundación in vitro*, quien recibió el nombre de Luisa Brown.¹⁴

Actualmente no existe una regulación precisa, sólo se refiere a la maternidad subrogada en el informe Warnock, en junio de 1984, por lo que existe una laguna legal, lo cual hace que no se persiga la práctica de ésta, aunque lo que sí está tipificado es considerarla como delito cuando se realice por medio de una obtención pecuniaria, calificado penalmente por la Ley Surrogacy Arrangements Act de 1985.¹⁵

1.1.2.2 COLOMBIA.

En cuanto a una regulación en materia de gestación subrogada o en las técnicas de reproducción asistida no existe ley al respecto pero estas prácticas son consideradas lícitas y frente a esta situación hay reconocimiento jurídico que lo contempla, como es el artículo 42 de la Constitución que señala: “[...] *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. [...]*”. Y en el artículo 92 de su codificación civil, expresa de manera abierta casos que se da por medio de embarazos con el apoyo de técnicas científicas.¹⁶

A pesar de su reconocimiento, no es suficiente para la resolución de conflictos que se presenten en materia de gestación subrogada, ya que la ciencia avanza pero el derecho ha quedado estático en el progreso de nuevas legislaciones.

¹⁴CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., “*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*”, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1992, p. 36.

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ *Ídem.*

1.1.2.3 ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

México es un país que cuenta con casos de gestación subrogada, como fue en 1988, cuando nació Andrea considerándose la primera niña concebida en el territorio mexicano por transferencia intratubaria de gametos¹⁷. Actualmente nacen cada año más niños producto de la aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida, pero aún no se cuenta con una regulación en el país sobre la materia que pueda dar licitud, siendo un gran reto para México como para el resto del mundo acerca de crear una legislación de gestación subrogada.

Por otra parte el Estado de San Luis Potosí, en su artículo 147, reformado y publicado en el P.O. 20 de Julio de 1975, que textualmente dice: *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”*¹⁸

Al respecto, en la reforma adicionada, publicada en el P.O. 3 de octubre de 2000, señala que: *“Podrán ser utilizados los métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta.”*¹⁹

De manera que en este estado y también en Coahuila, son los dos estados de la República mexicana que prohíben la utilización del proceso de gestación subrogada.

En relación a lo anterior, en lo que respecta a la legislación de Coahuila, señala en su artículo 483:

¹⁷ *“Piden en el Senado regular clínicas de reproducción asistida”*, Desde el Balcón, miradas libres. Grupo Editorial del Sureste S. A. de C. V. [en línea], Mensual, Mayo, 2013, Mérida, Yucatán, México, [citado el 12 de mayo de 2013]. Disponible en: http://www.desdeelbalcon.com/noticias/noticia.php?id=29252&opcion_sup=0

¹⁸ *Código Civil para el Estado de San Luis Potosí*, artículo 147, San Luis Potosí, México, vigente.

¹⁹ *Ídem.*

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.²⁰

De ahí que está permitida la utilización de las técnicas de reproducción asistida si la pareja es infértil o estéril después de cinco años, incluso especifican que puede ser por fecundación homóloga o heteróloga.

Por el contrario el Código Civil del estado de Coahuila, en su artículo 489 estipula que: *“Todo pacto o convenio que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.”*²¹ Por ende, no acepta al contrato de gestación subrogada, por ser un acuerdo que tiene de por medio la gestación de un hijo en el vientre de otra mujer ajena a la pareja y explícitamente en su artículo 491 dice que: *“El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.”*²²

En consecuencia de lo anterior, tanto el estado de San Luis Potosí y Coahuila no aceptan de ninguna forma la gestación subrogada y a

²⁰ Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, artículo 483, Coahuila de Zaragoza, México, vigente.

²¹ Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, *op. cit.*, artículo 489.

²² Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, *op. cit.*, artículo 491.

pesar que es una realidad social que sucede en nuestro país, es una práctica considerada ilegal para estos dos estados y solo aceptan las técnicas de reproducción asistida pero no el contrato de gestación subrogada.

Por el contrario sólo el estado de Tabasco a considerando en su legislación civil sobre la definición de maternidad subrogada, en el artículo 92 párrafo cuarto dice: *“Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.”*²³

De igual forma en su artículo 165 párrafo segundo, en cuanto al derecho que tienen los cónyuges lo contempla como *“Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. [...]”*²⁴

Es relevante señalar que gracias a la legislación tabasqueña se tiene licitud en la realización del proceso de gestación subrogada, puesto que desde 1998 esta técnica se ha realizado en este estado.

En conclusión, los aspectos que considera la legislación civil tabasqueña en lo referente a la reproducción humana asistida son:²⁵

1. La contemplación de madre gestante sustituta (Art. 92, párrafo cuarto).

²³ Código Civil para el Estado de Tabasco, Tasco, México, vigente.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

2. La planificación de los cónyuges por cualquier método de reproducción artificial para obtener su propia descendencia (Art. 165, párrafo segundo).
3. La presunción de hijos de los cónyuges por cualquier método de reproducción asistida (Art. 324).
4. Cuando no se podrá desconocer un hijo en caso de empleo de reproducción artificial (Art. 327).
5. La imposibilidad de desconocimiento de un hijo nacido por algún método de reproducción asistida (Art. 329, párrafo segundo).
6. Cuestiones relativas a la paternidad por medio de los métodos de reproducción médica asistida (Art. 330).
7. Presunción de hijos de concubinato por métodos de reproducción humana artificial (Art. 340, fracc. III).

1.1.2.4 COSTA RICA.

Las primeras aplicaciones de la fecundación in vitro fue en 1994, con el primer “bebé probeta” costarricense nacido en octubre de 1995, luego nacieron otros catorce niños por ese medio, después se declaró inconstitucional. Y a pesar que es uno de los países en los cuales se ve afectado hasta por un 15% de parejas infértiles en América Latina.²⁶ En un decreto de fecha 3 de Marzo de 1995, en cuanto a la regulación de la reproducción asistida, se propuso que sólo algunos artículos se reformarían de la codificación familiar,²⁷ puesto que su legislación es esencial ya que al existir casos de gestación subrogada es necesario tener una regulación en la materia que contemple estos supuestos de gestación subrogada, en la cual los costarricenses se puedan sentir

²⁶ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., *op. cit.*

²⁷ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *op. cit.*, p. 32.

protegidos por una norma jurídica, aunque aún no ha llegado al país, sólo se ha visto como proyecto a futuro.

1.1.2.5 ARGENTINA.

Es uno de los diversos países que aún no cuentan con una legislación expresa en cuanto a las técnicas de inseminación artificial, ni mucho menos sobre los contratos de gestación subrogada; pero en el 2010, se realizó un proyecto de ley para la reproducción humana asistida, por lo que existe debate entre la vía de una posible creación en donde se incluya la gestación subrogada de manera lícita en el país.²⁸

1.1.2.6 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

En Estados Unidos destaca el primer programa exitoso de la fecundación in vitro en el año de 1981, en Louisville, por medio de la compañía Surrogate Parenting Associates, Inc., por el Dr. Ricard M. Levin, obteniendo como resultado el nacimiento de un niño sano y desde entonces se ha contribuido al nacimiento de varios niños.²⁹

Otro caso destacado que llega a la historia de la gestación subrogada a los Tribunales por primera vez, fue el caso célebre “*Baby M*” (Stern vs. Whitehead), en el que el Tribunal de Instancia de New Jersey, en sentencia de 31 de marzo de 1987, estimó válido el contrato celebrado entre los matrimonios de William y Elizabeth Stern y Mary Beth y Richard Whitehead, según el cual después de la concepción sólo la madre subrogada tenía derecho a decidir si abortaba o no. Se resuelve el caso en que la *niña M* se fuera con el Sr. Stern, al que reconocía como su padre, con base en el interés de la pequeña. En cambio el Tribunal Supremo del mismo estado, en apelación, el Magistrado ponente C. J. Wilentz, resolvió el día 03 de febrero de 1988, que el contrato de gestación subrogada era nulo e inexigible y declaró nulas las disposiciones contractuales que privaban a la gestante de su

²⁸ *Ibidem*, p. 29.

²⁹ MARCO, Javier y TARASCO, *op. cit.*, p. 16.

maternidad y la adopción de Baby M por la Sra. Stern y concedió a la madre biológica Whitehead sus derechos y obligaciones de madre, confirmando la decisión en torno a la guarda de la niña fue concedida al padre biológico (donante del semen) el Sr. Stern.³⁰

Como observamos Estados Unidos ha sido partícipe de diversos acontecimientos que deja precedente en la gestación subrogada y frente a esta acción, este país en la actualidad no ha podido legislar de manera completa, ya que es un país federal con estados independientes y al ser esto así existen diversas legislaciones dentro del área civil y son los estados de: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin. Por lo que se demuestra que se consideran a la gestación subrogada dentro de su normatividad civil. En tanto el estado de California, solamente acepta la figura de gestación subrogada en relación a la forma de los contratos o acuerdos particulares y que éstos sean coercitivos, tengan valor legal y que los padres biológicos sean considerados como los verdaderos padres del bebé que nace por este medio.³¹

Asimismo se ve el interés de otros estados en tener sus propias legislaciones, aunque aún son proyectos, están en vía de obtener su regulación al respecto como son: Illinois, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina, admitiendo a la gestación subrogada a pesar de que exista una contraprestación económica de por medio, solamente el estado de Michigan es el estado que ha sido el primero en prohibir mediante la promulgación de una ley cuando exista una contraprestación económica.³²

³⁰ *Ídem.*

³¹ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *op. cit.*, p. 32.

³² *Ídem.*

1.1.3 PAÍSES QUE REGULAN Y PERMITEN EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1.3.1 FEDERACIÓN DE RUSIA.

Es considerado uno de los países en el que está permitida la maternidad subrogada, además está legislada por el Código de Familia de la Federación de Rusia y en los fundamentos de la legislación rusa sobre la protección de la salud de la ciudadanía.³³

El artículo 51 del Código de Familia de la Federación de Rusia establece que: *“Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)”*.³⁴

En el art. 52 del Código de Familia de la Federación de Rusia estipula que *“los cónyuges que dieron su consentimiento para la implantación del embrión a otra mujer, y asimismo la madre subrogada (parte segunda del punto 4 del artículo 51 del presente Código) al impugnar la maternidad y la paternidad después de haberlo registrado en el libro de inscripciones de nacimiento no tienen derecho a alegar estas circunstancias”*.³⁵

En cuanto a la disposición del párrafo quinto del artículo 16 de la Ley Sobre Estado Civil estipula: *“Al registrar el nacimiento del niño a solicitud de los cónyuges que dieron el consentimiento a la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, junto con el documento que prueba el hecho del nacimiento del niño se aportará el documento, expedido por la institución médica que confirma el hecho de recibir el consentimiento de la mujer, que dio a luz al niño (madre*

³³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *op. cit.*, p. 13.

³⁴ *Código de Familia de la Federación de Rusia*, Rusia, 1998.

³⁵ *Ídem.*

*subrogada), a la inscripción de los cónyuges mencionados como padres del niño”.*³⁶

Además, la gestación subrogada es regulada por la Orden No. 67 del Decreto de Ministerio de la Salud de la Federación Rusa, mediante el cual se contemplan una serie de requerimientos que les exigen a las mujeres gestantes, dándoles las indicaciones de la maternidad subrogada y de igual manera, la cuantía de pruebas necesarias a las cuales se someterá la madre gestante y los padres genéticos.³⁷

Por lo que brinda legalidad a los padres contratantes para que al momento de la realización de un contrato o acuerdo por el cual se realice con el consentimiento de los padres y de la otra mujer, para la realización de la gestación del niño se pueda registrar con el nombre de los padres contratantes, siempre y cuando la mujer gestante dé su consentimiento de manera voluntaria de entregar al niño, dejando una legislación frente a la gestación subrogada siendo legal esta práctica en el país.

1.1.3.2 REINO DE SUECIA.

Fue el primer país en regular de manera concreta la inseminación artificial el 20 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 1 de marzo de 1985³⁸, del cual prohíbe que la gestación subrogada se obtenga como pago una compensación en dinero, como ganancia del servicio prestado o cualquier índole semejante, dado que en Suecia es ilícito comercializar con la gestación subrogada y al darse esta figura se debe dar eficacia jurídica en relación a la filiación de la madre contratante con el hijo a través de la adopción. Evitando de esta manera que se comercialice esta alternativa de las parejas con problemas reproductivos, realizándose de manera gratuita, siendo legal esta alternativa en el Estado.

³⁶ *Ley No. 659 Sobre los Actos de Estado Civil*, Rusia, 17 de julio de 1944.

³⁷ *Decreto N° 67 del Ministerio de la Salud de la Federación Rusa*, 26 de febrero de 2003.

³⁸ *Ley de 1984/1.140*, Suecia, 20 de diciembre de 1984.

1.1.3.3 ESCOCIA.

Un antecedente de gestación subrogada se da el 14 de enero de 1979, en Glasgow, donde nace el primer varón concebido en probeta llamado Elaister Montgomery.³⁹

En este país en relación a un informe expedido en Inglaterra de Warnok considera que debe permitirse la maternidad por sustitución, siempre y cuando se realice por razones médicas y estima necesario que se realice por medio de un médico y un hospital, con licencia para efectuar la inseminación artificial o la fecundación in vitro y que al momento de la celebración del contrato se realice por medio de una agencia no lucrativa.⁴⁰

En relación a lo anterior, en 1985 se dictó una Ley⁴¹ en la cual declaró a las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación como ilegales, castigando a aquellas que difunden o transmitan los contratos onerosos de la gestación subrogada, sin embargo la permite sí aquellos contratos actúan sin ningún interés económico o comercial.

1.1.3.4 REPÚBLICA DE LA INDIA.

Se ha convertido este país en un paraíso de las parejas infértiles, ya que el óvulo de la mujer es más económico en este país que en otros lugares, además que existe un gran número de mujeres dispuestas a prestar su vientre a cambio de una remuneración. Desde el año 2002 ha sido flexible la legislación en la India, por lo que respeta al permitir el alquiler de vientres, siendo un negocio de las madres subrogadas. Y por lo que concierne a esto, es un país del cual la mayoría de la población

³⁹ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., *“La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales”*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1992, p. 36.

⁴⁰ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *“Maternidad Subrogada. Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado”* [en línea], Centro de Documentación, Información y Análisis, Primera Parte, México, D. F., Octubre, 2010, p. 27, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> consultada el 28 de febrero de 2013.

⁴¹ *Surrogate Arragements Act*, Parlamento del Reino Unido, 1985.

sobrevive con muy poco dinero y la oferta de ser madre portadora es muy tentadora. Para ser madre de alquiler se requiere tener entre 21 a 35 años, ser casadas, tener un hijo al menos para poder concebir, ser de clase media o baja, no fumar ni consumir alcohol y/o drogas, para no afectar al bebé.

Aún se encuentra como proyecto de ley en el Parlamento desde el año 2010, la cual prevé la creación de un organismo que se ocupe de la búsqueda de mujeres que deseen ser madres subrogadas, el número de embriones a implantar, la obligatoriedad de un seguro médico para la madre y un certificado que garantice que el bebé tendrá la nacionalidad de los padres contratantes.⁴²

1.1.3.5 REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL.

Brasil y España fueron unos de los países que siguieron desarrollando la técnica de fecundación in vitro después que naciera el primer “bebé probeta” en 1978, ya que en 1984 nace el primer “bebé probeta” en el estado de Paraná.

Esta práctica ha ido evolucionando de manera significativa y en miras hacia nuevas técnicas de las cuales han ido surgiendo desde entonces, pero la legislación brasileña, a diferencia de la española, no ha seguido con el mismo avance legislativo. Desde entonces Brasil carece de una legislación específica y los únicos documentos con los cuales abarcan el tema es: la Resolución n. 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, en la sección VII, sobre la gestación de sustitución, del cual los centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución sólo en caso de que exista un problema médico que impida la gestación por parte de la dadora genética y el artículo 1.597 del Código Civil Brasileño, en los que se presume concebida la paternidad durante el matrimonio en cuanto a los hijos

⁴² LEÓN, Jaime. Vientres de alquiler. Proceso [en línea]. Reportaje especial [citado el 8 de Enero de 2013]. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/?p=329867> consultada el 28 de febrero de 2013.

nacidos por: “III. Fecundación artificial homóloga [...]; IV. Cuando se trate de embriones sobrantes de la concepción artificial homóloga; V. Inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando se tenga el permiso previo de su marido”.⁴³ Por lo cual Brasil da apertura a la gestación subrogada, a pesar de que aún falta legislar más acerca de la materia.

1.1.3.6 CANADÁ.

Es el segundo país mas extenso del mundo después de Rusia y al igual que éste permiten la gestación de sustitución, como lo establece en su informe de Ontario en la recomendación 49 que dice: “*Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales [...]*”.⁴⁴

Por lo que respecta a lo anterior, sólo se hace referencia en cuanto al acuerdo de voluntad, mediante el cual se lleva a cabo la maternidad subrogada dando protección a los padres contratantes para que se haga valer su derecho de padres del niño, ya que por el contrario el tribunal intervendrá para que sea entregado a los padres sociales, en relación a los padres contratantes, se refiere como padres sociales.

⁴³ DELCIOMAR GATELLI, João, “*As Técnicas De Reprodução Humana Assistida E Suas Implicações Jurídicas No Instituto Da Filiação Brasileira E Espanhola*” [trad. Por la web], Curso de Doctorado, Universidad de Salamanca, España, 2009, Disponible en: http://www.gatelliekupskeadvogados.com.br/artigo_1.doc consultada el 28 de febrero de 2013.

⁴⁴ *Ontario Law Reform Commission*, Canadá, 1985.

**CAPÍTULO II.
GENERALIDADES DE LA
GESTACIÓN SUBROGADA.**

CAPÍTULO II. GENERALIDADES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

2.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Para poder dar una definición de lo que jurídicamente nos referimos como concepto de *gestación subrogada* es necesario razonar el concepto *maternidad subrogada*. Como primer término, es preciso definir a la *maternidad* en cuanto a su etimología, proviene de la palabra *materno*, del latín *maternus*, que significa *estado o cualidad de la madre*, definido por el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM como: “*la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano*”.⁴⁵

En este orden de ideas, diversos autores han analizado a la maternidad como parte de una realidad social que actualmente se vive, por lo cual es explicado como:

Conjunto de fenómenos de una gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina: la reproducción de los cuerpos de la mujer pero, en tanto se trata de la generación de un nuevo ser humano, no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones [...], puesto que la categoría de madre no agota totalmente a la mujer y, por otra parte, la maternidad no incluye la totalidad de la reproducción, en tanto la fecundidad de la mujer sólo se actualiza por la intervención del principio biológico masculino [...]⁴⁶.

Por lo que respecta al análisis antepuesto por la autora Silvia Tibet, es que la mujer lleva un proceso del cual fecunda en su vientre y da vida a

⁴⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Maternidad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2007, t. I-O, p. 2471.

⁴⁶TUBERT, Silvia *et al.*, “*Figuras de la madre*” [trad. A. Goldman-Amirav *et al.*], Ed. Cátedra, Madrid, 1996, p. 8.

un nuevo ser, sin embargo no todo ese proceso de reproducción que lleva la maternidad es completamente de la mujer, ya que sin el material genético del hombre, no se puede concretar lo que es la maternidad.

Existen teorías como de la autora Silvia Vegetti-Finzi, la cual sustenta que “...*el ejercicio de la maternidad se aprende después del nacimiento del niño, y no todas las mujeres lo logran.[...]*”⁴⁷, por lo que se ha tenido un panorama de la gestación subrogada como un tabú, del cual se debe canalizar que existe desde antes de Cristo, inclusive se dio sin saberse realmente lo que significaba, ya que ser madre no es concebir a un ser sino darle el sustento maternal durante su vida, incluyendo la satisfacción de sus necesidades, el cuidado y protección que hace una madre por un hijo y no una concepción otorga el ser madre sino es un procedimiento constante durante toda una vida.

Hay mujeres que esperan el anhelo de poder tener a un hijo que posea las características de ella y de su pareja, pero por diferentes causas que afectan como es una malformación congénita, esterilidad o cualquier patología implicada en ello, se deshace el deseo. Por lo que la ciencia y la tecnología abrieron espacio al desarrollo científico-tecnológico, lo cual comenzó por el microscopio al verse por primera vez los espermatozoides, de ahí el procedimiento avanzó hasta llegar a la biotecnología y poder lograr el desarrollo de la concepción de un nuevo ser probeta.

Son varios los países que aún la prohíben, unos en la cuestión de comercialización como lo es India, otros por tener aún el tabú de la gestación subrogada, pero la realidad es que la maternidad es una ilusión de millones de parejas en el mundo que desean tener un hijo con sus propios genes, lográndolo mediante la gestación subrogada y siendo una realidad social que pasa en todo el mundo.

Quizás a veces suene extraño pensar que un vientre de una mujer extraña a tu condición social, étnica, cultural, lleve en su interior a un

⁴⁷ *Ibidem*, p. 235.

hijo tuyo pero que al final de cuentas logras obtener lo que por naturaleza no se podía lograr.

Es entonces cuando surge la pregunta ¿qué es la maternidad?, respuesta que tiene distintas visiones desde diversas perspectivas en cuanto a su significado etimológico, gramatical, biológico y jurídico.

Ahora bien, en su aspecto etimológico se define la palabra *madre* del cual proviene del latín “*mater/matris*” y de griego “*matér/matrós*” que significa “*madre*”. Y la palabra “*mama*” llegó a la lengua castellana del latín como una palabra grave. La moderna forma aguda “*mamá*” fue adoptada en el siglo XVIII por la influencia de la Corte Española, que quiso imitar el francés *maman*, del cual se admitió por el Diccionario de la Real Academia Española en el año de 1803.⁴⁸

En cuanto a la perspectiva gramatical la palabra “*madre*” significa “*hembra que ha parido*”, “*hembra respecto de su hijo o hijos*”, “*Mujer casada o viuda, cabeza de su casa*”. Y la palabra “*maternidad*” se define como “*Estado o cualidad de madre*”.⁴⁹

Por otra parte, en su conceptualización biológica, la mujer es indispensable para dar vida, es portadora y dadora de ella y por su origen provee la maternidad, quien se considera como aquella que da vida y ha logrado construir y preservar la humanidad.⁵⁰ Se considera como “*madre biológica*” a la mujer quien en su vientre tuvo durante nueve meses un bebé, creando un vínculo natural entre el hijo y la madre. Lo cierto es que se da una relación de genética, puesto que el

⁴⁸ SOCA, Ricardo, “*Diccionario en línea. El Castellano.org*”, [en línea], Ed. Cultural Antonio de Nebrija, España, 2008, disponible en: <http://www.elcastellano.org/palabra.php?id=1166>

⁴⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22a. ed., Madrid, España, 2010, disponible en: <http://lema.rae.es/> consultada el 01 de marzo de 2013.

⁵⁰ VALVERDE MUDARRA, Camilo, “*Artículos literarios. VIII. La familia, mujer y madre*”, [en línea], Mundo Cultural Hispano, Literatura, España, 2012, disponible en: <http://www.mundoculturalhispano.com/spip.php?article3454>

hijo va teniendo rasgos característicos de la madre, por poseer su material genético.

Respecto al ámbito jurídico, la maternidad ha quedado incluida en la paternidad. En la actualidad, nuestra legislación civil contempla tanto la maternidad como la paternidad, del cual crea un vínculo con los hijos, por lo que recibe el nombre de filiación, siendo ésta “*la relación jurídica entre el progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos, sin distinción, independientemente de la forma en que haya surgido, es decir, del origen de su filiación*”.⁵¹ Por lo que se resume siendo la “*maternidad*” el vínculo existente entre la madre y el hijo de acuerdo a la ley.

Respecto a lo anterior, se puede decir que la maternidad comienza desde el momento en que la mujer queda embarazada, esperando el nacimiento de su bebé, del cual la mujer toma los cuidados y precauciones necesarias para la estabilidad del ser, logrando un vínculo entre madre e hijo y después al nacer el bebé, viene la práctica de la maternidad, donde la madre comienza el proceso de adaptación de tener un nuevo ser en su vida, proporcionándole protección durante la vida del hijo, educación, cuidados y amor.

Ahora bien, en relación al concepto de “*subrogar*” tiene diversas acepciones que tiene relación en significado como son:

"Subrogar" es "*subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra*".

"Delegar" es "*Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación*".

"Incubar" es "*Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos*".

⁵¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar *et al.*, “*Derecho de familia*”, 2a. ed, Ed. Oxford, México, 2010, p. 223.

"Sustituir o Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".⁵²

En el contexto anterior lo que significa la "subrogación" en la maternidad es que otra mujer gestará en su vientre para concebir a un producto que no puede hacerlo de manera natural, requiriendo a otra como portadora de su hijo, el cual se rempazan los derechos y deberes de la gestante.

Y es precisamente que el término "*maternidad subrogada*" fue acuñado por el abogado Noel Keane en el año de 1976, en el estado de Michigan, Estados Unidos de América, definiéndola como "*el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz a un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada*",⁵³ en concordancia dicho término se ha desarrollado diversas denominaciones como son: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación de sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad de sustitución, maternidad suplente, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres portadoras, vientre de alquiler, préstamo de útero y surrogated motherhood (denominación en inglés). A pesar de las distintas designaciones, la que más prevalece es *maternidad subrogada*.

Respecto a lo anterior, existen definiciones que se han referido a la maternidad subrogada de diferentes significados. En tanto a esto, Jaime Vidal Martínez se refiere como a la *maternidad de sustitución* como "[...] la que se solicita de una mujer que se someta a unas técnicas de reproducción asistida, para concebir, gestar y dar a luz a un hijo con la finalidad de entregarlo a otra mujer o a una pareja comitente

⁵² Real Academia Española, *op. cit.*

⁵³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *op. cit.*, p. 204.

utilizándose generalmente en estos casos los gametos del varón a aquélla vinculado [...]”⁵⁴.

Lo plasmado por el autor, es que una mujer lleve consigo el proceso de embarazo del cual fue inseminada y que entregará una vez que nazca a los solicitantes. Lo cual muestra que los solicitantes requieren a otra mujer para que sea ella quien pueda concebir en su vientre el bebé de la pareja, que por alguna causa no pueden concebir, para gestar en su interior durante un tiempo y que al dar a luz, ella lo entregue de manera voluntaria a la pareja que la solicitaron.

En este orden de ideas se observa que a pesar de que el autor contempla a las tres partes (la mujer gestante, el hijo y la pareja), aún se siente vacía esta definición y a comparación con la primera definición que puntualiza Noel Keane, examina el término no como una simple “maternidad subrogada” sino la lleva al campo jurídico, otorgado a la maternidad subrogada ya como un contrato, configurando al derecho partícipe de cada una de las partes dentro de una obligación jurídica, situación que no sucede con otros autores.

Por lo que se refiere a la *maternidad subrogada* por Maricruz Gómez de la Torre la define como “[...] *El alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante*”.⁵⁵

Por consiguiente, en la precedente definición se refiere que la maternidad subrogada es la opción para poder conseguir de forma temporal las funciones reproductivas, en lo que respecta a la concepción del cual se recurre a una mujer para llevar a cabo el proceso de gestación, misma que renuncia a todos los derechos que se

⁵⁴ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime *et al.*, “*Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*”, Ed. Comares, Albolote, Granada, España, 1998, p. 117.

⁵⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *op. cit.*, p. 204.

contraen, ya que al momento de llevar en su vientre a un producto de gestación subrogada, debe entregarlo a la pareja de manera voluntaria, por medio de un contrato o en forma de adopción. Situación que contempla tres maneras de entregar al hijo: esto es que hay ocasiones que no desean entregar al bebé una vez concebido pero hay un contrato que la obliga a entregarlo, cuando no hay legislación que le garantice a la pareja tener los derechos del producto como hijo, lo realizan de forma adoptiva, para que la pareja tenga al producto legalmente como suyo sin ningún contratiempo jurídico que pueda suscitarse en el futuro.

En cuanto a Zannoni, señala que “[...] *Se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que 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*”⁵⁶.

Tomando en consideración lo anterior, la definición que refiere Zannoni es la más acertada. En cuanto a las diversas legislaciones, han definido la gestación subrogada de distintas maneras, de las cuales analizaremos el concepto de cada una, como es el caso de la legislación canadiense, que establece en su informe de Ontario en la recomendación 49: *“Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales [...]”*⁵⁷

En otras palabras, cuando exista un acuerdo por el cual la mujer lleve a cabo un embarazo por medio de la figura de maternidad subrogada, tendrá la obligación que por ley debe entregar a los padres sociales,

⁵⁶ ARÁMBULA REYES, Alma, “*Maternidad Subrogada*” [en línea], Centro de Documentación, Información y Análisis, México, D. F., Agosto, 2008, p. 39, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> consultada el 01 de marzo de 2013.

⁵⁷ *Ontario Law Reform Commission*, Canadá, 1985.

que así lo considera la legislación canadiense, al niño y sólo intervendrá la ley cuando la mujer se niegue a entregarlo a los padres, siendo ellos quienes lo den a conocer a los tribunales para ejercer su derecho, que por medio de un acuerdo se estipuló desde el comienzo de la gestación.

Respecto al artículo 51 del Código de Familia de la Federación de Rusia, dispone que: *“Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)”*.⁵⁸

El concepto anterior, para definir la madre subrogada, la codificación familiar de Rusia, también la considera que pueden ser padres aquellos que por medio del consentimiento que otorga otra mujer, del cual se le implanta un embrión con fines de gestación y que una vez que dé a luz ella por su propio consentimiento otorgue los derechos para que el niño pueda ser registrado por otros padres, siendo esto que ella está renunciando a su derecho de madre para entregarlo a la pareja de quienes se dispuso al principio.

Aunado a lo anterior, en nuestro país en el estado de Tabasco, por cuanto hace a su legislación civil la define en su artículo 92, párrafo cuarto: *“Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.”*⁵⁹

Por añadidura, la legislación civil tabasqueña, da dos términos: la madre gestante sustituta y la madre subrogada. Por cuanto hace a la

⁵⁸ Código de Familia de la Federación de Rusia, Rusia, 1998.

⁵⁹ Código Civil del Estado de Tabasco, Tabasco, México, vigente.

primera, es aquella mujer que lleva al cabo un embarazo de una pareja, quienes otorgan ambos sus gametos: masculino y femenino, lo cual lleva únicamente la gestación del embrión que se le implanta y al realizar esto, no tiene ninguna relación biológica ni genética con el niño al nacer. Por otra parte, en la madre subrogada va a proporcionar su útero y gameto femenino para llevar a cabo la reproducción y gestación, y que al final, entregará a la pareja que la contrató para llevar al cabo el embarazo.

Se sigue que, la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la ley de maternidad subrogada del Distrito Federal, establece que *“debe entenderse por maternidad subrogada a la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en virtud de que la mujer que forma parte de la pareja unida padece una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, y es subrogada por una mujer que llevará en su útero el embrión de los padres subrogados y cuya relación concluye con el nacimiento.”*⁶⁰

Por lo que respecta al concepto, analizándolo por diversos autores y doctrinas, se llega a la conclusión que la *maternidad subrogada* es más que nada una gestación subrogada definiéndola como *el acuerdo de voluntades realizado por una mujer llamada mujer subrogante o gestante y una pareja unida por matrimonio o concubinato llamados contratantes, quienes proporcionan el componente genético, en el que se insemina el embrión de la pareja en el útero de la otra mujer, para la gestación, embarazo y parto del hijo, entregándoselo a la pareja contratante.*⁶¹

⁶⁰ *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*, propuesto por la Diputada Maricela Contreras Julián, de la fracción parlamentaria del PRD de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México, D. F., 25 de noviembre de 2009.

⁶¹ VER esquema en “Anexos”.

En este sentido, se trata de incluir al derecho en el concepto, considerando la gestación subrogada al contrato de manera implícita, dando como resultado las obligaciones que se contraen por ambas partes, para llevar al cabo la realización de la gestación y concepción del niño que luego entregará a la pareja, quienes serán sus padres, por contener su material genético teniendo relación consanguínea del hijo.

2.2 FECUNDACIÓN POST-MORTEM.

Se entiende por *fecundación post mortem* cuando se realiza la fecundación con el gameto de uno de la pareja (ya sea del hombre o mujer), el cual ha fallecido antes de que la implantación de su material genético se inserte en el útero de su mujer o de otra (en el caso que la mujer sea la que haya fallecido), realizándose por medio de la inseminación artificial (caso aplicable para la mujer sí su esposo sea quien falleció) o la fecundación in vitro (en el caso de que la mujer sea la difunta) y en este último caso, el hombre recurrirá a la maternidad subrogada, es decir, que otra mujer lleve el embarazo del embrión fecundado por la pareja.⁶²

Existen países donde la práctica de inseminación post mortem está prohibida (Alemania, Suecia, Canadá, Francia), otros que la admiten dentro de un plazo de caducidad, siempre que el fallecido haya dejado un consentimiento expreso, Reino Unido, España, entre otros como Israel, la consideran como un derecho de las viudas sin necesidad de consentimiento previo.

Frente a esta figura, Carmen Moreno la plantea: “Se conoce con el nombre de maternidad post mortem a aquella que acontece después de haber fallecido el marido o compañero de la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida”⁶³

⁶² VER esquema en “Anexos”.

⁶³ MORENO ROSSET, Carmen, “Infertilidad y reproducción asistida. Guía práctica de intervención psicológica”, Ed. Pirámide, Madrid, España, 2009, p. 111.

En ese contexto, Carlos Lasarte “*La denominada fecundación post mortem naturalmente sólo puede encontrarse referida al hecho de que la mujer, viva por supuesto, sea objeto de inseminación artificial con el semen de algún varón que, en el momento de realizarse la fecundación, se encontrara ya fallecido.*”⁶⁴

Al respecto el autor Chávez Asencio indica un caso por el cual se plantea una situación de fecundación post mortem, en el que: “*Una guapa francesa de 23 años de edad, reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el esperma de su esposo, fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único: ¿Puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al esperma de un muerto?*”.⁶⁵ En este sentido, el planteamiento del problema ocurrió en 1981, cuando a la pareja se le informa que el marido sufría de cáncer en un testículo, del cual requería de una operación en donde él iba a perderlo, ocasionándole la esterilidad, situación por la cual la pareja decidió depositar el semen del esposo en un banco especializado en Francia y poco después, falleció el esposo.

Por otra parte, en España por cuanto hace su legislación de 1988, en su artículo 9, regula el uso de las técnicas para la gestación post mortem:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal

⁶⁴ LASARTE, Carlos, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *op. cit.*, p. 36.

generación los efectos legales que se deriven de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49, de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas, podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.⁶⁶

Ante esta tesitura, se aprecia que la ley española no reconoce alguna relación jurídica filial entre el hijo y el padre ya fallecido, sí se realiza la concepción por técnicas reproductivas en la mujer después que su marido fallezca, solamente que el marido haya dejado mediante escritura pública o testamento, que su material genético sea utilizado para fecundar a su mujer. Es decir, que mediante estas condiciones, España permite que se realice la fecundación post mortem, lo cual deja que el material genético pueda ser dispuesto por la mujer, cumpliendo con lo establecido por la ley, para que de esta manera, se pueda dar reconocimiento del menor con el padre fallecido.

Al igual, los alemanes abarcan la fecundación post mortem en su artículo 4, al decir lo siguiente:

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

[...].

⁶⁶ Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, España, 22 de noviembre de 1988.

3) Fecundara artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

2. No será sancionada en el supuesto del párrafo 1, inc. 3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial.⁶⁷

Al respecto, Alemania acepta la fecundación post mortem, regulando esta figura pero también sancionándola, siendo legal sí se realiza mediante la fecundación artificial.

Sirviendo de estos claros ejemplos jurídicos, encontramos que aún falta aclarar las causas que entrarían en la fecundación post mortem: en primer lugar, el tiempo en que la mujer pueda hacer uso del material genético de su esposo una vez que éste fallezca puesto que será de suma importancia para establecer la presunción de paternidad, si se realizara en un tiempo después del fallecimiento del marido y el hijo naciera después de los 180 días pero antes de los 300 días posteriores a la muerte del cónyuge, se produciría la paradoja del cumplimiento temporal, por lo que el niño sería hijo matrimonial. Otro caso que entra en esta situación, sería si al fallecer el esposo y se hubiese decidido con anterioridad la inseminación artificial, se realice en un tiempo determinado, coincidiendo con lo que estipula la legislación española de un período no mayor a seis meses, siempre que se haya antepuesto el consentimiento en escritura pública o testamentaria, se considerará hijo legítimo.

En segundo término, el consentimiento del esposo, como lo estipula la legislación española, será necesario que el esposo deje por escrito ante escritura pública o testamento, para que de esta manera se pueda tener certeza que el niño nacido por inseminación artificial sea reconocido como legítimo por su padre antes de morir y así pueda tener los efectos legales que deriven de una filiación.

⁶⁷ *Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90, Alemania, 13 de diciembre de 1990.*

Por su parte, en caso de no contar con el consentimiento del esposo y aún así, la mujer prosiga a realizar la inseminación artificial con el material genético de su esposo difunto, será considerado como los de un donante, por lo cual no producirá los efectos jurídicos de filiación, puesto que no hay consentimiento manifestado por el marido.

Con base en el contexto anterior, sí fuera al revés, es decir, que la difunta fuera la esposa y el esposo quisiera tener un hijo con los genes de su mujer, se estaría hablando de una gestación subrogada, ya que para la realización de esta práctica, que sería la fecundación in vitro, se tendría que recurrir a otra mujer para que realice el trabajo de la gestación y concepción del niño, y el niño tendrá los genes de sus padres (los contratantes) y la otra mujer gestante sólo será quien lleve a cabo el embarazo.

En una última causa, en lo referente a la situación filial matrimonial o de concubinato, en otras palabras, que la pareja puede hacer uso del material genético de su cónyuge o concubina(o), ya sea que tengan un vínculo filial o se compruebe la unión de ellos y además que esté manifestado por escrito, lo cual dé certeza de quien hará uso del material genético del difunto(a) sea la pareja de la persona, permitiendo concebir el hijo que anhelaba en vida la persona junto con su pareja.

2.3 ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

El problema radicante en la gestación subrogada es que se plantea como una forma de comercialización de la vida humana, ante esta tesitura, hay autores que plantean las complicaciones que ha traído la ciencia y la tecnología pero no dan una solución real al dilema, puesto que en la realidad existe la gestación subrogada y no sólo hace unos cuantos años sino desde a. C. y que a lo largo de la historia de la humanidad no se había tenido conocimiento de lo que en verdad se realizaba con anterioridad y ante esto, el derecho ha quedado atrás y no solamente en nuestro país sino en todo el mundo. Hablan de lo

negativo pero no de la solución y de que lo más factible para aquellas parejas infértiles es la adopción de un niño, que es una opción pero lo que quieren es tener un hijo que tenga sus genes, ya sea del padre, de la madre o de ambos, porque no es lo mismo tener algo tuyo y sentir que tiene tus caracteres, a ver un niño que no conoces nada de su pasado y lo que las parejas aspiran es tener un hijo que por naturaleza no se pudo lograr, aprovechando los avances de la biotecnología para realizar el sueño de ser padres.

En la opinión de Antoinette Sedillo López realiza un análisis, inclinando su postura a favor, en primer lugar: “*La regulación o intervención del Estado viola el derecho libre procreación y la privacidad.*” Y en segundo: “*Noción de la libertad contractual.*”⁶⁸ Ante esta postura, el ser humano tiene la libre disposición de su cuerpo; tal es el caso que sucede al donar nuestros órganos, son parte de nosotros, sin embargo es legal, lo mismo pasa en la gestación subrogada, puesto que la mujer quién realiza la gestación no tiene ningún daño en sus órganos reproductivos o en su cuerpo, por lo cual ella puede disponer de su útero para beneficio de otras personas, del cual Sadara Montenegro hace referencia, que la mujer subrogada permite: “1. *La implantación de embriones en su útero o la inyección de semen para lograr la fecundación; 2. El desarrollo del embarazo, y 3. El parto.*”⁶⁹ Por tal motivo, la madre subrogada renuncia la filiación que surja al momento del nacimiento del niño, con el fin de obligarse a otorgarles los derechos a otros.

De ahí que, nuestra Carta Magna establece en su artículo 4° el derecho de procreación, plasmado en el segundo párrafo que textualmente dice: “*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.*”⁷⁰ Por lo tanto,

⁶⁸ *Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal* [en línea], *op. cit.*

⁶⁹ MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sadara, “*La Maternidad Subrogada y el Derecho de Procreación*” [en línea], Ed. Leyva, Montenegro, Trigueros Abogados, S.C., México, D. F., [citado 11 de marzo de 2013]. Disponible en Internet: http://www.lmt.mx/publicaciones_es/Maternidad_Pandecta.pdf

⁷⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, vigente.

se vuelve una garantía para el ser humano de poder tener su propia descendencia con responsabilidad, por lo cual los legisladores se deben de avocar a este tema para evitar abusos de este derecho.

No obstante, Carlos Lasarte afirma que: “[...] No debe enjuiciarse como algo diabólico y perverso, ni como la sistemática <<comercialización de embarazo>>, ya que también hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar o amical, resaltándose además que, en todo caso, la esterilidad es una situación que debe remediarse si resulta posible y así lo desean los interesados, libre y conscientemente. [...], aunque por supuesto deban excluirse los contratos relativos a la maternidad subrogada que tengan carácter oneroso.”⁷¹

Asimismo, es importante señalar que en algunos casos se ha realizado la gestación subrogada de manera gratuita, como es el caso entre familiares, amigos o personas cercanas a la pareja, que con el fin de ayudar lo hacen desinteresadamente. Otras situaciones es cuando se realiza con una mujer extraña, del cual ella presta su cuerpo durante varios meses, recibiendo los cuidados médicos, psicológicos y demás que se requieren antes, durante y después del embarazo, sin que se preste este proceso de gestación subrogada como comercialización; ya que al principio se realizan estudios médicos para la preparación de la mujer, para que se pueda dar la fertilización en su cuerpo, posteriormente su gestación y el desarrollo del embarazo, con todas sus complicaciones físicas, hormonales y psicológicas, después, la preparación del parto. Por consiguiente, es una acción altruista para ayudar a la pareja a gestar el embrión de ellos, por lo cual no hay una mercantilización de la vida humana. Y para las parejas que recurren a la gestación subrogada como alternativa para ser padres, es necesario tener una norma que resuelva los problemas que se llegarán a suscitar.

Por el contrario, hay argumentaciones que van en contra de la gestación subrogada, y ante esto hay quienes opinan que se debe

⁷¹ LASARTE, Carlos, *op. cit.*, p. 367 y 368.

impulsar y fortalecer la adopción, que es una forma de obtener un niño pero la situación es que no posee las características de la pareja, ya sea de uno o de ambos y es la principal causa por el cual eligen al proceso de subrogación.

No obstante, Antoinette Sedillo López argumenta en contra por cuanto: “*Degrada la paternidad por reducirla a una especie de cultivo*”⁷², puesto que considera que la paternidad viene siendo una semilla que se requiere para la obtención de un hijo, cuestión que al reflexionar ante esto, un padre por este medio no es la imagen que se tiene al concebir un hijo, pero cuando una pareja quiere tener un hijo y la esposa no puede gestar, recurren a una solución, la gestación subrogada, es cuando se pregunta uno ¿qué significa ser padre?, y sí él anhela tener un hijo de su sangre, quiere decir que ¿no sería padre sí recurre a estos medios de reproducción asistida?, esto acarrea todo un dilema, pero lo que la pareja quiere es una alternativa para ser padres, ya que por medios naturales no se logra y al ver que existen métodos de reproducción asistida que logran mediante la gestación subrogada, encuentran en este procedimiento una mejor opción.

No por tener un hijo adoptivo quiere decir que se degrada la paternidad porque no es el padre biológico, o que al tener un hijo por la adopción no será un buen padre, esto es totalmente ilógico, puesto que un padre o una madre, no es la persona que engendra sino que en el paso de la vida del niño va cuidando por su salud, su bienestar, se preocupa por darle alimentos, vestido, educación, hogar y una familia, del cual al recurrir a estos medios solo es el apoyo de la biotecnología no quiere decir que se va a crear mediante un invento a un niño, es solo utilizar los elementos que la ciencia y la tecnología han aportado a la humanidad para poder hacer posible lo que por medios naturales se imposibilitan, viendo que la vida humana aún se puede reproducir. Tal es el caso de las vacunas, salvan la vida y lo que la gestación subrogada hace es dar hijos a parejas que anteriormente no podían por

⁷² Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal [en línea], *op. cit.*

diversos problemas y que al existir ésta les dará un hijo con sus propios genes.

En segundo término que data el autor es que: *“Las mujeres son reducidas a ser simples reproductoras”*,⁷³ ya que expresa que las mujeres son utilizadas por su capacidad reproductiva; y varios son los que utilizan este argumento para ir contra la gestación subrogada, en realidad, no es que se explote a la mujer por ser la única quien puede dar vida en su vientre, puesto que al recurrir a este método es necesario que una mujer por propia voluntad pueda dar su consentimiento de llevar el embarazo y concepción de un niño, para darlo a otras personas y de esta manera no se puede manifestar que se explota a alguien, porque siempre se pide el consentimiento de la mujer quien presta su útero y ante esto lo manifiesta por escrito.

En otro término, se dice que: *“Se genera un lazo de unión entre la gestante y el feto, y obligar a entregarlo, apenas nace, podría traer consecuencias psicológicas negativas para el bebé”*⁷⁴; al realizarse un acuerdo entre ambas partes, se debe estipular la atención médica y psicológica, durante y después del embarazo para la mujer gestante, para que durante el proceso, la mujer pueda ir analizando la situación, tanto sentimental que se origina durante el embarazo, como la racional, que se da al estar consciente del acuerdo por el cual pactó con la pareja para gestar al niño que entregará al concebirlo, y teniendo conocimiento de antemano que lo hace con el fin de ayudar a la pareja, siendo de forma altruista y voluntaria.

En el mismo orden de ideas diversos autores manifiestan su negación hacia la gestación subrogada, citando el autor Carlos Lasarte de que *“[...] El niño nacido in vitro puede terminar convirtiéndose en algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio, [...] es absolutamente aleatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la*

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ *Ídem.*

*madre gestante.*⁷⁵ Esto no es contrario a derecho, en primer lugar, no hay legislación vigente que establezca lo contrario, además que la gestación subrogada es la intervención de la biotecnología para la realización de la fecundación, más no la creación de un niño y con los costos del proceso que son complicados, deben ser cubiertos por la pareja para la mujer gestante, quién asume la responsabilidad de llevar a cabo el proceso de embarazo hasta su culminación, de manera gratuita, sin lucrar de la situación de la pareja, haciéndolo con el fin de ayudar.

En cuanto al útero de una mujer, con el fin de que ésta ayude a que una pareja pueda tener un hijo con sus propios genes y en caso de haber alguna complicación con los genes de alguno de ellos, se recurrirá al banco de semen o de óvulos, siendo de manera gratuitos dichos gametos por ser una donación, de forma gratuita, para que se pueda realizar el proceso de gestación subrogada, sin que la mujer gestante tenga relación consanguínea con el hijo.⁷⁶

De igual modo, la madre portadora al otorgar el niño a la pareja junto con los derechos que sobrevienen al concebirlo, no quiere decir que se desprende de sus responsabilidades, puesto que como madre nunca las asume, ya que entrega al niño y con esto no toma responsabilidades de la crianza del niño.

En otra perspectiva, algunos ven que la tecnología va a terminar por ser instrumentos de la degradación y destrucción del mundo. Ante esto, refieren que *“se debe evitar la desnaturalización de la vida, ya que la ciencia ha permitido y que más adelante nos llevaría a hablar de maternidad a control remoto, niños sobre pedido y demás aberraciones morales y legales”*.⁷⁷ Dicho argumento no tiene sustento, es cierto que la gestación subrogada no es un proceso natural desde al principio, se

⁷⁵ LASARTE, Carlos, *op. cit.*, p. 367.

⁷⁶ VER esquema en “Anexos”.

⁷⁷ *Maternidad Subrogada y Racionalidad* [en línea], México, Filosóficas UNAM, 2004, Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Subrogacion.pdf>

tienen que utilizar técnicas de reproducción asistida para poder llevarla al cabo, pero no por recurrir ante esto quiera decir que va en contra de lo natural, de lo moral o legal, dado que lo antinatural es malo, acaso una cesárea es mala, sí el bebé viene en una posición de la cual se le complica su salida por la vagina, los médicos deben intervenir quirúrgicamente y eso es contrario a lo natural pero no por eso es considerado algo negativo, puesto que se trata de salvar una vida al igual que esto, los medicamentos son producto de los avances de la ciencia y tecnología, no son naturales y no por eso deben ser inaceptables. Además, lo moral y lo ético no se puede indagar, puesto que es subjetivo, lo que para uno es bueno, para otros no lo es, por lo que no se puede debatir ante esto.

La ciencia y la tecnología son un apoyo que tiene el hombre para resolver todos aquellos problemas con los cuales por medios naturales no le es posible, como las enfermedades, ante esto se realizaron investigaciones para combatirlas y surgieron los medicamentos, lo que se trata de hacer es dar una respuesta a estas prácticas realizadas en el pasado, para que con la ayuda de los avances de la ciencia, la tecnología, la biotecnología y la medicina se pueda tener licitud en la utilización del proceso de gestación subrogada con los fines por los cuales fue realizada. Y conforme al paso de nuestros días, los avances de las ciencias van dando pasos agigantados en donde el derecho debe legislar todas aquellas prácticas realizadas, ya que son ilegales, porque no están reguladas y se trata de tomar esto como un panorama hacia una nueva legislación en la vida mexicana.

2.4 CONCEPTO DE DERECHO.

La palabra *derecho* es definida por lo general como *“Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella”*,⁷⁸ sin embargo de una manera objetiva nos es más clara la definición del derecho que la

⁷⁸ Real Academia Española, *op. cit.*, disponible en: <http://lema.rae.es/> consultada el 03 de abril de 2013.

describen como: “*el orden coactivo de la conducta humana*”, puesto que es un conjunto de normas, que se imponen obligatoriamente por el estado y regulan la conducta o extroversión de la voluntad.

En base a lo anterior, se definen los Derechos Humanos como “*el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado*”⁷⁹.

Por consiguiente, nuestra Carta Magna establece lo siguiente:

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

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

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

⁷⁹ “¿Qué son los derechos humanos? [en línea], Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D. F., consultada el 6 de abril de 2013, Disponible en: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos

reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁸⁰

En consecuencia de lo anterior, los derechos de todo ser humano establecidos por nuestro ordenamiento jurídico se convierten en derechos públicos, mismos que pueden extenderse para el beneficio de los individuos, conforme a los fenómenos sociales actuales que se viven en nuestra sociedad.

Es por ello, que los derechos humanos que establece nuestra Constitución Federal clasifica a éstos en cuatro grandes rubros: legalidad, libertad, propiedad y seguridad jurídica por lo cual, abarcan derechos y obligaciones derivados del derecho para que lo hagan valer los individuos dentro del estado mexicano.

2.5 DERECHOS DE LA MUJER.

En la mujer por su condición reproductora, a diferencia del varón, se ven involucrados diversos dilemas sobre todo en la capacidad reproductora, puesto que quedan en desventaja todas aquellas mujeres que por alguna circunstancia no pueden desarrollarla. Es por eso que al surgir estos problemas por un lado y por el otro el avance de la biotecnología, se ven envueltas diversas técnicas de reproducción, dando respuesta al problema de la fertilidad para obtener un hijo de sus propios genes y el de su pareja.

Consecuentemente, se han ido desarrollando estas técnicas de reproducción asistida en la sociedad pero la que ha tenido más impacto es la gestación subrogada, por la problemática en el proceso de ésta, ya que al involucrar a otra mujer ajena a la pareja para que realice la gestación de un hijo ajeno se escucha algo complicado de comprender.

De ahí que el derecho al ver este tipo de fenómenos que ocurren en la sociedad actual, debe de regular para evitar conflictos, puesto que

⁸⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., art. 1°.*

sucede y es importante que el legislador se base en una norma para poder resolver los dilemas suscitados por contratos establecidos en materia de gestación subrogada.

Es por ello, que los derechos de la mujer en relación a la reproducción humana, tiene diversas acepciones:

En primer término es un derecho que puede hacerlo valer cualquier mujer de tener una descendencia con genes de ella misma y de su pareja.

En segundo lugar, cualquier mujer tiene la libertad de poder realizar un contrato de gestación subrogada, teniendo para esto el préstamo de su vientre para el desarrollo del embarazo, siempre y cuando éste ella de acuerdo en realizarlo desinteresadamente, con el fin de brindar apoyo a la pareja contratante.

Con base en lo antes expuesto, nuestra Constitución lo establece dentro del artículo 4° como derecho a una maternidad libre, responsable e informada, el cual como todo derecho, debe incluirse la forma en que la mujer puede hacer uso de su derecho, como son las técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogada.

2.6 DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Uno de los derechos fundamentales y universalmente reconocidos son los derechos reproductivos, de los cuales aún no se ha abundado en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, a pesar que han ido extendiéndose con el avance de la ciencia y tecnología; en cuanto a esto, el ser humano ha estado luchando por alcanzar el reconocimiento a nivel internacional.

Por otra parte, no existe una definición expresa del concepto *derechos reproductivos*, pero lo que sí se conoce es que este derecho está ligado

al ejercicio de la maternidad y paternidad de manera libre y voluntaria⁸¹; pero el término *derechos reproductivos* al parecer se conoce que fue acuñado por la feminista estadounidense Marge Berer a finales de la década de los setenta⁸².

En relación a la conceptualización de los *derechos reproductivos*, en el año de 1994, en El Cairo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, se desarrolló sobre: “*Derechos de las mujeres y los hombres a tener control respecto de su sexualidad, a decidir libre y responsablemente sin verse sujetos a la coerción, la discriminación y la violencia; el derecho de todas las parejas e individuos a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva*”.⁸³ Posteriormente, el movimiento feminista participó en la reelaboración de la definición por cuanto hace a las mujeres a controlar su cuerpo, regular su sexualidad y capacidad reproductiva, de manera libre y sin violencia por parte de los hombres.

La denominación derechos reproductivos se dio en 1984, en la *Reunión Internacional sobre Mujeres y Salud en Ámsterdam*, considerándolos como derechos humanos, los cuales tienen validez universal, son interdependientes e indivisibles, además pueden ser ejercidos en lo público como en lo privado.

En base a lo anterior, han sido los aportes significativos por cuanto hace al reconocimiento de los derechos reproductivos, se han tomado en cuenta en conferencias internacionales, realización de normatividades, creaciones de comisiones, entre otros; del cual, se han

⁸¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derechos Reproductivos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. D-H, p. 1272.

⁸² CRUZ GUZMÁN, Paulina, “*Salud Sexual y Reproductiva*” [en línea], Revista Digital, Blogger, México, 2010, consultado el 10 de abril de 2013, disponible en: <http://femumex.org/docs/revistaDigital/losDerechosSexualesYReproductivosDeLasMujeresEnMexicoEnElMarcoJuridicoInternacional.pdf>

⁸³ *Ídem*.

considerado aspectos importantes como es la libertad, igualdad y dignidad, principios estructurales que se derivan de los derechos humanos y de nuestra Constitución, con el fin de crear un derecho democrático en materia de reproducción.

2.6.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES.

En cuestiones sobre los derechos reproductivos, se ha abundado en diversos acuerdos, tratados y convenciones internacionales, del cual, nuestro país se enfrenta ante una situación que existe y que también debe de contemplar su protección como parte de un derecho esencial.

Por otra parte, en 1928, se crea la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), siendo éste el primer esfuerzo en América para proteger y reconocer los derechos civiles y políticos de la mujer, además se adoptaron en la década de los noventa diversas iniciativas dentro del Sistema Interamericano para garantizar los derechos de las mujeres. Siendo así que, en 1994 crecieron las diversas formas en que las leyes y prácticas del pleno ejercicio y libre de sus derechos hacia la mujer se fueron fortaleciendo.

Una de las primeras Conferencias Internacionales de Derechos Humanos en relación al derecho de reproducción, fue la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán en 1968, en la cual se planteó en el punto décimo sexto que: *“La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental para determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”*.⁸⁴ En otras palabras, el derecho a la reproducción era un derecho de los padres.

Otro acontecimiento importante, sucedió en 1993, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, donde cada uno de los

⁸⁴ Proclamación de Teherán, *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* [en línea], Teherán, Irán, 22 de abril al 13 de mayo de 1968, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr38.pdf> consultada el 8 de abril de 2013.

Estados aceptaron considerar que toda violación hecha a los derechos que se especificaban a la mujer, tendría una infracción, dando protección a los derechos propios de la mujer, dando como resultado que estos derechos sean respetados.

Por cuanto hace a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo (Egipto) en 1994, se estableció dentro del Capítulo IV. Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer, en su inciso C. *Responsabilidades y participación del hombre*, destaca que: “*Los gobiernos deberían promover la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en todas las esferas de la vida familiar y en las responsabilidades domésticas, incluidas la paternidad responsable, el comportamiento sexual y reproductivo, la prevención de enfermedades de transmisión sexual, y la participación y la contribución al ingreso familiar y al bienestar de los niños*”.⁸⁵ De manera que, se trataba de un derecho de las parejas y de las personas, por lo cual se establecía la igualdad tanto para los hombres como para las mujeres, incluyendo el derecho reproductivo de manera implícita, considerándose una base para el reconocimiento de este derecho.

Otro aspecto importante es la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing, la cual se reconocen a los derechos de la mujer como parte de los derechos humanos, también incluye los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones, por ende, de disfrutar su capacidad de procreación y de la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, define la salud reproductiva como “*el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual,*

⁸⁵ Resumen del programa de acción, *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* [en línea], El Cairo, Egipto, 5 al 13 de septiembre de 1994, disponible en: http://www.sma.df.gob.mx/sma/links/download/biblioteca/leyes_equidad/internacional/08_conferencia_mundial_cairo.pdf consultada el 8 de abril de 2013.

cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual".⁸⁶ Con esto se toma en cuenta que los problemas reproductivos de las personas en relación al querer su propia descendencia, recurren a la utilización de métodos de reproducción asistida.

De tal manera, que se amplía el derecho reproductivo, reconociendo que éstos abarcan ciertos derechos humanos que son reconocidos por las legislaciones nacionales, en los diversos documentos internacionales y en los propios documentos concretados por las Naciones Unidas. Dando un paso importante en materia de reproducción, al reconocerlo como parte de un derecho básico de los individuos y de las propias parejas a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Al respecto, se menciona que "*También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos*",⁸⁷ y por ende, se debe tener en cuenta que al gozar de este derecho de reproducción, se tienen que establecer las necesidades a futuro de los hijos nacidos y de las obligaciones que surjan.

Además, se toma en consideración que en los derechos de la mujer se debe incluir su derecho a tener control sobre las cuestiones que sean relevantes a su sexualidad, incluyendo tanto su salud sexual y reproductiva como las decisiones que tome de manera libre al respecto de su derecho reproductivo, sin tener coerción, discriminación o violencia.

⁸⁶ Plataforma de Acción, "*Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*" [en línea], Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> consultada el 9 de abril de 2013.

⁸⁷ *Ídem.*

Como puede observarse, no solamente reconoce y amplía el derecho reproductivo, sino que además, en su “*Objetivo estratégico C.4. Promover la Investigación y difundir Información sobre la salud de la mujer*”, menciona las medidas que han de adoptar los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas, los profesionales de salud, las instituciones de investigación, las organizaciones no gubernamentales, los donantes, las industrias farmacéuticas y los medios de comunicación, estipulado en el inciso h) “*Prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos [...]*”.⁸⁸ Es decir, que ambos sexos puedan gozar de su derecho reproductivo y que para esto, el Estado debe de apoyar con la investigación de los métodos y tecnologías apropiadas para la realización de la salud reproductiva.

Consecuentemente en 1975, se celebró la Primera Conferencia sobre la Mujer en México con motivo del Año Internacional de la Mujer; del cual, uno de los objetivos fue “*La integración y plena participación de la mujer en el desarrollo*”,⁸⁹ siendo este tema abordado desde la perspectiva del derecho a la integridad corporal y al control que tienen las mujeres por cuanto hace a su capacidad reproductiva.

A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como Protocolo de San Salvador del cual reconoce en su artículo décimo que toda persona tiene el derecho de gozar el nivel más alto posible de su salud física y mental, mediante la obligación de cubrir las necesidades de salud de los grupos de personas en vulnerabilidad.

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para examinar la Plataforma de Acción de Beijing, “*LAS CUATRO CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER, 1975 A 1995*” [en línea], Nueva York, 5 a 9 de junio de 2000, consultada el 8 de abril de 2013, disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/Mujer2011.htm>

Por otra parte, el 26 de agosto de 1999 fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Sexuales, en Hong Kong, por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, en el décimo cuarto Congreso Mundial de Sexología. Al respecto, señala que la sexualidad forma parte integral del ser humano, y para desarrollarse como persona es necesaria la satisfacción de sus necesidades básicas, enfocadas a su sexualidad. En este orden de ideas, contempla once derechos, los cuales son:⁹⁰

1. El derecho a la libertad sexual.
2. El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo.
3. El derecho a la privacidad sexual.
4. El derecho a la equidad sexual.
5. El derecho al placer sexual.
6. El derecho a la expresión sexual emocional.
7. El derecho a la libre asociación sexual.
8. El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables.
9. El derecho a información basada en el conocimiento científico.
10. El derecho a la educación sexual integral.
11. El derecho a la atención de la salud sexual.

De ahí que diversos reconocimientos que se han dado en Conferencias Internacionales de Naciones Unidas, como lo son las Conferencias de Viena, el Cairo y Beijing, en las cuales plantearon un dilema sobre cuestiones en las relaciones entre las personas, desarrollo y derechos. Considerando al respecto, que se involucra el derecho de igualdad y libertad, así como los avances en la biotecnología, con el fin de ejercer su derecho de reproducción. Y durante este desarrollo del derecho reproductivo, ha ido creciendo el concepto de derechos humanos, por lo cual los Estados, a través de sus gobiernos, puedan ejercer

⁹⁰ *Declaración Universal de los Derechos Sexuales* [en línea], Hong Kong, China, 26 de agosto de 1999, disponible en: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/18-A-1.pdf> consultada el 9 de abril de 2013.

jurídicamente y responsablemente de la protección ante las violaciones ejercidas contra los derechos reproductivos, puesto que también forman parte de la esfera de los derechos humanos como tal.

Con esto, vemos que los acuerdos en los cuales se ha llegado en las distintas conferencias internacionales, se ha tenido en cuenta que los derechos humanos pueden extenderse con el fin de brindar mayor beneficio a las personas en cuanto al ejercicio de su derecho. Por ende, al existir las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, se puede afirmar que es protegido y velado a nivel internacional, siendo un derecho humano y que la reproducción de la persona, puede ejercerlo de la forma en que más le convenga a sus intereses, puesto que forma parte de su persona para realizarlo.

2.7 INTERVENCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CUANTO A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Los derechos reproductivos son importantes como los demás derechos que tiene la persona, es así que en lo largo del desarrollo histórico se han planteado diversos aspectos relevantes para el reconocimiento de estos derechos, del cual intervienen el derecho a la vida, la salud, la igualdad, la integración personal y la libertad, siendo una base para la protección de los derechos reproductivos.

Por cuanto hace a la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, se establece que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”⁹¹; por lo tanto, brinda protección a tres derechos fundamentales, de los cuales tienen relación a los derechos reproductivos. En primer lugar, el derecho a la vida, es uno de los derechos de los cuales no se le puede coartar a ninguna persona, como lo es a un ser que nace mediante alguna técnica de reproducción asistida o por medio de gestación subrogada. Puesto que, este ser humano que se está formando, tiene el derecho de poder vivir, sea el medio que se haya utilizado para su desarrollo.

⁹¹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos, op. cit.*

En segundo término, el derecho a la libertad, un derecho que por ser parte de la esencia del ser humano por cuanto hace a realizar y gozar de su derecho, sin que para esto se le impida ejecutar sus deseos que tiene como persona, puesto que la única libertad es la libertad jurídica ya que cuando el ser humano externa su voluntad, ésta se convierte en conducta y la conducta regula al derecho, por eso afirmamos que no hay más libertad que la libertad jurídica y consiste en acatar o no acatar la norma.

Esto es, cualquier persona que deseará tener descendencia junto con su pareja pero que se le imposibilita hacerlo de manera natural, podría realizarlo sí existiera la manera de hacerlo y al haber los diversos avances científicos y tecnológicos, cualquiera puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, así como de la gestación subrogada. Es decir, que cualquier mujer tiene la libertad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida o de la gestación subrogada, con el fin de lograr tener descendencia junto con su pareja, en el caso de la gestación subrogada, la mujer quien lleve el proceso de embarazo, tiene la libertad de elegir sí desea hacerlo o no. Puesto que la libertad te da la opción a poder elegir lo que más le convenga a la persona, realizándolo por su propia voluntad, sin que interfieran en su decisión otros medios que obstruyan su decisión.

Y en cuanto al tercer derecho básico, es la seguridad de la persona, en que cualquier persona puede gozar de su derecho, como lo es de tener la certeza en sí mismo de realizar o llevar al cabo alguna acción que desea.

Por el contrario, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, se les exige a los gobiernos que “*protejan el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad de la persona y el derecho a la intimidad*”.⁹² Y para dar cumplimiento a lo establecido, menciona que un comité será el que vigile que se acate lo pactado por los

⁹² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, op. cit.*

Estados, puesto que las leyes que tiene algunos de los países, restringen el aborto, por lo que viola el derecho a la vida de las mujeres.

Además, integran otro derecho más de los que se contemplaron en la Declaración de 1948, como es el derecho a la intimidad, siendo parte de un derecho de las personas, por lo que además cuentan con la protección del gobierno para dar cumplimiento y que pueden gozar de la manera más placentera a sus necesidades como personas.

Otro documento esencial es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrada en 1976. Es considerado el primer tratado en materia de Derechos Humanos, del cual los Estados reconocen y además garantizan el derecho a la salud. Siendo este derecho amplio, puesto que cubre lo relacionado con un adecuado modo de vida, la salud física y mental, la protección social, educación, el disfrute de los beneficios de libertad cultural y el progreso científico y el derecho a poder trabajar bajo condiciones favorables a la persona. También, añade el Comité que se incluya la educación en materia de salud sexual y reproductiva.

En la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1981, se establece como parte de una obligación para todos los Estados Parte que tomen las medidas necesarias para su cumplimiento de los derechos, siendo equitativos en cuestiones de género sobretodo. Algunos de estos es que se le asegure a ambos sexos el acceso al material informativo específico que aporte al aseguramiento de la salud y el bienestar familiar, incluyendo la información y el asesoramiento sobre cuestiones de planificación familiar.

Igualmente, brinda la protección a las mujeres embarazadas, puesto que son razones en las que muchas pierden su trabajo, son discriminadas u otros aspectos, del cual deben ser equitativos los derechos tanto para el hombre como para la mujer.

Otro punto fundamental que se resalta es el aseguramiento de las condiciones a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo que elijan entre ellos, así como también tener el acceso a la información, educación y los medios en que se les permita gozar y disfrutar de estos derechos, puesto que para ello tengan que recurrir a métodos de reproducción para ejercer su derecho. Ampliando más el derecho al acceso a la información en cuestiones de salud reproductiva.

La Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, establece en su artículo 24 inciso f) “*Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia*”. Por lo que, plantea una forma de protección a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos, tanto de niños, niñas y jóvenes, siendo una labor por parte del Estado y los gobierno en realizar estos servicios de planificación familiar y de educación.

De igual modo, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, en Viena 1993, estableciendo que todos los derechos propios de las mujeres forman parte de los derechos humanos.

Por cuanto hace al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, en El Cairo, en 1994; del cual, contemplan en su capítulo VII sobre los *Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva*, en su base de acción 7.2 que “[...] *lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud [...]*”⁹³; siendo que los derechos reproductivos sean considerados como parte esencial del ser humano, el cual se pueda gozar y tener acceso a

⁹³ Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, El Cairo, Egipto, 5 a 13 de septiembre de 1994.

métodos en materia de fecundidad, los cuales se deben regular sobre este aspecto.

Además contemplan que los derechos reproductivos abarcan diversos derechos humanos de los cuales ya son reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales en materia de derechos humanos y en otros documentos de las Naciones Unidas.

Por ende, incluye el derecho a tomar decisiones en relación a la reproducción, sin que emerjan la discriminación y la violencia, entre otros; puesto que en el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben de tomar en cuenta que el ejercicio responsable de su derecho de reproducción los llevará a incluir la planificación familiar, por lo que el Estado debe de prestar atención en la promoción de las relaciones y necesidades de los adolescentes, para que así puedan asumir su sexualidad de manera positiva y responsable.

En este contexto, una de las medidas primordiales que se consideró en la Conferencia, es la atención de la salud reproductiva y sexual, abarcando el acceso a la información y los servicios pertinentes, para que tanto los hombres como las mujeres que tienen problemas en materia de salud reproductiva, acudan para que se les brinde la atención y protección de su derecho. Y que además, se les apoye a los adolescentes el asesoramiento y servicios de salud reproductiva, en los cuales dichos programas deben de educar y enseñarles sobre la responsabilidad de la planificación familiar, las labores domésticas, la crianza de los hijos, la responsabilidad de prevenir enfermedad de transmisión sexual, tanto a mujeres como a los hombres; siendo esto, impartido por los programas de los países en desarrollo, solicitando a la comunidad internacional la intervención de asistencia en materia de salud reproductiva.

Por otra parte, la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, llevada a cabo en Beijing, en 1995, contemplando en su declaración 94 que “*La salud reproductiva es un estado general de*

*bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos*⁹⁴, mencionando más adelante que para gozar de su derecho pueden acudir a métodos para la regulación de la fecundidad, siempre que no estén prohibidos.

Los derechos reproductivos abarcan derechos humanos que incluyen a adoptar decisiones relativas a su reproducción, para alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, siendo de manera responsable, puesto que, también forma parte de este compromiso de ejercicio de su derecho, la planificación familiar, explicado en el numeral 95 de la declaración, respecto a hombres y mujeres por igual, en relación a su vida sexual y reproductiva.

Asimismo, en su declaración 96 contemplan que “*Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva [...]*”⁹⁵, añadiendo que, protege y vela por la integridad de la persona, el respeto y la voluntad de asumir sus responsabilidades como consecuencias de su comportamiento sexual.

De igual manera, dentro de su plataforma número 97, abarca sobre los riesgos que se ocasionan cuando no se cuentan con los servicios adecuados para atender las necesidades relativas a la salud sexual y reproductiva, trayendo como consecuencias las principales causas de mortalidad y morbilidad de las mujeres en edad reproductiva.

En consecuencia, cada una de las referencias internacionales, por cuanto hace a la intervención de los Derechos Humanos en materia de derechos reproductivos, México forma parte, por ende, se obliga a dar cumplimiento a que las personas ejerzan y gocen de los derechos reproductivos, sexuales y al acceso de servicios de salud reproductiva

⁹⁴ *La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, China, 4 al 15 de septiembre de 1995.

⁹⁵ *Idem.*

de alta calidad, mismos que nuestras leyes deben ampliar sobre aspectos reproductivos y sobre todo en las técnicas de reproducción asistida y gestación subrogada, siendo un dilema de salud en materia de reproducción.

Por esta razón, debe considerarse un compromiso para nuestro país en regular y ampliar en cuestiones de reproducción, para que permita a nuestros jueces tener una base legal nacional en que pueda emitir su sentencia, en caso de surgir alguna *litis* en materia de reproducción asistida o gestación subrogada, que además de contar con instrumentos jurídicos internacionales, es necesario plantear ajustes en los códigos civiles, penales y primordialmente, ampliar nuestra garantía constitucional, enfocándose al derecho reproductivo y su relación con los medios reproductivos asistidos.

2.8 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

2.8.1 PRINCIPIO DE LIBERTAD.

La libertad forma parte esencial del ser humano y considerado como uno de los tres derechos fundamentales de los derechos humanos. Se define como “[...] el derecho de los individuos de elegir los medios para alcanzar los fines que se propongan”.⁹⁶ En el que las personas tienen el derecho de elegir de manera voluntaria de realizar lo que más les convengan, con el fin de sentirse plenos en la actividad que ejerzan.

Uno de los ejemplos claros que otorga nuestra Constitución es el artículo 4º, en el que contiene la garantía de libertad, consistente en que toda persona tiene el derecho de decidir el número y espaciamiento de sus hijos.

Ahora bien, sobre los derechos reproductivos, la libertad juega un papel importante, puesto que se abre un panorama amplio, cuestión que aún

⁹⁶ IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, *op. cit.*, p. 208.

no se ha enfocado al estudio de este principio. En primer lugar, se encuentra el derecho que tiene toda persona de tener su propia descendencia, mismo que puede desarrollar mediante cualquier método de reproducción asistida o de la gestación subrogada, a través de otra mujer que le ayude a concretar su deseo de tener un hijo con sus propios genes.⁹⁷

Por tanto, en principio cualquier persona tiene el derecho de elegir el medio de reproducción asistida que más le convenga para alcanzar su fin (el cual es tener un hijo propio); pero una situación que complica en el enfoque del derecho de libertad es la gestación subrogada, porque entran dilemas en relación al hijo que se gesta en un vientre ajeno, que diversos autores lo ven como una forma de compra-venta, en fin; haciendo que este derecho que tienen las personas se obstaculice en su realización.

Al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, y en especial en el caso de la gestación subrogada, es parte del uso de los avances científicos y tecnológicos, que en materia de reproducción se pueden hacer uso de estos medios, con el fin que distintas parejas logren tener un hijo, que forme parte de su descendencia, logrando formar un núcleo familiar.

Además, es un derecho protegido a nivel internacional, en diversos documentos jurídicos, en los cuales se establece que cualquier individuo o pareja tiene el derecho de poder elegir el método de reproducción que más le convenga a sus intereses para tener un hijo.

En segundo lugar, se relaciona este derecho en la mujer gestante, quién llevará al cabo el proceso de embarazo de la pareja contratante, en decidir de manera voluntaria y por su propia voluntad de realizar el proceso de gestación subrogada sin ninguna remuneración económica, sólo con el propósito de apoyar a la pareja, la cual tiene complicaciones que le impiden tener hijos de manera natural.

⁹⁷ VER fig. 3 y 4 en “Anexos”.

En relación a lo anterior, la mujer que acepta llevar la gestación del embrión de una pareja con fines altruistas es por su propia decisión, puesto que tiene todo el derecho de negarse y al aceptar que ella desea realizar la gestación es libre de elegir, entendiéndose que otorga su voluntad para el proceso de gestación subrogada.

2.8.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Desde el punto de vista jurídico, Burgoa define a la igualdad como “*la posibilidad y capacidad de que varias personas, numeralmente, indeterminadas, adquieran los mismos derechos y contraigan las mismas obligaciones, derivados de una condición determinada*”.⁹⁸ Es decir, que toda persona tendrá los mismos derechos y obligaciones que por la ley nos otorgue, siendo para esto que tanto a hombres como a mujeres se nos debe de dar el mismo trato y las mismas condiciones sin hacer distinción alguna.

En relación a lo anterior, la gestación subrogada en especial, hace uso también del derecho de igualdad, sin distinción a alguna o preferencia a personas en específico, puesto que la igualdad es equitativo para ambos géneros (masculino y femenino), por lo cual, sí una pareja decide recurrir a la gestación subrogada para tener un hijo que forme parte de su propia descendencia, para formar una familia, tiene todo el derecho de poderlo realizar. Además que es un derecho fundamental y relacionado con el derecho de reproducción, sea cual sea el método de reproducción asistida por el cual realice para lograr la obtención de un hijo, y dentro de éste puede entrar la gestación subrogada, como forma de lograr la formación del embrión de una pareja que tiene problemas de gestación.

Un punto importante dentro de este principio, que además de formar parte de un derecho universalmente reconocido, es un principio básico y fundamental de los derechos reproductivos, los cuales a su vez, pueden basarse en este derecho como protección y garantía que a nivel

⁹⁸ *Ibidem*, p. 34.

internacional está reconocido. Por lo que toda persona tiene la posibilidad de que pueda recurrir a formar su propia descendencia, sin importar el método de reproducción que utilice y que además, cualquier persona, sin distinción alguna, puede gozar de su derecho de procreación e igualdad.

2.8.3 DERECHO AL CONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

Uno de los derechos que consagra nuestra legislación civil es el conocimiento de la paternidad, a poder saber quién es nuestro padre, del cual tiene distinción en cuanto a un hijo nacido mediante gestación subrogada.

Cuando una pareja decide tener su propia descendencia pero que a pesar de varios intentos no se logra que uno de ellos pueda proporcionar su material genético, se puede recurrir a un donante, quien de forma anónima se lo da a la pareja para que se pueda proseguir con el proceso de gestación subrogada o cualquier técnica de reproducción asistida.⁹⁹ Y una vez que se realice el procedimiento, dicho donador no tendrá ninguna obligación ni derechos que sobrevengan con el menor, puesto que fue de manera anónima y mediante donación, otorgado por un banco de esperma para lograr la concepción. En este caso, no se puede dar el conocimiento de la persona quien otorgó el material genético.

Uno de los candados que se impone como medida de seguridad a los donantes de material genético es precisamente *la protección* de éste, puesto que da como garantía que lo hace de forma altruista, desinteresadamente, gratuita y sin tener alguna relación con las consecuencias que se generen al nacer un niño con el material genético donado.

⁹⁹ VER *esquema en "Anexos"*.

Como su nombre lo indica, es por medio de la donación, el cual se regala, por decir así, para que sea utilizado en parejas que tienen alguna dificultad con la reproducción de gametos, acudiendo las parejas a los bancos de espermias u óvulos, para poderlo fecundar con el gameto de su pareja.

A pesar que nuestra legislación civil menciona sobre el conocimiento de la paternidad y además es un derecho que tiene el hijo de saber su procedencia, en cuestiones de reproducción asistida, se insiste mucho en el anonimato del donante de semen, puesto que es anónimo y por medio de la acción de donación. Pero pueden haber casos en que se establezcan razones para dejar la posibilidad de conocerse en un momento dado la procedencia biológica del hijo, cuando el interés superior del hijo lo demande, con autorización de un Juez, esa posibilidad pueda hacerse efectiva.

2.8.4 DERECHO A LA PRIVACIDAD Y AUTONOMÍA PERSONAL Y FAMILIAR.

Cuando una pareja tiene problemas de gestación, ya sea que uno o ambos no puedan desarrollar su reproducción de manera natural, es derecho de ellos en mantenerlo a discreción, del cual al realizar algún procedimiento de reproducción asistida o gestación subrogada, se debe de hacer de manera personal y privada, siempre y cuando la pareja lo disponga así; es por ello que, debe de dársele a la pareja la confianza y que al tener un problema de fertilidad no quiere decir que nunca tendrán hijos, haciéndoles saber que pueden optar por otros medios, en los cuales elijan el que más les convenga y que en dado caso recurrir a una donación de material genético de forma anónima.

Este derecho es parte de las personas, siendo el Estado quien debe de proteger y garantizar la aplicación de éste mediante normas que regulen la forma de reproducción mediante técnicas asistidas y de gestación subrogada, para tener una base legal que resuelva conflictos en esta materia.

**CAPÍTULO III.
NATURALEZA JURÍDICA EN RELACIÓN AL CONTRATO
DE GESTACIÓN SUBROGADA.**

CAPÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA EN RELACIÓN AL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

3.1 CONCEPTO DE CONTRATO.

Para tener una idea de lo que significa tener al contrato como forma de manifestación de la voluntad y la obligatoriedad entre las partes que integran la relación en la gestación subrogada, es necesario hacer énfasis desde el comienzo.

Como bien se sabe, la norma jurídica es un ordenamiento legal que regula la conducta de los individuos que integran una sociedad, por ende la norma jurídica se conforma del supuesto jurídico y de las consecuencias de derecho, dado que el primero, se considera que es la hipótesis contenida en la norma y cuya realización depende que den origen a las consecuencias de derecho; y el segundo, viene siendo la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos y las obligaciones.

Por lo tanto, al realizarse el supuesto jurídico, se genera el hecho jurídico, del cual es estudiado por dos teorías (la francesa y la alemana), a su vez, Rojina Villegas opina que *“nuestras leyes en este sentido han seguido a la terminología francesa que distingue con claridad los hechos voluntarios de los actos jurídicos.”*¹⁰⁰

De igual modo, De Pina comenta que *“el negocio jurídico es un acto jurídico”*¹⁰¹, expresando que *“los actos jurídicos es más amplia que la de negocios jurídicos, porque comprende todos los actos humanos idóneos para producir efectos jurídicos, mientras que la de negocios jurídicos comprende algunos de esos actos, no a todos. Por lo tanto, [...] el*

¹⁰⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez”, 11ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2008, p. 510.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 511.

*negocio jurídico es una especie del género acto jurídico, no fácilmente determinable siempre.*¹⁰²

En este orden de ideas, el negocio jurídico forma parte de la concepción del acto jurídico, al tener que es un acto humano específicamente lícito que persigue consecuencias de derecho. Por otra parte, la influencia directa del Código de Napoleón y la doctrina francesa, se ha visto expresado en diversos ordenamientos civiles, unos hacen referencia al acto jurídico (como lo expresa la legislación civil federal), en cambio el negocio jurídico es referido por el Código Civil del Estado de Guerrero.

Por consiguiente, el acto jurídico “*es la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico*”¹⁰³, es decir, es aquella actividad humana voluntaria que producen modificaciones en las situaciones jurídicas que no dependen de la voluntad del sujeto sino de la norma jurídica.

A su vez, el contrato es definido por el Diccionario Jurídico Mexicano, como “*el acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho*”.¹⁰⁴

Conforme a esto, para nuestro sistema jurídico el contrato es una de las fuentes de las obligaciones; para algunos tratadistas lo consideran como el más importante de todos los que la ley reconoce, debido a que la mayoría de las obligaciones se originan en él.

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Acto Jurídico”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, t. A-C, p. 99.

¹⁰⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Acto Jurídico”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, t. A-C, p. 831.

Por consiguiente, Rafael De Pina da una idea de lo que significa “*la idea de contrato*”, refiriendo que es “*un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.*”¹⁰⁵ De esta manera, se habla de un contrato de manera general, por el cual, según la materia será determinada por la norma aplicada.

Lo cual nos permite definir que el contrato civil es “*un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios.*”¹⁰⁶ Con respecto a esta definición que realiza Rojina Villegas, se establece en primer lugar la voluntad, puesto que es un elemento esencial, por el cual las partes manifiestan que están de acuerdo para dar origen o transferir derechos y obligaciones, en las cuales se comprometen a dar cumplimiento con lo estipulado.

Más adelante afirma el Maestro Rafael Rojina Villegas que “*el contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite*”¹⁰⁷, por lo cual no siempre que se crea un contrato se trata de alguna cosa o bien. “*Hay derechos patrimoniales, como son los políticos, los públicos, subjetivos, los de potestad y los del estado civil. El contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos no patrimoniales*”¹⁰⁸, siendo un ejemplo claro de contrato como es el matrimonio, que es un acto del estado civil en su aspecto fundamental y es considerado como contrato, puesto que son derechos y obligaciones patrimoniales que se generan en el matrimonio.

Cabe recordar que, conforme a nuestra legislación civil federal, en su artículo 1793 estipula que “*los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.*” Y de igual manera, en el artículo 1661 del Código Civil Guerrerense lo establece.

¹⁰⁵ DE PINA VARA, Rafael, “*Elementos de Derecho Civil Mexicano. Obligaciones Civiles-Contratos en General*”, vol. III, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 265.

¹⁰⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “*Compendio de Derecho Civil. IV Contratos*”, 32° ed, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 7.

¹⁰⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁸ *Ídem.*

Por lo tanto, el contrato es un acto jurídico en que se manifiesta la voluntad de dar origen o transferir derechos y obligaciones de acuerdo con lo expuesto en la norma jurídica.

3.2 CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

¿Se puede contratar sobre la gestación o la entrega del nacido? ya que no se trata de cosas o de objetos de comercio o transacción, pues atenta contra la dignidad humana de la mujer gestante y del nacido, quien ya es sujeto de protección por el derecho. Ninguna persona es objeto de comercio, además que legalmente se prohíbe, puesto que el ser humano no es comercializado como las cosas, por lo cual no se realiza un contrato por cuanto al ser concebido, sino al derecho patrimonial que se da y esto no es ilegal, ya que por ejemplo, el matrimonio es un contrato por el cual se adquieren derechos y obligaciones por ambas partes; al igual en este caso puesto que se realiza en este instrumento de obligación jurídica, para que las partes al expresar su consentimiento de realizar el proceso de gestación subrogada, se comprometen expresamente de cumplirlo obligatoriamente; por lo cual, es necesario contar con una norma que sustente dicho acto jurídico.

Con base en lo antes expresado, aún no se tiene contemplado en la legislación mexicana acerca del contrato de gestación subrogada, por lo cual, existen diversas maneras de conceptualizarla, por ejemplo, en la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, señala en su artículo 24 que *“el Instrumento de Maternidad Subrogada formaliza el acuerdo de voluntades y constituye una parte indispensable para que exista, es decir, este artículo establece el eje del acuerdo de voluntades y la protección jurídica que trae consigo.”*¹⁰⁹

¹⁰⁹ *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, op. cit.*

Al respecto, no se tiene contemplado expresamente que el instrumento jurídico tenga que ser un contrato, puesto que más adelante expresa que debe ser notificado a la Secretaría de Salud y al Registro Civil, para contemplar la filiación como hijo o hija desde el momento en que se dé la fecundación de sus progenitores biológico, también toman en consideración que las partes que participan, al dar su voluntad debe ser indubitable y expresa, estableciendo que será nulo sí manifiestan que el instrumento contiene algún vicio de la voluntad, por lo tanto no exime de las responsabilidades adquiridas, aunque sí se comprueba que existe error o dolo sobre la identidad de los padres, no tendrá validez, quedando a salvo los derechos para poder demandar civilmente los daños y perjuicios y denuncias penales que se realice en contra de la(as) persona(s) que lleven al cabo este contrato a sabiendas de que existe algún vicio o es nulo dicho acto.

Por consiguiente, es importante señalar que ante esta tesitura, se debe establecer qué tipo de instrumento jurídico será aplicable para la expresión de la voluntad de las partes para poder obligarse mediante una norma que ampare dicho documento, siendo el más idóneo el contrato, puesto que es una fuente de obligación, del cual se tendrá valor jurídico al realizarlo mediante Notario Público, notificarlo a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el Estado tenga conocimiento que se realiza este acto conforme a derecho y que cualquier anomalía no tendrá sustento legal.

En términos generales, el Lic. Carlos Rodríguez, en Conferencia Magistral en el Estado de Colima, analiza esta cuestión, definiendo que el *“contrato de arrendamiento de útero a aquél acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada arrendadora, que es quién prestará el servicio y otra parte llamada arrendataria, que es quien encarga el servicio de gestación, obligándose ésta a pagar una determinada*

cantidad de dinero que ha sido pactada, a la parten arrendadora quien a su vez contrae la obligación de entregar al niño una vez que nazca.”¹¹⁰

Por esta razón, el contrato de gestación subrogada es el acuerdo de voluntades realizado por una mujer llamada mujer subrogante o gestante y una pareja unida por matrimonio o concubinato llamados contratantes, proporcionando este último el componente genético, para la gestación y concepción del ser; otorgándose los a la pareja contratante de manera gratuita, por actuar de forma altruista con la pareja tras la ineficacia de realizarlo de manera natural, del cual expresan su voluntad mediante un documento jurídico ante Notario Público y registrarlo conforme a Derecho, con el fin de obligarse a cumplir con lo establecido en el acuerdo, mediante el cual crean derechos y obligaciones para ambas partes.

En este orden de ideas, se menciona que el contrato será denominado como *gestación subrogada*, puesto que el término *maternidad subrogada* no es un concepto apropiado, ya que la maternidad no es el objeto del contrato sino el derecho por parte de la mujer para llevar en su útero la gestación de un embrión implantado en su vientre, del cual es de una pareja cercana a ella, ya sea algún familiar, parientes o amigos, que de manera gratuita realizará, con el fin de apoyar a la pareja a alcanzar el sueño de ser padres.

3.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Los elementos importantes para que pueda dar origen y ser considerado como contrato son: los elementos esenciales o de existencia y de validez, para que el contrato sea obligatorio. Esta idea se ha expresado en el principio conocido como *pacta sunt servanda*, es

¹¹⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Arrendamiento de Úteros” [en línea], Conferencia Magistrada, Colima, Colima, México, 30 de Enero de 2009 [citado el 14 de marzo de 2013], Disponible en: <http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20uter o%20%2830enero2009%29.pdf>

decir que los pactos deben ser cumplidos, como lo señalan los artículos 1796 y 1797 de la legislación civil federal.

3.3.1 ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA.

Para que se pueda considerar que un contrato existe, se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.¹¹¹

3.3.1.1 CONSENTIMIENTO.

Es el acuerdo de voluntades, en la que implica la existencia de un interés jurídico y consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales. De ahí que, el consentimiento puede ser de manera: *expresa* cuando se manifiesta por cualquiera de los medios en que se comunica el ser humano y *tácita* cuando se deriva de hechos y actos que permiten presumirlo.

En el contrato de gestación subrogada pueden intervenir tres o más personas, dependiendo el caso. En primer lugar, se encuentra la voluntad de la pareja contratante y la mujer que va a disponer de su útero para llevar al cabo la gestación y por último, el donante o donadores de gametos.

En efecto, la mujer subrogada o sustituta, es aquella mujer fértil quien acepta llevar al cabo la gestación del embrión en su vientre, resultado de los gametos de los contratantes o de un donante, siendo implantados en su útero a través de las técnicas de reproducción asistida, y en cuando el bebé nazca será entregado a la pareja, además estos últimos cubrirán todos los gastos que se originen por el embarazo y parto. Finalmente, el donante es la persona quien ofrece los medios

¹¹¹ *Código Civil Federal*, artículo 1794, México, D. F., vigente.

necesarios para la procreación de un hijo, sin ser él quien lleve al cabo la fecundación directamente para el nacimiento del niño.

Lo cual muestra que se requiere tanto del consentimiento de las partes como del médico y la Institución quienes realicen la práctica.

De acuerdo con lo anterior, se debe hacer constar ante escritura pública que está exenta de vicios del consentimiento, ya que se trata de un instrumento que servirá de comprobante legal de la filiación y tendrá el carácter de prueba plena al señalar el reconocimiento del hijo.

Ahora bien, en cuanto a la temporalidad de validez del instrumento jurídico debe ser otorgado de manera indefinida, hasta que la mujer concluya con el embarazo y sólo podrá revocarse antes de que se realice la fecundación artificial o cualquier técnica de reproducción asistida para el proceso del embarazo, ya que una vez realizado no se puede revocar. Por el contrario, si el marido falleciera antes de realizar el procedimiento y éste hubiera dado su consentimiento, se tendrá por no realizado, al menos que lo haya establecido en documento público para proceder mediante la fecundación post mortem. Y en caso de separación de la pareja contratante, el consentimiento habrá expirado tácitamente siempre y cuando no se haya logrado la fecundación.

Después de todo, el consentimiento es asumir la responsabilidad del niño en relación a su desarrollo y educación, independientemente de la forma en que se conciba a este nuevo ser.

3.3.1.2 OBJETO.

En relación al objeto, debe ser física y jurídicamente posible. En otros términos, son objeto del contrato:

1. La cosa que el obligado debe dar;

*II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.*¹¹²

Además, los requisitos de la cosa objeto dentro del contrato debe:

I. Existir en la naturaleza;

II. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y

III. Estar en el comercio.

En relación a lo anterior, el objeto de ser físico y jurídicamente posible, por lo tanto el objeto de éste sería la gestación subrogada, el cual consiste en que una pareja aporta sus gametos para que al juntarse se logre la formación de un embrión y éste será implantado en el útero de una mujer quien será la gestante y llevará en su vientre la gestación de un niño durante el proceso del embarazo, por lo tanto la pareja le dará a ésta todas las atenciones psicológicas, médicas y demás necesarias antes, durante y después del proceso, y una vez que nazca el niño lo entregará a la pareja contratante.

Por cuanto hace a la solemnidad, el contrato debe llevarse al cabo mediante la presencia de un fedatario público, realizándose con una formalidad especial por su naturaleza, además de contar con la autorización e intervención del órgano jurisdiccional.

3.3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ.

La forma es el medio para recurrir para la exteriorización del consentimiento, a fin de que el acto pueda ser considerado válido. Ese medio puede ser la manifestación por escrito o la utilización de palabras determinadas.

¹¹² *Código Civil Federal, op. cit.*, artículo 1824.

En consecuencia, cuando la forma es elevada a la categoría de elemento esencial, la doctrina y la legislación la llaman *solemnidad*, y en caso que no se celebre dicho acto con solemnidad, será inexistente.

De igual modo, el artículo 1794, del Código Civil Federal señala que el contrato puede ser inválido:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.¹¹³

Además, nuestra legislación mexicana civil exige determinada formalidad para su validez pero en otros se da libertad para que manifiesten el consentimiento por cualquier medio permitido lícito, tal como lo expresan los artículos 1796 y 1797 del Código Civil Federal.

Se puede concluir el análisis de la validez y existencia del contrato en mención de forma siguiente: el contrato de gestación subrogada, el objeto del mismo es la conducta de hacer (gestar y parir) por parte de la “mujer disponente” de forma altruista, contará con todos los elementos de existencia y de validez, pero si al interpretar el contrato se considera que se está conviniendo sobre la filiación del recién nacido, será inexistente.

3.3.2.1 CAPACIDAD.

En primer término, la capacidad es un elemento esencial, del cual, en este caso se entenderá como la capacidad de ejercicio, puesto que la persona que cuenta con la mayoría de edad tiene la facultad de

¹¹³ *Código Civil Federal, op. cit.*, art. 1794.

disponer libremente de su persona, de sus bienes y la aptitud para comparecer y ejercer sus derechos y obligaciones ante los tribunales, de acuerdo con las estipulación que establezca la ley.

Aquellos que tienen la incapacidad legal, no cuentan con la capacidad legal para ser titulares de sus derechos y obligaciones, tal y como se indica en el precedente párrafo, y son los menores de edad y aquellos mayores de edad que tengan alguna perturbación en su inteligencia, intervalos lúcidos, que padezcan alguna afectación originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas, siempre que su limitación o alteración en su inteligencia les provoque que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Por las razones expuestas anteriormente, la capacidad es un requisito de validez de todos los contratos, y si por algún motivo, alguna de las partes no cuenta con este elemento, no podría considerarse como válido el contrato de gestación subrogada.

3.3.2.2 CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es el segundo requisito de validez de los contratos, es un acto de declaración de voluntad, necesario para que dicho acto o declaración constituya un acuerdo por el cual exprese la voluntad, y por ello es conveniente plasmarlo en el contrato.

El contrato de gestación subrogada depende del consentimiento de las partes para que pueda perfeccionarse, y además, es uno de los requisitos de mayor importancia dentro de los requisitos de validez.

En el presente caso, quien hace la oferta en el contrato es la pareja contratante y quien toma la decisión de aceptarla o no es la mujer contratada, aunque puede variar. La oferta es un acto jurídico por el

cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en el que estipulan los términos y condiciones por el cual se regirá éste.

3.3.2.3 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Para que el consentimiento pueda considerarse como tal, debe estar libre de vicios, es decir, que el consentimiento pueda formarse de manera libre e individual, siendo una garantía de la autonomía de la voluntad, sin presión a tomar una decisión.

Al encontrarse dentro del contrato algún vicio, simplemente no tiene validez, y dentro de los vicios que contempla nuestra legislación civil son: el error, dolo, mala fe, la violencia, la lesión y la reticencia.

3.3.2.3.1 ERROR.

Trabucchi indica que “*es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto*”¹¹⁴, por lo tanto no es proyectado como es realmente sino que se proyecta de tal manera que se realice, aunque después exista peligro o alguna consecuencia.

3.3.2.3.2 DOLO Y MALA FE.

Se entiende como *dolo* el “*inducir al error o mantener en él*”¹¹⁵; en cuanto a la *mala fe* es definido como *la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido*”¹¹⁶.

Por cuanto hace al dolo, son una serie de sugerencias o planteamientos silenciosos y ocultos, con el objeto de hacer caer en error al momento de la celebración del contrato. Del mismo modo, existe el dolo bueno y el malo, el primero es una exageración de las cualidades o que determinadas circunstancias le van a beneficiar; considerándose, que

¹¹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 580.

¹¹⁵ *Ídem.*

¹¹⁶ *Ídem.*

esta es una actitud lícita en el comercio, que puede ser inducida al contratar, pero no existe la intención de provocar un error determinante en la voluntad. En cambio, en el dolo malo, su intención es provocar un error.

En relación a la mala fe, es que sólo puede provenir de una de las partes contratantes; no es como el dolo, que puede provenir de un tercero. Además que, la mala fe es pasiva, debido a que mientras una de las partes contratantes se encuentra ya en el error, la otra se abstiene de advertírselo.

3.3.2.3.3 IGNORANCIA Y RETICENCIA.

De acuerdo con la definición de Ortíz Urquidi, la *ignorancia* “es la ausencia de conocimientos con respecto al asunto [...] es obvio que tal falta de conocimientos no puede dar otro resultado que inducir a error a quien lo padece.”¹¹⁷

Asimismo, la *reticencia* es definido por Planiol como: “el silencio voluntariamente guardado por una de las partes acerca de un hecho o circunstancia que la otra parte tendría interés en conocer para estar en plena aptitud consciente de celebrar el negocio.”¹¹⁸

Por eso puede decirse que, tanto la ignorancia que al no dar a conocer, que en este caso sería acerca del procedimiento de gestación subrogada, estaría induciendo al error y en tanto a la reticencia, que al ocultar algo que tendría interés la otra parte en saber para tener que al tomar la decisión, tenga la certeza de que al aceptar el contrato, será conforme a la verdad, sin que medie alguna situación que lo altere.

De acuerdo a lo anterior, la reticencia y la ignorancia no son considerados dentro de nuestra legislación civil como vicios, pero que conviene destacar que al existir pueden afectar en el consentimiento de

¹¹⁷ *Ibídem*, p. 582.

¹¹⁸ *Ídem*.

alguna de las partes para tomar la decisión de consentir o no el contrato.

3.3.2.3.4 VIOLENCIA.

Respecto a este vicio, el artículo 1819 del Código Civil Federal indica que *“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”*¹¹⁹

De ahí que, al existir violencia, tal como lo describe nuestra legislación, en el consentimiento, impide que sea de manera libre la decisión, dando como consecuencia que dicho acto sea inválido; y puede ejercerse por uno de los contratantes o por un tercero.

3.3.2.3.5 MIEDO.

Es otro de los vicios con los que no están estipulados en el Código Civil, pero que puede alterar la voluntad al momento de consentir el contrato, por lo que puede viciarlo. En relación a esto, es considerado como una perturbación angustiosa cuya presencia altera la voluntad.

3.3.2.3.6 TEMOR.

En cambio al miedo, el temor es una perturbación o sospecha que no altera la voluntad de quien la sufre. De igual modo, en relación a nuestro Código Civil Federal, está regulado en el artículo 1820, y en relación a esto, indica que no basta para que el consentimiento se pueda viciar.

¹¹⁹ *Código Civil Federal, op. cit.*, artículo 1819.

3.3.2.3.7 LESIÓN.

Es la última figura considerada como vicio de la voluntad, por el cual es una desproporción de las prestaciones a cargo de una de las partes en el contrato. De ahí que el artículo 17 del Código Civil Federal lo maneja como aquella obtención de un lucro excesivo, desproporcionado y realizado por una de las partes; y la parte perjudicada puede pedir la nulidad o la reducción de su obligación, más el pago de daños y perjuicios. Este derecho tiene duración de un año.

3.3.2.4 OBJETO.

Uno de los aspectos más importantes y de interés en el contrato de gestación subrogada es el objeto. De ahí que el objeto en este tipo de contratos es la gestación subrogada, puesto que consiste en que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o se le implante un embrión para su gestación.

3.3.2.5 MOTIVO O FIN.

El motivo o fin por el cual se lleva al cabo el contrato de gestación subrogada, es para preservar la descendencia de una pareja, quienes al no poder gestar por ellos mismos, recurren al apoyo de una mujer, para que ella sea quien realice la gestación y de este modo, la pareja pueda tener un hijo, puesto que de manera natural no se podía dar, con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida y sobre todo con el de la gestación subrogada, se pueda dar la oportunidad que parejas de nuestro país puedan ser padres, teniendo un niño con sus propios genes y sentir que es de ellos.

3.4 DENOMINACIÓN Y RELACIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES.

Al acto consistente en que una mujer acepte que se le implante un embrión en su útero, a fin de llevar al cabo la gestación, el embarazo y

parto de un hijo que entregará a una pareja, renunciando a los derechos del recién nacido, se le conoce como gestación subrogada.

En este orden de ideas, la pareja contratante viene siendo las personas que estén unidas en matrimonio o concubinato, que cuenten con solvencia económica, sean de buena moral y tengan una estabilidad psicológica. Además, de que uno o ambos, aporten su material genético para la reproducción del proceso de gestación subrogada.

Asimismo, la pareja contratante, deberá de contar con un tiempo estimado de tratamientos médicos, en los cuales conste la causa de la imposibilidad para poder tener un hijo, y así pedir la ayuda de una mujer que aporte su vientre.

Por consiguiente, será mujer gestante o contratada la mujer que sea contratada para llevar al cabo la gestación y el proceso de embarazo, aportando solamente su útero, con el fin de que se pueda lograr la concepción de un hijo, asimismo ella entregará al hijo, una vez que nazca, puesto que el niño no tiene ningún vínculo consanguíneo con la mujer gestante sino con la pareja que proporcionó el material genético para que se pudiera lograr la concepción del hijo; por lo tanto, los derechos y obligaciones que se den en el momento en que dé a luz la mujer gestante del recién nacido, ya serán de la pareja contratante, pasando a ser los padres del menor.

En relación a lo anterior, puede ser que la mujer sea un familiar, amiga, persona cercana o extraña, con el fin de proporcionar su ayuda a la pareja, dando la oportunidad de tener un hijo con los genes de ellos. Y ambas partes, deben de tener el pleno consentimiento de lo que se realice, ya que nadie puede ser obligado a prestar su vientre para la gestación de un hijo.

3.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.¹²⁰

Al realizar un contrato, se entiende que es un acto jurídico por el cual se manifiesta la voluntad de las partes para dar origen o transferir derechos y obligaciones, de acuerdo a las disposiciones que regulen las normas jurídicas; por lo tanto, en la gestación subrogada, al realizarse un contrato por el cual, cada una de las partes otorgue su consentimiento y su voluntad para la realización de dicho acto jurídico, también tienen derechos y obligaciones los cuales detallaremos.

Como obligaciones se tienen:

1. La pareja contratante tiene el compromiso de brindarle la atención médica, psicológica, y todos los cuidados necesarios antes, durante y después del proceso de gestación subrogada.
2. La mujer contratada tiene el deber de llevar al cabo el proceso de gestación subrogada, siempre y cuando haya manifestado por escrito su consentimiento de proporcionar su útero.
3. Ambas partes, tanto la pareja contratante y la mujer contratada, quedan en estar de acuerdo en adherirse a todas y cada una de las instrucciones médicas que se les proporcione para realizar los estudios médicos correspondientes, así como el cuidado de su salud para la mujer gestante para no afectar el proceso, teniendo una alimentación saludable, no tener actividades que pongan en riesgo el embarazo y no viajar después del segundo trimestre, teniendo chequeos constantemente antes, durante y después del proceso de embarazo.
4. La mujer contratada renunciará a todo lazo jurídico que nazca del menor, una vez que ella dé a luz entregará al menor a los que serán sus padres, a la pareja contratante, dando su cooperación para que proceda la adopción por los padres contratantes.

¹²⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 7-13.

5. En caso de que se dé la terminación temprana por alguna de las partes, y previa estipulación en el contrato, la pareja contratante será la responsable por los costos en que incurrió la mujer contratada a la fecha en que se dio por terminado el contrato.

6. La mujer contratada tiene el deber de notificarle a la pareja contratante en cuanto tenga que ir al hospital.

7. Los padres contratantes tienen la responsabilidad del niño, independientemente de la situación en que nazca; además, de tomar las decisiones médicas con respecto al niño después de su nacimiento, previa renuncia de su derecho que tiene la mujer contratada.

8. La pareja contratante está de acuerdo en pagar una suma extraordinaria por sucesos que surjan inesperadamente, además de cubrir gastos adicionales que se consideren necesarios.

Como derechos se tienen:

1. La pareja contratante y la mujer contratada tiene el derecho de conocer los resultados de las pruebas y exámenes realizados para saber si es posible llevarse a cabo o no, dando a saber el motivo por parte del médico encargado.

2. Ambas partes tienen el derecho de aprobar el número de ciclos recomendados por el médico responsable.

3. Antes de que la mujer contratada se embarace, tienen ambas partes la decisión de dar por concluido el acuerdo, siempre y cuando haya motivos que originen una terminación temprana que se haya contemplado en el contrato.

4. Por el contrario, si se da la terminación del contrato porque la mujer contratante abortó, está en su derecho constitucional, siempre y cuando sea para preservar su vida y haya sido supervisada por el médico

responsable que ambas partes estipularon, la mujer contratante no tendrá alguna responsabilidad.

5. La pareja contratante puede presenciar el nacimiento del niño durante el parto, solamente si la mujer contratada está de acuerdo.

6. La pareja contratante tiene todo el derecho de realizar al recién nacido la prueba de paternidad, para tener certeza que tiene los genes de la pareja, si ellos lo desean.

7. La mujer contratada puede ver al niño mientras esté en el hospital, pero estando al cuidado de los padres contratantes. Y después de esto, la mujer y su pareja no tendrán contacto con el niño, solamente y si están de acuerdo, se les podrá enviar el progreso del niño por lo menos una vez al año.

3.6 INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.¹²¹

En este caso en especial, el contrato de gestación subrogada es diferente a los demás contratos que regula la legislación civil, puesto que se tiene como primer punto a un hijo y los derechos de la pareja, derivados del contrato de gestación subrogada para lograr ser padres, así como de la mujer contratada.

Desde el punto de vista jurídico, lo que se debe analizar es sobre la regulación de la gestación subrogada, para que las partes que convengan en este tipo de contratos tengan un sustento legal y tribunales ante quienes acudir para exigir su cumplimiento.

En primer término, se tendría que analizar por parte de quien se está realizando el incumplimiento; por ejemplo, sí la mujer contratada es quien incurre en no dar cumplimiento con lo establecido en el contrato,

¹²¹ *Ídem.*

pese a que ella concedió su voluntad y pleno consentimiento de lo que se pactó; una primera opción, es acudir ante un Juez de lo Familiar y solicitar que se dé cumplimiento del contrato, pero por esta instancia habría una gran controversia, y por ende, no se resolvería la litis a favor de la pareja.

En segunda opción, es que la pareja, quienes aportaron su material genético, serán a quienes se les otorgue como padres del recién nacido, puesto que ellos fueron quienes en un principio dieron sus gametos para dar origen al hijo, siendo que solamente la mujer contratada sólo fue la gestante del embrión fecundado por la pareja; por lo tanto, los padres del niño, de quien tiene lazo consanguíneo es de la pareja contratante.

En este contexto, se observa que al realizar un contrato de gestación subrogada, no brinda alguna certeza jurídica de que se dé cumplimiento del contrato; por lo cual, es necesario acudir a la legislación civil que regule todos aquellos supuestos con sus respectivas consecuencias de derecho, para que den origen a una norma jurídica que brinde seguridad y certeza jurídica para ambas partes que intervienen en el contrato de gestación subrogada; ya que no solamente sufren daños y perjuicios la pareja contratante, sino también la mujer contratada.

Y por último, lo cierto es que, la condición jurídica de la certeza de la maternidad es al dar a luz, excepto cuando se trata como en este caso, de la gestación subrogada, porque se genera a través de una pareja que aporta su material genético tras la imposibilidad de la fertilidad y la ayuda de una mujer para gestar en su vientre al hijo de los futuros padres.

3.7 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

En relación al contrato de gestación subrogada, como bien se sabe, es un contrato atípico pero en un futuro al ser tipificado se tendría que

considerar lo siguiente antes de realizar un contrato de gestación subrogada:

1. Tener establecido en el contrato la calidad de los contratantes, es decir, que cada una de las partes deben dejarlas estipuladas, así como sus derechos y obligaciones.
2. Determinar el ámbito espacial y temporal en donde se practicará el proceso de gestación subrogada.
3. Establecer el ámbito espacial de jurisdicción, para que en caso de llevarse un proceso judicial, se establezcan las leyes del Estado en donde se practicará el proceso.
4. La mujer quien será la gestante o sustituta, se obliga a prestar su vientre, una vez que ella dé su consentimiento en documento público para tener sustento legal.
5. La pareja contratante se comprometen a brindarle a la mujer subrogada los cuidados que ella necesite durante el periodo de gestación, embarazo y parto, tanto de proporcionarle atención médica y psicológica antes y después del proceso.
6. Seleccionar el (los) médico(s) que examinarán a la portadora del embrión y todo el proceso para ejecutar la técnica de reproducción asistida que corresponda, mediante la revisión, chequeos, exámenes médicos y pruebas necesarias que se realizarán previamente para ambas partes antes de realizar el procedimiento.
7. De igual modo, las partes deben determinar las cláusulas condicionales o circunstanciales, es decir, establecer que si por causas ajenas a los contrayentes surge algún imprevisto que impida poder llevar al cabo el procedimiento, ya sea en cualquier etapa del proceso de gestación, en que se dificulte seguir adelante.

8. Ambas partes se comprometen a cumplir con lo establecido en el contrato, y una vez estando de acuerdo y dando su consentimiento de llevar al cabo el proceso de gestación subrogada, se obligan a cumplirlo.

9. La mujer gestante, al realizar el contrato se obliga a entregar al recién nacido a la pareja contratante, quienes serán los padres del menor.

10. Al realizarse el proceso de gestación subrogada, por regla general, ambos son lo que aportan el material genético y sólo otra mujer es contratada para la gestación; en relación a lo anterior, la pareja contratante como tal serán reconocidos como los progenitores del menor, de acuerdo a la legislación civil.

11. Determinar qué tipo de reproducción asistida se desarrollará en el proceso.

12. Dejar bien establecido el consentimiento de las partes, y revisarlo conforme a derecho, fundamentarlo con las normas aplicables y las sanciones en caso de incumplimiento de alguna de las partes.

13. Realizar el contrato ante Notario Público y con previa autorización legal, para hacerlo un documento público con valor jurídico ante cualquier anomalía que pueda surgir en el futuro.

En este orden de ideas, se establecen los parámetros que se deben cuidar ante la evidencia de acudir a realizar un contrato de gestación subrogada, ya que para hacerlo, además de las cuestiones jurídicas, se debe acudir ante un hospital que se dedique a realizar técnicas de reproducción asistida para un mejor manejo del proceso, y que además, cuenten con material necesario para llevarlo al cabo.

3.8 ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS NOMINADOS.

Dentro de la clasificación de los contratos, existen los contratos nominados, es decir, los que se encuentran regulados en el Código Civil, el cual tienen un nombre determinado y de acuerdo a la tipificación en la legislación mexicana, analizaremos tres de los contratos que tienen semejanza con el contrato de gestación subrogada, del cual veremos sus características.

3.8.1 CONTRATO DE COMPRA-VENTA.

En nuestra legislación, este tipo de contrato se encuentra entre la clasificación de los contratos traslativos de dominio, en el que uno de los contratantes, llamado vendedor, se obliga a transferir el dominio de una cosa o derecho a otra persona, llamada comprador, quien a su vez se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. Y a este tipo de contrato se le conoce como compra-venta.

Si bien es cierto, el contrato de compra-venta no es lo mismo con el de gestación subrogada, tiene características que pueden servir de sustento, como *la bilateralidad*, que produce derechos y obligaciones para ambas partes, es consensual en oposición a real por cuanto que las partes se obligan en el momento en que han convenido, es de *tracto sucesivo* en cuanto sus efectos que se estipularon en el contrato, se producen a través del tiempo, es *voluntario* ya que se realiza de manera voluntaria y *de forma libre entre las partes*.

A pesar de todo, no se puede considerar que la gestación subrogada sea un contrato de compra-venta, pero sí tiene características básicas de este contrato para sustentarse que forma parte de un contrato, que más adelante detallaremos en los elementos esenciales y de validez, para que pueda ser considerado como contrato; por lo tanto, podemos decir que no pertenece a este tipo de contrato, porque no tiene las características esenciales propias de éste, porque no se obliga a una de

las partes a transferir la propiedad de una cosa o un derecho a otro y a su vez se obliga a pagar por ellos en un precio cierto y en dinero.

3.8.2 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

Conforme al contrato de prestación de servicios profesionales no hay una definición que establezca nuestra normatividad civil, por lo que Ricardo Treviño García lo define como “*contrato en virtud del cual una parte, la que se designa con el nombre de profesionista o profesor, se obliga a realiza un trabajo que requiere preparación técnica, artística y en ocasiones título profesional para llevarlo a cabo, a favor de una persona, llamada cliente, a cambio de una remuneración que recibe el nombre de honorarios*”¹²².

Ciertamente es el contrato que considera que el contrato de gestación subrogada se trata de un servicio altruista por parte de una mujer que lleva el proceso del embarazo de manera voluntaria.

Ante esto, es difícil clasificar al contrato de gestación subrogada con la similitud del contrato de prestación de servicios profesionales, puesto que, en primer lugar, ninguna mujer va a dedicarse siempre a prestar un servicio de gestación después de nueve meses; y en segundo, no es un trabajo que realice siempre, puesto que a lo máximo, se normará hasta dos veces la realización del procedimiento de gestación subrogada por cada mujer, ya que cada proceso de embarazo produce un desgaste físico en la mujer, por lo cual no se debe de arriesgar su salud. Y al respecto, nos da un panorama distinto de lo que esperamos de la gestación subrogada.

¹²² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, “*Los Contratos Civiles y sus Generalidades*”, 7ª ed., Ed. Mc Gran Hill, México, 2008, p. 353.

3.8.3 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Dentro del Código se contempla como arrendamiento cuando existe dos partes que se obligan recíprocamente, en donde una de las partes concede el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce por un precio cierto.

En relación a lo anterior, el arrendamiento encaja en esta clasificación de contrato de gestación subrogada, nada más que el útero de una mujer no está dentro del comercio, por lo que no sería remuneratorio sino gratuito, ya que el útero pertenece al cuerpo humano, del cual no es equiparable con una cosa.

Asimismo, ninguna de las partes del cuerpo humano se puede arrendar, sino más bien, es el uso o goce temporal del derecho personal a la utilización de su útero, que la mujer brinda a una pareja (familiares, amigos, parientes, etc.) para que se pueda llevar al cabo la gestación, dónde se colocará el embrión (que contiene material genético de la pareja), con el fin de lograr el embarazo y llevarlo a su término.

**CAPÍTULO IV.
LA FILIACIÓN Y EFECTOS EN EL CONTRATO DE
GESTACIÓN SUBROGADA.**

CAPÍTULO IV. LA FILIACIÓN Y EFECTOS EN EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

4.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN.

El concepto *filiación*, proviene del latín *filiation –onis, de filius, hijo*, definido como “*La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo [...]*”.¹²³ Por lo tanto, al darse la relación jurídica entre los progenitores padre y/o madre y sus descendientes y que no debe importar el origen por el cual se dé dicha relación.

Ahora bien, este nexo que se da con el padre y la madre, es lo que da origen a la paternidad y maternidad, con lo que va a depender los derechos y obligaciones hacia el hijo.

Por cuanto hace a la reflexión de Jean Carbonnier dice que “*La filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre (o la madre) y el hijo; se refiere, por tanto, a la relación de paternidad o maternidad respectivamente*”.¹²⁴

Otra acepción es del autor Chávez Asencio, desde el punto de vista natural como jurídico, diciendo que “*la concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho.*”¹²⁵

En el mismo tenor, De Pina expresa, que la filiación en el derecho civil “*equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres*”, del cual

¹²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Filiación”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, t. D-H, p. 1699.

¹²⁴ PARRA BENÍTEZ, Jorge, “*La filiación en el Derecho de Familia*”, Ed. Leyer, Bogotá, Colombia, p. 15.

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Temas Selectos de Derecho Familiar. Paternidad*”, primera ed., Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, t. 4, p. 1.

refiere que es “una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física”.¹²⁶

Por su parte, Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez señalan que la filiación debe “entenderse en su sentido amplio la relación creada entre los progenitores, padre y madre, y sus descendientes, hijos, que forman el núcleo social primario de la familia, a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones”.¹²⁷

De ahí que, la autora Manuela Cecotti hace un análisis en la cuestión de filiación, comentando que “La definición de paternidad y maternidad es, por una parte, de orden biológico, por otra de orden simbólico y social. En efecto, si es cierto que todo hijo es fruto del encuentro entre un óvulo y un espermatozoide, por otro la identidad biológica no es una evidencia”.¹²⁸

En relación a lo anterior, es cierto que el Derecho debe de regular todas aquellas situaciones, como lo es la reproducción de los seres humanos, en el que implica la acción del Derecho.

En este tenor, la legislación civil guerrerense toma en su título tercero, el tema de la filiación, definiéndola en su artículo 495 como “el vínculo jurídico existentes entre los padres y los hijos. Que confieren e imponen derechos, deberes y obligaciones establecidas por la ley”¹²⁹. Por cuanto al siguiente artículo dice “La filiación queda probada por el nacimiento, en relación con la madre, o por el reconocimiento que el padre o la madre hagan de su hijo; por sentencia ejecutoriada que declare la paternidad o maternidad, o por la adopción.”¹³⁰ Asimismo, nuestro

¹²⁶ *Ibíd*em, p. 2.

¹²⁷ *Ibíd*em, pp. 2 y 3.

¹²⁸ CECOTTI, Manuela, “Reproducción Asistida. Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación”, Ed. Grupo 5 Acción y Gestión Social, S. L., Madrid, España, 2004, p. 105.

¹²⁹ Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Guerrero, México, vigente.

¹³⁰ *Ídem*.

ordenamiento legal dispone que no haya ninguna distinción en los derechos que se deriven de la filiación.

En consecuencia de lo anterior, la filiación se origina por medio del fenómeno biológico de la procreación, pero el Derecho ha planteado algunas relaciones derivadas de la celebración de ciertos actos jurídicos, puesto que *“la filiación es una situación jurídica entre los padres y su hijo, de la que nacen derechos y obligaciones entre los miembros de un mismo grupo”*, del cual es planteada por la Tesis I.7o.C.102 C, Semanario Judicial de la Federación.¹³¹

Lo cual muestra que, tanto la legislación como la doctrina clasifican la filiación en: consanguínea y civil.

4.1.1 FILIACIÓN CONSANGUÍNEA.

Este tipo de filiación es la que proviene del fenómeno biológico, por el cual se da la procreación, y como su nombre lo indica, es una unión que tienen los progenitores con el hijo de forma consanguínea, obteniendo los mismos genes de ellos; conforme a esto, se derivan dos tipos de filiación: matrimonial y extramatrimonial.

4.1.1.1 FILIACIÓN MATRIMONIAL.

Dentro de la filiación matrimonial, se trata que al originarse la concepción de hijos dentro del matrimonio, por el cual la pareja decidió unir su vida para formar una pareja, dando como resultado un nexo jurídico que une al hijo con los progenitores dentro del vínculo conyugal.

Raúl Lozano explica que *“el matrimonio es la única fuente de la familia legítima, porque une a los esposos entre sí y une a éstos con los hijos que procrearon produciendo plenos efectos jurídicos”*.¹³²

¹³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 3.

¹³² *Ibidem*, p. 6.

Asimismo, la filiación de los hijos que nacen dentro y fuera del matrimonio se puede probar con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

4.1.1.2 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

Por el contrario, la filiación en este ámbito, se da en la concepción de los hijos fuera del matrimonio, es decir, que los progenitores no están casados entre sí.

De manera que, el lazo jurídico que se da por medio de los hijos y los padres que no están casados por la ley, no existe vinculación entre los progenitores. Ante este panorama, la filiación que resulta fuera de un matrimonio, solo se da en relación con la madre por el hecho del nacimiento, y respecto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, para que se pueda reconocer que es hijo de él.

Para que pueda darse el reconocimiento de un hijo fuera del matrimonio, es necesario que se realice por alguno de estos casos que el artículo 369 del Código Civil Federal establece:

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura Pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.¹³³

¹³³ *Código Civil Federal, op. cit., art. 369.*

4.1.2 FILIACIÓN CIVIL.¹³⁴

Por otra parte, la filiación civil es más que nada un acto jurídico en que se declara la filiación existente entre el hijo y los padres que otorga la ley; y frente a esto, se consideran dos: adoptiva y asistida.

4.1.2.1 FILIACIÓN ADOPTIVA.

En relación a este tipo de filiación, surge en el caso de la adopción, el cual una persona, llamada adoptante, recoge como hijo suyo a otra, llamada adoptado, el cual tendrá las mismas relaciones semejantes a las que se dan con la filiación y la paternidad que la ley menciona.

4.1.2.2 FILIACIÓN ASISTIDA.

Dentro de este tipo de filiación, entran los avances científicos y tecnológicos, que han surgido como solución a los problemas de infertilidad que se presenta entre las parejas, el cual buscan la procreación para crear su propia descendencia.

Al respecto, las técnicas de reproducción asistida, que constituyen las diversas maneras de poder resolver los problemas originados principalmente por la infertilidad, han constituido diversos sistemas de reproducción alternos, que dan origen a un ser humano, por consiguiente, se considera también como una fuente de filiación, en caso que se establezca como hijo concebido mediante métodos empleados por la pareja.

Lo cual significa que el Derecho ha tenido que intervenir para determinar este tipo de filiación, derivado de un fenómeno biológico de la procreación, pero que al mismo tiempo tiene su origen en una ficción legal, supuesto que encaja en la filiación civil, para que pueda darse el reconocimiento y el vínculo jurídico entre la pareja y el menor.

¹³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 8.

4.2 FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA.

Una de las controversias principales que se originan al realizar un contrato de gestación subrogada es precisamente la filiación al momento de que el hijo nace por este procedimiento.¹³⁵

4.3 SITUACIÓN DE LA PAREJA RECURRENTE AL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Al realizar un contrato de gestación subrogada, y sobre todo en la actualidad, no hay una legislación que regule aquellos supuestos jurídicos en que actúe la norma; puesto que es esencial tener regulados aquellos actos en este tema en especial, en donde el hijo debe tener la protección del Derecho ante todo.

En un principio, cuando se realiza el contrato de gestación subrogada, y las partes están de acuerdo, está todo legal y se lleva el procedimiento de forma correcta, cuando esto llega a su fin, en donde le entregan a la pareja al recién nacido, la interrogante sería: ¿qué papel juegan la pareja recurrente al contrato de gestación subrogada en la filiación?, es aquí en donde se debe poner en claro que la maternidad y paternidad es, por una parte de orden biológico y por otra legal, puesto que el deseo de un hijo es distinto a tener como finalidad única el propio embarazo, éste último aspecto, dando a la mujer la sensación de plenitud de comprobar su capacidad reproductiva.

Conforme a lo anterior, al entregar la pareja su material genético y tener la ilusión y el deseo de ser padres, se sitúa en una postura de anhelo a obtener gracias a la biotecnología el hacer un hijo, situación distinta a la mujer que solamente engendra. Por ende, ante la presencia de la gestación subrogada, las partes que aceptan de manera voluntaria en llevar al cabo el procedimiento, se debe poner en claro la forma en que se llevará al cabo la filiación.

¹³⁵ VER esquema en “Anexos”.

Y es aquí donde el Derecho torna un papel importantísimo, cuestión que debe colocar en una posición de ventaja a la pareja que proporciona su material genético y que la mujer gestante será únicamente la gestadora del niño, sin que tenga ningún vínculo consanguíneo que lo una. Ante esta situación, los padres del recién nacido serán de ante mano la pareja contratante, puesto que fueron ellos quienes concretamente influyeron en la realización de la gestación subrogada mediante una tercera persona, para que ella fuera quien desarrollara al hijo, mediante un útero ajeno a la pareja, convirtiéndose en los padres legítimos del menor.

De modo que nuestra legislación debe tomar en consideración que al haber un contrato de gestación subrogada, debe tomarse en cuenta que los padres serán quienes aporten el material genético, por el cual tengan relación consanguínea con el menor y además, por llevarse mediante la gestación subrogada, también obtengan la filiación civil asistida.

4.4 IDENTIDAD DEL DONANTE.

Ante las técnicas de reproducción asistida, es necesario la existencia de bancos de material genético, en donde las parejas recurran en caso de que alguno de ellos no tenga la posibilidad de poder proporcionar su gameto; por lo tanto, al surgir estos lugares en donde cualquier persona puede proporcionar su material genético con el fin de ayudar a miles de parejas imposibilitadas a tener un hijo, y al realizarlo, el donante tendrá la seguridad de que su información proporcionada será archivada y guardada de manera confiable en el banco del material genético, para tener datos que le pudieran servir en algún momento.

Respecto a la identidad del donante, comenta Ma. Rosario Sánchez que *“Será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más escrito secreto y en clave [...]”*¹³⁶; por lo cual, al ser una

¹³⁶ SÁNCHEZ MORALES, Ma. Rosario, “La manipulación genética humana a debate”, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 1998, p. 170.

donación libre, no estará sujeta a la filiación con el hijo que nazca mediante la donación de material genético para su concepción, puesto que al proporcionar un gameto no significa que acepte ser el padre del hijo.

4.4.1 IMPOSIBILIDAD LEGISLATIVA DE FILIACIÓN.

La donación de material genético, como su nombre lo dice es otorgada de manera gratuita y voluntaria; ante esto Ma. Rosario Sánchez comenta que *“es un contrato por el cual es gratuito, formal y secreto entre el donante y el Centro autorizado, y no revocable, salvo que por infertilidad sobrevenida el donante necesitase para sí los gametos donados”*.¹³⁷

Además, un donante no es un padre, sino un donador quien lo hace de manera desinteresada y gratuitamente, con el fin de apoyar a otras parejas, y no con el fin de tener una familia mediante una donación de gametos.

4.4.1.1 FALTA DE POSESIÓN DEL ESTADO EN LA RELACIÓN FAMILIAR.

Los principales problemas que se presentan al realizarse un contrato de gestación subrogada es la determinación de la filiación, puesto que al concluirse con el parto el procedimiento de embarazo, la mujer gestante, después quiere quedarse con el menor, lo cual, no debe de hacerlo, ya que el hijo no tiene relación de parentesco con ella, pero como lo tuvo en su vientre, genera una relación sentimentalista; dando como origen, que la pareja no pueda tener al hijo y la mujer gestante reclame los derechos que tiene como madre que siente que es del hijo.

Diversas situaciones se han tornado respecto a este tema, y bajo estas circunstancias han existido al no haber una norma al respecto, que norme todos estos supuestos que en la actualidad existen, siendo un

¹³⁷ *Ídem.*

problema social y de salud pública; puesto que, es un tema importante para el Estado el tomar intervención en este asunto para establecer las medidas necesarias, en el que se estipulen de qué manera se puede llevar el procedimiento de gestación subrogada, cuáles vendrán siendo las condiciones en que se estipulara de manera equitativa para ambas partes en el contrato de gestación subrogada, y sobre todo, dejar en claro la filiación que tendrá la pareja; de tal manera, que no se esté abusando del deseo de la pareja ni de la mujer gestante para la realización de la gestación subrogada.

La involucración del derecho, implicaría al derecho civil, Familiar y Penal, cuestiones que determinarían diversas lagunas que han quedado en el olvido desde el año 2010 en que se realizó la propuesta de Ley en el Distrito Federal, y que aún no se ha dado resultado sobre un problema que enfrenta la sociedad.

4.4.1.2 NO IMPUTABILIDAD DEL VÍNCULO DE PARENTESCO.

La donación de material genético es más que nada una forma de poder ayudar a aquellas parejas que no tienen la posibilidad de procrear hijos.

En este orden de ideas, la identidad del donante, en un principio no será conocida, y aún cuando se dé a conocer su identidad en los casos excepcionales, por ningún motivo se podrá contraer la determinación legal de la filiación, por lo cual, nunca podrá ser considerado como padre del hijo.

Otra cuestión es la que se torna en la fecundación post mortem, cuando en una pareja, uno de ellos fallece y la otra persona hace uso del material genético de su pareja para poder procrear un hijo, pero si éste no dejó en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los próximos seis meses a su fallecimiento, para que se puedan producir los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial, solamente será tomado como donación de material genético.

4.5 EL ACCESO AL CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD O HISTORIA GENÉTICA DEL DONANTE.

Este es un tema por el cual resulta ser más polémico, en razón de saber si incide o no en una transgresión en el derecho de investigar la paternidad y/o maternidad, puesto que la prohibición del conocimiento de las raíces biológicas del individuo, infringe el derecho fundamental de tener acceso a su propia historia genética.

Ante esta tesitura, el Derecho se enfrenta a un problema de identidad o historia genética de un donante, el cual dio su material genético sin obtener ninguna remuneración, puesto que lo proporcionó por medio de la donación, que es legal.

En consecuencia, al ser una donación de un material genético, el donante lo proporciona sin tener ninguna relación jurídica con la utilización de su gameto, es decir, no reclamará derechos ni se le adjudicarán obligaciones que se den como consecuencia de su acto voluntario y altruista.

4.5.1 CASOS EXCEPCIONALES.

En relación a lo anterior, cada donador es registrado y sus datos guardados en el archivo ante la clínica u hospital en el que se realice la donación del material genético, por lo que al ser un acto voluntario de la persona donadora, es anónimo, lo cual significa que por ningún motivo se puede dar a conocer la información del donador.

En algunos países han establecido que la información de los donadores puede darse a conocer después que el receptor del material genético haya cumplido 18 años. Por cuanto hace a esto, a veces es necesario dar a conocer la información genética, por ejemplo: cuando el hijo se encuentre entre la vida y la muerte, es decir, que corra peligro su vida. En este caso, es importante darlo a conocer, o cuando ya tenga cierta edad, se dé a conocer (sí es necesario) la identidad genética del

donador; pero dicha revelación tendrá carácter restringido, y no implicará en ningún caso su publicación ni la determinación legal de la filiación del donante con el hijo.

4.5.2 DATOS INMUNOLÓGICOS O FENOTIPOS.

Cuando un material genético es donado y en un futuro se utiliza para la procreación de un nuevo ser, que al pasar el tiempo, llega a tener alguna complicación de salud y es necesario que conozca su historia genética para poder dar con alguna enfermedad o identificar células patógenas y cancerosas que pueden afectar el estado de salud del organismo para que no funcione como debe de ser.

Otra situación es que la información genética debe ser conocida por el hijo para observar cualquier característica de un organismo, puesto que al tener conocimiento a tiempo, se logran rastrear los patrones hereditarios.

Lo anterior es más que nada para lograr el bienestar de la salud del hijo, puesto que por lo regular, muchas de las enfermedades hereditarias son desarrolladas en el futuro, que al principio son difíciles de saber si se logran desarrollar o si se tienen por parte del donante del material genético; por cuanto hace a esto, es necesario que en casos necesarios se dé a conocer la información genética del donante, sólo para casos urgentes y necesarios para el hijo, cuestión misma que debe regular el Derecho.

4.6 EL PARENTESCO.

La palabra *parentesco* proviene de *pariente*, *pariente*, y éste, a su vez, del latín *parens-entis*. El cual es definido como “[...] *vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común.*”¹³⁸

¹³⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Parentesco”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, t. P-Z, p. 2756.

En relación a lo anterior, el concepto corresponde a una realidad biológica, puesto que la procreación es el origen del parentesco, también llamado consanguíneo.

Asimismo, Baqueiro Rojas lo define como “*un estado jurídico [...], es una 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)*”.¹³⁹

Al respecto, Baqueiro Rojas menciona que “*La filiación es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco*”.¹⁴⁰

Lo cual muestra que el conjunto de todas aquellas relaciones jurídicas familiares que se van derivando de la unión de una pareja y la filiación, dan como resultado al parentesco. De igual manera que, el matrimonio, el concubinato, la filiación y la adopción, forman parte de las fuentes del parentesco, en las cuales son reconocidas por nuestra legislación.¹⁴¹

Por consiguiente, la filiación forma parte de la fuente del parentesco, y en relación a la gestación subrogada, se da tanto en la filiación consanguínea y la civil, ya que existe el vínculo consanguíneo por parte de la pareja (puesto que al proporcionar su material genético para la realización de la gestación subrogante, los convierte en los padres del hijo) y también el vínculo civil (ya que se trata de una filiación asistida, en donde no se da la procreación de manera natural, sino por medio de la ayuda de las técnicas de reproducción asistida, y desde luego, participa la gestación subrogada, porque hace uso de estas técnicas).¹⁴²

¹³⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 221.

¹⁴¹ *Ídem*.

¹⁴² VER esquema en “Anexos”.

A pesar de esto, la filiación civil asistida, aún no está contemplada en nuestra legislación expresamente, y es necesario regularla, puesto que es parte importante del parentesco por ser una de las fuentes esenciales; a pesar de esto, ha sido de interés para los legisladores tomar en cuenta que la ciencia y la tecnología han ido avanzando. Y es necesario que el Derecho regule todas aquellas acciones que acontecen en la sociedad actual; siendo esto una realidad y un problema si no se legisla acerca de las técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogante, ya que afectan tanto en materia civil, familiar y hasta penal.

En consecuencia, al ser tomada en consideración la gestación subrogada dentro del parentesco, se originan deberes y derechos de acuerdo a la clase y al grado del mismo. Las consecuencias genéricas que pertenecen al parentesco por consanguinidad son: la obligación alimentaria, la sucesión legítima, la tutela legítima, prohibiciones diversas, y atenuantes y agravantes de responsabilidad; siendo éstas siempre recíprocas entre los parientes.

4.6.1 GRADOS Y LÍNEAS DE PARENTESCO.

Dentro del parentesco, aparecen los grados y líneas. *“Grado es la generación que separa a un pariente de otro. Línea es la serie de grados. Estas son: recta y colateral. La recta es a su vez descendente y ascendente. La colateral puede ser igual o desigual.”*¹⁴³

Por su parte Baqueiro Rojas manifiesta que *“El grado de parentesco está formado por cada generación que separa a un pariente de otro”,* mientras que *“La línea de parentesco se conforma por los grados de parentesco o bien por las generaciones”*.¹⁴⁴

¹⁴³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Parentesco”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, t. P-Z, p. 2757.

¹⁴⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

En este orden de ideas, lo importante por cuanto hace a la gestación subrogada es que en el grado de parentesco se incluirán todas aquellas personas de una generación que estén en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente, y esto es de manera general.

Por cuanto hace a la línea de parentesco, ocurre de manera ascendiente y descendiente; en relación a los ascendientes, se da en primer grado los padres, luego los dos abuelos paternos y los dos maternos, en tercer grado los cuatro bisabuelos maternos y los cuatro paternos, en cuarto grado los ocho tatarabuelos maternos y los ocho paternos. Respecto a los descendientes: en primer grado son los hijos en relación con el padre, en segundo grado se dan los nietos respecto al abuelo, en tercer grado el bisnieto con el bisabuelo y en cuarto grado, el tataranieto con el tatarabuelo.

Consecuentemente, un hijo nacido por medio de gestación subrogada, en especial, obtendrá las mismas consideraciones legales, dándose la relación en grado y líneas de parentesco, puesto que al formar parte como hijo de la pareja (contratante), ellos vienen considerándose sus padres (denominándose padres biológicos por tener vínculo consanguíneo, puesto que la pareja fueron quienes aportaron su material genético para la gestación de un nuevo ser), en razón de que el Derecho deberá reconocerlo dentro de la filiación consanguínea y civil (asistida). Puesto que, todo individuo tiene derecho a formar parte de una familia y tener los mismos derechos que un niño procreado de mediante éste medio.

**CAPÍTULO V.
PANORAMA JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTACIÓN
SUBROGADA.**

CAPÍTULO V. PANORAMA JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

5.1 ANÁLISIS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. PANORAMA JURÍDICO HACIA UNA LEGISLACIÓN Y REGULACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Una de las normas supremas que consagra nuestro país es la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual se encuentra en la cúspide (referencia que da Mercal); por lo que, nuestra Carta Magna contempla de manera general todos los derechos (en su capítulo primero), y también en materia internacional, en los cuales México ha sido parte; y por ende, tienen obligatoriedad cada uno de los Estados parte en hacerlos valer, protegerlos y ampliarlos para el beneficio de su población.

Es por ello que dentro de nuestra Constitución Federal se establecen diversos artículos que hablan acerca de los derechos que tiene la población, y que se han ido ampliando con el paso del tiempo. Y en el *Título Primero, Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías*, establece en su primer artículo lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.¹⁴⁵

¹⁴⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, art. 1º, primer párrafo.

En este primer párrafo menciona que *todas las personas sin excepción, gozarán de los derechos que reconozca nuestra Constitución y además, todos los tratados internacionales en los que México sea partícipe*, del cual tiene obligación como Estado, dar la protección, garantía y seguridad en cada uno de los derechos, manteniéndose al margen de lo que se establezca en la Carta Magna y documentos internacionales previamente pactados.

En su segundo párrafo el mismo artículo de nuestra Constitución Federal, establece que todas aquellas normas que hablen acerca de los derechos humanos y de los tratados internacionales, se interpretarán de forma que favorezcan a las personas, otorgándoles la protección más amplia; es decir, que en materia de derechos humanos, las personas pueden ampliar sus derechos, siempre en beneficio de ellos, teniendo el resguardo de legislaciones nacionales e internacionales, tal como lo menciona textualmente nuestra norma, que a la letra estipula: *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*.¹⁴⁶

Un aspecto muy importante que se resalta, es que se da *la protección más amplia*, considerando que los derechos pueden extenderse, en base de tratados o normas nacionales e internacionales que lo contemplen, basándose en un documento estipulado que pueda ampliar esos derechos de manera legal, con el fin de ayudar y brindar la protección a las personas. De forma que, se protegen sus derechos que tienen como seres humanos, al desarrollarse para un mejor entendimiento, aprovechamiento y goce de sus derechos.

Ahora bien, por cuanto hace a las personas quienes se encargarán de llevar al cabo la aplicación de los derechos serán *“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de*

¹⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, art. 1°, segundo párrafo.

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".¹⁴⁷

En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación como ente jurídico de llevar al cabo la protección de los derechos de las personas, que de acuerdo a la competencia jurídica que tenga cada una de sus autoridades, debe garantizar su protección, así como la aplicación de la norma, para que las personas gocen de sus derechos de manera libre y lícita. Además que, a nivel internacional, también tiene obligatoriedad como Estado, por medio del tratado que haya pactado y el cual firmó (entendiéndose que se compromete a cumplirlo y hacerlo valer y está de acuerdo en respetar la norma internacional).

Otro enfoque que señala la Constitución, es la igualdad, en la que establece: "*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*".¹⁴⁸

En consecuencia, establece que *todas las personas tienen derecho, sin importar sus aspectos*, relacionándose este párrafo con el primero, de manera que al haber igualdad en derechos, no habría discriminación de ninguna índole. La razón es que pasa lo contrario, y en esta misma ley lo establece de manera implícita. Un ejemplo claro, y parte de nuestro tema central, es el artículo cuarto, párrafo segundo, que menciona: "*El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*" y en el siguiente párrafo indica que: "*Toda*

¹⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, art. 1°, tercer párrafo.

¹⁴⁸ *Ibidem*, art. 1, quinto párrafo.

persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Y ¿en dónde se ve la discriminación? Se ve en el momento que dan a conocer el derecho del hombre y la mujer para la organización y el desarrollo de su familia, decidiendo la manera del número de hijos y su espaciamiento entre ellos, pero no indica para quienes tienen problemas de reproducción, cuál será la forma que reconozca la ley para aquellas parejas infértiles. De forma que coartan ese derecho a las personas que no pueden gestar, ya que nuestra norma no menciona nada al respecto.

Además, este tema es importante para las personas con problemas de gestación, ya que la ciencia y tecnología han logrado establecer técnicas de reproducción asistida y de gestación subrogada, que anteriormente no se sabía acerca del tema, pero que en la actualidad se vuelve un problema en materia de salud pública; puesto que el derecho debe regular y legislar, y el Estado debe de velar por los intereses de la sociedad, manteniendo el bienestar social.

Ante esto, es indispensable que el Estado ponga interés en este derecho, tan es así, que la reproducción es indispensable para la conservación del ser humano en el mundo, y poco se ha abundado sobre el análisis del ejercicio de este derecho, considerando que el ejercicio de este derecho debe de aplicarse por igualdad, considerándose desde la primera reforma del artículo 4º constitucional (Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974), abordando dos temas, el primero de igualdad entre el hombre y la mujer y el segundo acerca de la reproducción; establecido en nuestra Constitución Federal en los siguientes términos:

Artículo 4o. *(Se deroga el anterior párrafo primero)*

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

[...].

En este orden de ideas, la igualdad que establece nuestra legislación, es el principal reconocimiento entre ambos géneros, considerándolos iguales ante la ley y la sociedad. Por cuanto hace a la reproducción, nos enfrentamos ante un obstáculo natural, puesto que el varón no puede ejercer su derecho de gestación (por razones de la naturaleza), siendo la mujer quien logra la procreación.

Ahora bien, el desarrollo de las nuevas tecnologías, en cuestiones de reproducción asistida y de gestación subrogada, ha logrado que personas con problemas de procreación puedan tener su propia descendencia; de esta manera, ejerzan su derecho, y no sólo en nuestro país sino a nivel internacional, puesto que a través de diversos instrumentos jurídicos en los que México es parte, se obliga a dar cumplimiento con lo pactado y éstos tienen validez. Por ende, se establecen en el artículo 27 fracción I, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo que: “*Toda persona tiene derecho [...] a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*”¹⁴⁹; tendiendo como base éste artículo, podemos decir que la gestación subrogada es permitida, ya que es un avance científico y el beneficio sería que la pareja ejerza su derecho de tener su propia descendencia; basándonos en un documento jurídico internacional y en nuestra legislación federal, siendo lícita esta situación, puesto que nuestra misma Constitución dispone en su artículo 133, que los tratados que México celebre son aprobados.

Por otra parte, para efectos de ampliar y tocar a fondo este tema, es necesario que nuestros legisladores desarrollen y extiendan este derecho que por ley está establecido; derecho del cual está

¹⁴⁹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos, op. cit.*, art. 27 fracción I.

fundamentado en nuestra Carta Magna para legislar y regular en materia de gestación subrogada, estipulado en la fracción II del artículo 71 y en las fracciones XVI y XXX del artículo 73, para la expedición de leyes, que en este caso es necesario, puesto que es un problema de salud pública, y sobre todo, es una cuestión que en nuestra sociedad sucede en la realidad.

5.2 LEYES ACERCA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Para el mundo ha sido de gran importancia tener una normatividad en materia de los derechos reproductivos, los cuales intrínsecamente van de la mano con la gestación subrogada, enfocándola de esta manera, para analizar la aplicación que se ha dado por los diversos países, y dichas legislaciones internacionales y nacionales protegen este derecho, del cual versaremos en su análisis para observar que su legislación en nuestro país es de gran interés, siendo lícita la gestación subrogada, así como las diversas técnicas de reproducción asistida para llevarla al cabo.

5.2.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Aprobada el 10 de diciembre de 1948 en París, el cual dicho documento substancial comprende 30 artículos esenciales para los individuos, a partir de la Carta de San Francisco de 1945, del cual reconoce en su artículo 3° en que: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”¹⁵⁰, al respecto, este derecho da la pauta a saber: que cualquier persona, sea por los medios en que haya sido su nacimiento, tiene derecho a la vida y merece vivir; de manera que, toda persona es libre; y enfatizando este derecho, por libertad se entiende que cada uno es libre de hacer lo que dese siempre y cuando no invada la libertad de otro ni perturbe el orden público, siendo lícita su actuación conforme a la normatividad de su país, por lo cual, sí una mujer acepta

¹⁵⁰ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

ser madre subrogada, es porque lo eligió libremente, sin que haya mediado presión alguna sobre su decisión, puesto que tiene la libertad de elegir lo que a ella como mujer le convenga a sus intereses. Es por lo cual, cada mujer tiene la capacidad de elegir, de hacer con su cuerpo lo que más le parezca, ya sea para fines propios o para beneficio de otros, como es el caso de la gestación subrogada, solamente dentro de las normas jurídicas y morales de la época y lugar establecidas en la sociedad.

5.2.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Es el tratado por el cual reconoce los derechos económicos, sociales y culturales, mismo que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. En este documento, del cual consta de 31 artículos, y en su artículo 10 se establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.¹⁵¹

De esta manera, los Estados que forman parte de este Pacto Internacional reconocen que brindarán la protección y la asistencia que requiera a la familia; por lo tanto, sí una pareja desea formar una familia, y para lograrlo requiere de técnicas de reproducción asistida para lograr su descendencia, el compromiso del Estado es apoyar y

¹⁵¹ *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 16 de diciembre de 1966.

fomentar su constitución de manera responsable, puesto que los hijos que tengan deben tener los cuidados necesarios y todo aquello que le sea benéfico para su vida.

Cabe señalar, que este Pacto brinda un sustento legal internacional para todas aquellas parejas que mediante la gestación subrogada eligen para constituir una familia.

5.2.3 PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR".

La Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocida como Protocolo de San Salvador, fue llevado en El Salvador el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, siendo una de las bases del Sistema Interamericano.

Dentro de este marco hemos de considerar que, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador" ha recogido en su artículo 15, el derecho a la constitución y protección de la familia, que textualmente indica:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

[...].¹⁵²

Partiendo del primer párrafo del precedente artículo, tenemos que este documento plasma que la familia es la base fundamental de toda sociedad, misma que debe ser protegida por el Estado, dando su apoyo para velar sus intereses y ver por el bienestar de ésta.

Respecto a los dos últimos aspectos, se considera que cualquier persona tiene el pleno derecho de constituir una familia, siempre y cuando sea lícita, obteniendo la protección de su Estado, mismo que si una persona desea junto con su pareja formar una familia, pero no puede por factores que se les imposibilite de manera natural y deciden realizarlo por medio de la gestación subrogada, tienen todo el derecho de poderlo realizar, puesto que no viola ninguna norma, además que es protegido este derecho por diversos ordenamientos internacionales, entre los cuales se encuentra éste.

5.2.4 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Respecto a este ordenamiento, es una legislación mexicana que tiene por objeto garantizar a las niñas, niños y adolescentes, la tutela y el respeto de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y relativo al artículo 3° expone que:

La protección de los derechos de niñas, niños y las y los adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

¹⁵² *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador"*, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y las y los adolescentes:

- A.** El del interés superior de la infancia.
- B.** El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C.** El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- D.** El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E.** El de tener una vida libre de violencia.
- F.** El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G.** El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.¹⁵³

Al respecto, México es uno de los países en tener en su legislación la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, dándoles un desarrollo integral de oportunidades y derechos plasmados en esta norma. Cabe señalar, que maneja en este artículo los siete principios rectores de la protección de niños, niñas y las y los adolescentes; por lo cual pone en primer término, que será primordial el interés de la infancia, puesto que se velarán siempre sus derechos como primer orden; además de ser igualitarios en derechos, junto con una familia que le dé la protección y un bienestar armonioso; de ser protegido ante

¹⁵³ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México, D. F., 29 de mayo de 2000.

cualquier violencia, manteniendo un estado pacífico en su vida; ser garantizado de sus derechos que por ley se le otorgan.

Por lo que respecta en el artículo 4° expresa que:

De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁵⁴

En otras palabras, asume el Estado Mexicano de tener interés especial en los derechos de niños, niñas y adolescentes, por el cual procura su crecimiento y desarrollo en un ambiente familiar y social, del cual se respetaran y garantizarán sus derechos fundamentales que la propia Carta Magna establece y los tratados internacionales, mismo que lo establece en el artículo 6° de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Federal.

Ante esto, las parejas que desean ser padres por medio de la gestación subrogada, tendrán la certeza que al tener un hijo por medio de este procedimiento, cuidarán, educarán y brindarán lo necesario al niño,

¹⁵⁴ *Ídem.*

puesto que será su hijo, puesto que tendrá un lazo consanguíneo de la pareja, quienes serán sus padres y darán una mejor calidad de vida.

5.2.5 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La Convención sobre los Derechos del Niño, su precedente fue la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño; es un instrumento jurídicamente vinculante, por lo cual los Estados que lo ratificaron están obligados a su cumplimiento. Anteriormente se encontraba implícita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero se llegó al convencimiento que se necesitaba tener un tratado internacional que protegiera en especial a los derechos de los niños del mundo. Contiene 54 artículos, y en cuanto a lo referente a la gestación subrogada, se hace emblemático el artículo 3.2 refiere: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.¹⁵⁵ Por lo tanto, el niño tendrá la protección de su Estado, brindándole lo necesario para su bienestar.

Ahora bien, el artículo 6 indica que: *“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”*¹⁵⁶ De esta manera, todo niño tiene el derecho de nacer y vivir, sin importar por cuales medios fue concebido, otorgando el Estado la garantía de su supervivencia y desarrollo del menor, puesto que le brinda la defensa de sus derechos plasmados en esta Convención Internacional.

Por otra parte, el artículo 7.1 indica que: *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo*

¹⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 20 de noviembre de 1989.

¹⁵⁶ *Ídem*.

*posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*¹⁵⁷ Con respecto a este punto, se refiere que sí un niño al nacer por medio de la subrogación, es necesario que la mujer gestante entregue a la pareja, quienes serán los padres del menor, para que de inmediato sea inscrito como hijo de la pareja, teniendo por ley todos los derechos que sobrevengan como hijo legal.

Del mismo modo, mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida no se puede considerar que sea de uso exclusivo de la mujer o de la pareja que desea procrear, puesto que entran en consideración los derechos del hijo o hija, siendo de gran importancia la protección y el aseguramiento de sus derechos como niño.

5.2.6 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue sancionada seis meses después. Dicho documento no forma parte de la Carta de la OEA (Organización de los Estados Americanos) y tampoco ha sido considerada como tratado, siendo así que la OEA aún no la incluye entre sus documentos en su sitio web. Dicha Declaración fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.

La Declaración comprende 38 artículos, pero es el artículo VI el cual se refiere al derecho de constitución y protección de la familia, haciendo mención que: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”*¹⁵⁸ En consecuencia, hace énfasis en la familia como base de las personas, por el cual, tienen el derecho de constituir, sin importar si recurren a la gestación subrogada para lograrlo, puesto que el mismo Estado debe

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, República de Colombia, 2 de mayo de 1948.

brindar protección para que las personas puedan formar una familia, sí es que de manera natural existen complicaciones, ya que para eso existen alternativas biotecnológicas que proporcionan que una pareja pueda tener un hijo con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida.

5.2.7 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ).

La Convención Americana sobre Derechos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978, siendo una de las bases del Sistema Interamericano.

En relación al respeto de los derechos y las libertades reconocidas, se encuentran plasmadas en el artículo 1.1 que: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*¹⁵⁹

Cuestión que establece la libertad de poder hacer uso de tus derechos de manera libre, siempre sujetándose a la jurisdicción e intrínsecamente viene ligado a los artículos 2 y 3 del mismo ordenamiento; por lo que respecta a la gestación subrogada, una mujer si lo desea, tiene la libertad de poder subrogar su vientre para la gestación y concepción de un niño, mediante el cual, una pareja no puede realizarlo por sí misma.

Dentro de su legislación, contiene en su artículo 4.1 que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie*

¹⁵⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

*puede ser privado de la vida arbitrariamente.*¹⁶⁰ Al respecto, tutela el derecho a partir de la concepción, además de prohibir la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos.

5.2.8 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Es un tratado que fue ratificado el 16 de diciembre de 1966 en Nueva York, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976; y de los 53 artículos que contiene, el que habla respecto al derecho a la vida es el artículo 6.1 que dice: “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*”¹⁶¹ Por esta razón, la vida es un derecho protegido por diversos ordenamientos jurídicos internacionales, ya que representa la existencia de un ser humano, y además, no puede ser privado de ella, siendo éste derecho la base de todos los derechos que el ser humano puede obtener.

En relación con la gestación subrogada, tiene relación por cuanto hace a la vida del ser que se concibe por medio de la ayuda de métodos de reproducción asistida, ya que nadie puede decir si vive o no, es un derecho que por ello es necesario proteger.

5.3 LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA LEY GENERAL DE SALUD.

Uno de los derechos que se consagran en la Ley Suprema de nuestro país, es precisamente el de la salud, lo que resulta reglamentario a este derecho fundamental, estableciéndose en ella las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud desde el año de 1984.

¹⁶⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), op. cit.*

¹⁶¹ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, 23 de marzo de 1976.*

Su principal finalidad es de lograr el bienestar físico y mental de las personas, para así contribuir al pleno ejercicio de sus capacidades y lograr un mejoramiento en la calidad de la vida humana, su protección, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan a su desarrollo social.

En consecuencia, tiene como objetivo la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en cuestiones de preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud; así como el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades principales de la población. De ahí que, el adecuado aprovechamiento y la utilización de los servicios de salud, y el desarrollo de la investigación científica y tecnológica para el bienestar de la salud; lo cual significa que, las personas tienen la protección de esta norma para cuestiones que se relacionen con la salud y bienestar físico y mental.

Ahora bien, en relación a cuestiones actuales, como lo es la gestación subrogada y las técnicas de reproducción asistida, son parte de la salud de la población y de un problema actual que se ha generado por la falta de legislación expresa dedicada a estas materias en particular; por lo que es preciso señalar que la Ley General de Salud contempla en su artículo 68, fracción IV, el apoyo en cuestiones de infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana, pero no menciona los medios o técnicas necesarias para su realización o goce del derecho de la salud.

En este sentido, se puede decir que falta agregar cuestiones en relación a la reproducción asistida y subrogación gestacional; y a pesar que se han presentado diversas iniciativas de ley a la Cámara de Diputados, no se ha tenido aprobación de ninguna desde el año del 2002.

5.4 ESTUDIO ANALÍTICO DE LAS DIVERSAS INICIATIVAS DE LEYES EN MÉXICO SOBRE CUESTIONES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Existen en nuestro país siete iniciativas desde 2002 sobre cuestiones de reproducción asistida, clasificadas de dos formas: iniciativas relativas a la regulación de la reproducción asistida y subrogación gestacional; y la segunda, iniciativas de reforma a la Ley General de Salud relativas a la regulación de la maternidad, reproducción asistida, inseminación artificial, etc.¹⁶²

5.4.1 INICIATIVAS DE LEY RELATIVAS A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUBROGACIÓN GESTACIONAL.

Dentro de las iniciativas que fueron presentadas en la Cámara de Diputados, se destacan las siguientes:

La primera iniciativa fue presentada por el Diputado Alberto Esteva Salinas (Grupo Parlamentario del Partido de Convergencia), publicado en la Gaceta Parlamentaria el 6 de diciembre de 2007, de número 2398-I, en el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Federal y de la Ley General de Salud, y expide la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

De ahí que la adición que se realiza por cuanto hace a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 1o., tercer párrafo (actualmente es el párrafo quinto) y el artículo 4o., segundo párrafo y se adiciona un párrafo, para pasar a ser el tercer párrafo de este artículo, los cuales quedarían de esta manera:¹⁶³

¹⁶² SPI-ISS-29-10, GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “*Maternidad Subrogada. Análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal. (Segunda Parte)*” [en línea], México, D. F., Octubre, 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

¹⁶³ “*Proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Salud,*

Artículo 1o. ...

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, **por el método por el que hayan sido concebidos**, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 4o. ...

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número, el espaciamiento y **método de concepción** de sus hijos.

El Estado a través de la ley respectiva, regulará todo lo concerniente a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida haciendo prevalecer la dignidad humana, el respeto a familia y los derechos de la niñez.

...

...

Por cuanto hace a la Ley General de Salud, se propone hacer una reforma en los artículos 313, 314, 315 y 318, los cuales quedarían de la siguiente forma:¹⁶⁴

Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:

I. ...

y expide la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida” [en línea], México, 6 de diciembre de 2007, Disponible en:
http://sitl.diputados.gob.mx/cuadros_comparativos/1PO2/1239-1PO2-07.pdf
consultada el 20 de abril de 2013.

¹⁶⁴ *Ídem.*

II. ...

III. La regulación y el control de los centros donde se apliquen técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:

I. a XIV. ...

XV. Técnicas de reproducción humana asistida, a toda acción tendiente (sic) a auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica, no generando modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano.

Artículo 315. Los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a:

I. a IV. ...

V. La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

...

Artículo 318. Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto **en la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, a esta ley en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.

Actualmente, los artículos que se reformaron 313 y 314, se realizó en el año 2007, en donde la Ley General de Salud no tenía correlativos y formaban parte de la adición a estos dos artículos en esas fracciones.

Por añadidura, se crea la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, donde se regulan las técnicas de reproducción

humana asistida, teniendo en consideración la dignidad de la persona, el respeto a la familia y los derechos de la niñez; tomando en cuenta la autorización de la Secretaría de Salud para la prácticas de dichas técnicas y que se realicen en centros autorizados, con el fin de prevalecer la salud física o psíquica de la mujer; además, contemplando definiciones propias de la materia; considerando también el registro nacional en la reproducción asistida; y las infracciones y sanciones en caso de incumplimiento.

Un aspecto importante en relación a la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dentro de su Título Tercero, Capítulo Tercero “Gestación por sustitución”, no considera que esta modalidad del contrato sea una forma de reproducción en caso de problemas de gestación.

La segunda iniciativa de ley fue presentada por la Diputada Leticia Quezada Contreras (Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática), publicado en la Gaceta Parlamentaria el 30 de julio de 2010, con número 3064, en donde se crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional, y adiciona y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud.

De manera que, adiciona y reforma los artículos 330, 465 y 466 de la Ley General de Salud, para establecerse de la siguiente manera:¹⁶⁵

Artículo 330.- Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse al cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.

¹⁶⁵ “*Proyecto que crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley General de Salud*” [en línea], México, 30 de julio de 2010, Disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXI_leg/cuadros_comparativos/2CP1/0998-2CP1-10.pdf consultada el 20 de abril de 2013.

Está prohibido:

- I. El trasplante de gónadas o tejidos gonadales, y
- II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos.

No se considerará trasplante la práctica médica que regula la Ley Federal de Subrogación Gestacional.

Artículo 465.- Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica **con el objeto de realizar manipulación genética** en seres humanos, sin sujetarse a lo previsto en el Título Quinto de esta Ley, **y en los siguientes supuestos:**

- I. **Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;**
- II. **Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y**
- III. **Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.**

Se le impondrá prisión de **dos a diez** años, **inhabilitación y suspensión** en el ejercicio profesional de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si la conducta se lleva a cabo con menores, incapaces, ancianos, sujetos privados de libertad o, en general, con personas que por

cualquier circunstancia no pudieran resistirse, la pena que fija el párrafo anterior se aumentará hasta en un tanto más.

Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de **tres a ocho** años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si **el delito se realiza con violencia o de ella** resulta un embarazo, **la pena aplicable será de cinco a catorce** años. **Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.**

Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Se equipara al delito de inseminación artificial no consentida, la falta de conocimiento o firma del cónyuge o concubino de la mujer gestante que establece la Ley de Subrogación Gestacional.

Con base en lo antes expuesto se establece datos relevantes en la Ley General de Salud que encajan bien a la iniciativa de la Ley Federal de Subrogación Gestacional; puesto que esta ley es de orden público e interés social, teniendo como objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la subrogación gestacional; siendo ésta una práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer; además, protege la dignidad de la persona y el interés superior del menor; dispone que es una práctica sin fines de lucro; establece

definiciones que en nuestra investigación forman parte fundamental como antecedente de iniciativa de ley, las cuales son:¹⁶⁶

Instrumento para la subrogación gestacional: es el instrumento suscrito ante un notario público, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica. En beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que pueden o no aportar su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el fin del embarazo o el nacimiento;

Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el derecho internacional público;

Implantación de mórula: Implantación de mórula o huevo humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada fecundación in vitro con transferencia de embriones, cuyas siglas son FIVTE aplicada en su variantes homóloga y heteróloga, entendida por la primera, aquella en que los donantes de los gametos humanos coinciden con la madre subrogada y el padre y la heteróloga es aquella que permite que exista coincidencia entre donantes de los gametos humanos y alguno de los progenitores subrogados;

Madre subrogada: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que puede o no aportar su

¹⁶⁶ SPI-ISS-29-10, GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *op. cit.*

material genético para la fecundación. Que se compromete mediante el instrumento denominado: Instrumento para la subrogación gestacional desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, procurando velar por el interés superior del menor y a ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;

Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete mediante un instrumento jurídico denominado instrumento para la Subrogación gestacional a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que puede o no aportar su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el fin del embarazo o el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados de la condición biológica de mujer embarazada hasta la conclusión de dicho estado o el nacimiento;

Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta o no su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento denominado: Instrumento para la subrogación gestacional desde el momento de la implantación, las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, procurando velar por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

Subrogación gestacional: la práctica médica consistente en la implantación de mórulas humanas en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados que pueden ser aportados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato o por donantes de gametos humanos que renuncian a cualquier derecho derivado de la filiación y la

paternidad, y que aportan su carga o material genético, y que concluye con el fin del embarazo o el nacimiento;¹⁶⁷

Como puede observarse, esta iniciativa se enfoca como subrogación gestacional, otorgando esta denominación una forma de adecuar la técnica de gestación subrogada como una alternativa a las parejas con imposibilidades de gestación; la cual aborda aspectos relevantes; teniendo en cuenta que se realizó en 2010, siendo la más encaminada por cuanto hace a la gestación subrogada a nivel federal.

A su vez, se da una tercera iniciativa proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud, presentada por la Senadora Maki Ester Ortiz Domínguez (Partido Acción Nacional en el Senado), el 19 de diciembre de 2012.

Misma que estipula que se reforman la fracción segunda del apartado A. del artículo 13, se reforma el segundo párrafo del artículo 18; se adiciona una fracción IV bis. 1. del artículo 3º; y se adiciona un artículo 67 Bis., todos de la Ley General de Salud, para quedar estipulado de la siguiente forma:¹⁶⁸

Artículo 3º. En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:

I. a IV. ...

IV Bis 1. La regulación y el control sanitario de la reproducción humana asistida;

V. a XXVIII. ...

¹⁶⁷ VER fig. 3 y 4 en "Anexos".

¹⁶⁸ "Iniciativa proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud" [en línea], México, 19 de diciembre de 2012, Disponible en: [http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps\(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz\).pdf](http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz).pdf) consultada el 21 de abril de 2013.

Artículo 13. La competencia entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud:

I. ...

II. En las materias enumeradas en las fracciones I, III, **IV Bis. 1**, XV Bis, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII del artículo 3o. de esta Ley, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud;

...

Artículo 18.- ...

La Secretaría de Salud propondrá la celebración de acuerdos de coordinación con los gobiernos de las entidades federativas para la participación de éstos en la prestación de los servicios a que se refieren las fracciones I, III, **IV Bis. 1**, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII del artículo 3o. de esta Ley.

Artículo 67 Bis.- El estado garantizará el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluyendo el acceso a la planificación familiar, la prevención de enfermedades de transmisión sexual, los servicios obstétricos de emergencia.

La promoción del derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción de manera libre, responsable e informada, sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia es una de las bases de las políticas y programas de salud reproductiva.

Toda prestación de servicios de salud reproductiva requiere el consentimiento libre e informado de las partes interesadas.

En este sentido se trata de impedir que la crioconservación de embriones siga aumentando sin control; además de proteger la vida, la salud y la dignidad humana en la fertilización asistida y en especial en la formación, implante y destino final del embrión. Por lo cual, es importante el desarrollo de un marco normativo en el que se apoye de los avances científicos y tecnológicos, para que las parejas tengan certeza jurídica al recurrir a técnicas de reproducción asistida.

Esta iniciativa tiene como objeto regular el acceso al Sistema Nacional de Salud, en materia de reproducción humana asistida, en términos del artículo 4º constitucional, así como el artículo 5º de la Ley General de Salud, con el fin de auxiliar a los problemas reproductivos del hombre y la mujer derivados de la esterilidad o infertilidad, así como proteger la vida, la salud y la dignidad humana en la fertilización asistida y en especial en la formación, implante y el destino final del embrión. También logra la introducción de importantes novedades a nivel internacional, como lo es la definición de embrión; además, se basan en las leyes internacionales de las que México forma parte sobre cuestiones de genoma humano y de Bioética, reformando el derecho de la salud que es salvaguardado por la Secretaría de Salud, de manera que desarrolla nuevas técnicas para la solución de problemas de salud pública.

Otro aspecto importante y sobretodo en nuestra investigación, es que introduce a esta iniciativa proyecto de ley a la gestación subrogada, denominada "*mujer receptora de embrión*", definiéndola como la "*mujer que permite y autoriza la utilización de su útero de manera gratuita para la implantación de embriones humanos ajenos con la finalidad de su gestación hasta el nacimiento del producto*".¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Idem.*

De manera que contemplan diversos aspectos importantes como: donación de células germinales, el contrato (ya sea por donación de células germinales, el depósito de células germinales, la donación de células germinales y/o la recepción de embrión), medidas de seguridad, sanciones administrativas, delitos, recurso de inconformidad, el Registro Nacional de Reproducción Humana Asistida, entre otros aspectos relevantes que abundan más sobre la reproducción asistida y la gestación subrogada.

5.4.2 INICIATIVAS DE REFORMA A LA LEY GENERAL DE SALUD RELATIVAS A LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD, REPRODUCCIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, ETC.

En lo concerniente a las diversas iniciativas a nivel federal relativas a la regulación de las técnicas de reproducción asistida, mediante la adición de un capítulo a la Ley General de Salud, se analizarán las siguientes:

La primera iniciativa de Ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida, presentada por el Diputado Francisco Salvador López Brito (Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional), el 27 de septiembre de 2002; mediante el cual, establecieron la regulación de la investigación y aplicación clínica de las técnicas de reproducción asistida tras los avances de la ciencia y la biología de la reproducción, por lo cual, los legisladores se vieron en la tarea de plantear las reglas y normas para regular esta ciencia y sus tecnologías, proyectando un orden jurídico por cuanto hace a las nuevas conductas profesionales.

Asimismo la legislación puntualiza que la reproducción humana asistida no es una alternativa al proceso reproductivo normal, sino una técnica destinada a tratar la infertilidad de las parejas cuando otras técnicas o procedimientos no han sido efectivos, logrando así recurrir a la reproducción asistida, con la excepción de recurrir a la gestación

subrogada, ya que establece que “*Es nulo cualquier contrato de alquiler de útero o de maternidad sustitutiva o subrogada*”.¹⁷⁰

Por otra parte, la segunda iniciativa que adiciona una fracción al artículo 3 y el Título Decimocuarto Bis, “Sobre Reproducción Asistida”, a la Ley General de Salud, presentada por el Diputado Rafael García Tinajero Pérez (Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática), el 2 de diciembre de 2004; el cual en este año ven la necesidad de regular el progreso de la medicina moderna por cuanto hace a la fecundación y reproducción humana a causa de la infertilidad, puesto que afecta a nivel mundial entre 8 y 15 por ciento de las parejas en edad reproductiva, siendo un problema de salud pública.

En relación a la adición de una fracción al artículo 3o. de la Ley General de Salud, dispone la siguiente modificación:¹⁷¹

Artículo 3°. En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:

I. a XVI. ...

XVI Bis. La regulación y el control sanitario de la reproducción asistida;

XVII. a XXVIII. ...

¹⁷⁰ “*Iniciativa de ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida*” [en línea], México, 27 de septiembre de 2002, artículo 77 bis J, Disponible en: http://fundar.org.mx/_seguimiento/sc_salud/SALUD_19.pdf consultada el 20 de abril de 2013.

¹⁷¹ “*Iniciativa de ley que adiciona una fracción al artículo 3 y el Título Decimocuarto Bis, “Sobre Reproducción Asistida”, a la Ley General de Salud*” [en línea], México, 2 de diciembre de 2004, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/59/2004/dic/20041202-I.html> consultada el 20 de abril de 2013.

Esta iniciativa de ley reconoce la reproducción asistida como medio de hacer efectiva la libertad reproductiva, tomando en consideración el respeto de los derechos sexuales y reproductivos que establece la Constitución Federal; siendo así, regula la autorización de unidades o servicios como bancos de semen, laboratorios de semen, unidades de inseminación artificial, centros o unidades de fecundación in vitro y bancos de embriones; además, establece la donación de embriones o gametos, conceptos relativos a las técnicas de reproducción asistida, el Consejo de Fertilización Humana y Embriología; y considera que la gestación subrogada *“Es nulo de pleno derecho cualquier contrato de alquiler de útero o de maternidad sustitutiva o subrogada con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*.¹⁷² Al respecto, consideran que la gestación subrogada puede ser contemplada como una forma de instrumentar el cuerpo de la mujer, en particular a las más vulnerables.

Ahora bien, la tercera iniciativa que adiciona el capítulo VII Bis, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, en el Título Tercero de la Ley General de Salud, presentada por el Diputado Jesús Martínez Álvarez (Grupo Parlamentario de Convergencia), el 19 de abril de 2005. En esta iniciativa sobre la reproducción asistida, se dispone que sea un medio alternativo para dar efectividad a la libertad reproductiva del ser humano.

Considera que las técnicas de reproducción asistida son para fines de reproducción; dispone también sobre transferencia de embriones, modificación del genoma humano con fines terapéuticos, autorizaciones sanitarias, procedimientos; crea una instancia dependiente de la Secretaría de Salud, que es el Consejo de Fertilización Humana y Embriología; el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones; Crioconservación; Donaciones de embriones, gametos o células germinales; Comité de Bioética; y técnicas de diagnóstico

¹⁷² *Ibidem*, art. 350 Bis 14.

prenatal; así como aspectos esenciales sobre la reproducción asistida, así como tres técnicas para ser utilizadas como suplencia para aquellas parejas que padezcan de infertilidad o esterilidad para la procreación, las cuales son: inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencia de embriones, y transferencia intratubárica de gametos. Pero un aspecto relevante es que establece que: “Será nulo de pleno derecho cualquier acuerdo de voluntades por el que se pretenda alquilar un útero, o practicar la maternidad sustitutiva o subrogada”.¹⁷³

En relación a la cuarta iniciativa que adiciona el capítulo VI Bis de la Ley General de Salud, y Atención de la Pareja Infértil, presentada por la Diputada María Cristina Díaz Salazar (Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional), el 10 de mayo de 2005. Incorpora a la Ley General de Salud, un capítulo denominado “Atención a la Pareja Infértil”, estableciendo que la Secretaría de Salud deberá de informar y orientar a las parejas con problemas de fertilidad.¹⁷⁴

Para recurrir a las técnicas de reproducción asistida, deberán agotar todos los medios para recurrir a las técnicas de reproducción asistida, que incluye la fertilización in vitro, transferencia embrionaria, transferencia intratubaria de gametos, transferencia intratubaria de cigotos, crioconservación de óvulos y espermatozoides, tejido ovárico y tejido testicular. De igual manera, expresa la prohibición de la maternidad subrogada, substitutiva o alquiler de útero.

Por otra parte, la quinta iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, respecto a la Reproducción Asistida, propuesta por la Diputada María Cristina Díaz Salazar (Grupo

¹⁷³ “Iniciativa que adiciona el capítulo VII Bis, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, en el Título Tercero de la Ley General de Salud” [en línea], México, 19 de abril de 2005, artículo 77 Bis G, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

¹⁷⁴ “Iniciativa que adiciona el capítulo VI Bis de la Ley General de Salud, y Atención de la Pareja Infértil” [en línea], México, 10 de mayo de 2005, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional), el 8 de abril de 2010. A diferencia de las anteriores iniciativas, en ésta destaca conceptos como: procedimiento de micro manipulación para mejorar la implantación, banco para criopreservación, banco de semen, donación de preembriones, embarazo bioquímico, embarazo clínico, fecundación o fertilización, fertilización in vitro, implantación, inseminación artificial, inyección intracitoplasmática de esperma y zona pelúcida.¹⁷⁵

Otra cuestión que estipula, es la integración del Centro Nacional de Técnicas de Reproducción Asistida, para la certificación y autorización de las técnicas de reproducción asistida, el lugar donde se realizará el procedimiento y los médicos tratantes; siendo competente para vigilar y sancionar, y en caso de irregularidades, dará aviso a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

Ante este panorama, se da una sexta iniciativa con proyecto de decreto que reforma la Ley General de Salud, realizado por los Senadores Julio César Aguirre Méndez, Antonio Mejía Haro y René Arce Círigo (Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en el Senado); suscrita el 9 de diciembre de 2010.

Se *reforma* el artículo 421 y el artículo 466; se *adiciona* una fracción al artículo 3º, un Capítulo VI BIS al Título Tercero sobre reproducción asistida, la fracción VII al artículo 198, la fracción IV al artículo 313, la fracción V al artículo 315, la fracción XI al artículo 375, un artículo 462 Bis 1, un artículo 462 Bis 2; y se *deroga* la fracción I del artículo 314, todos de la Ley General de Salud.¹⁷⁶

¹⁷⁵ “*Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, respecto a la Reproducción Asistida*” [en línea], México, 8 de abril de 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

¹⁷⁶ “*Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma la Ley General de Salud*” [en línea], México, 9 de diciembre de 2010, Disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/12/asun_2724872_20101213_1291912704.pdf consultada el 21 de abril de 2013.

Frente a esta postura, considera que la reproducción humana asistida es un tema sanitario que requiere de regulación del sector público de salud, siendo una realidad en la sociedad, misma que debe ser equitativa e informada a la población, para las personas que enfrentan problemas de fertilidad. Es por eso que la iniciativa propone cuatro destinos posibles para los preembriones crioconservados, y en el caso en el que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico, los cuales son: utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización. También propone, la regulación y autorización de unidades o servicios, destacando la protección y vigilancia para las personas.

A su vez, la séptima iniciativa con proyecto de decreto que adiciona y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de reproducción humana médicamente asistida, presentada por la Senadora María Cristina Díaz Salazar (Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional), el 23 de octubre de 2012, adiciona y reforma el Título cuarto, artículo 313 fracción VI; adiciona el capítulo III Bis “Reproducción Humana Médicamente Asistida”, el artículo 342 Ter y el artículo 342 Quater.¹⁷⁷

Se discute en esta iniciativa que, en los avances de la reproducción asistida durante los últimos veinte años, han surgido situaciones de carácter legal derivadas de la reproducción asistida, por lo cual se ha tenido que recurrir a la creación de leyes para normar estos avances científicos, que en nuestra actualidad ya han ido a paso veloz. Por lo cual se tiene que formar una iniciativa que dé el paso para una futura norma jurídica que enfrente a estos problemas actuales, además que implican un bien jurídico importante, la salud; siendo un derecho que debe velar y proteger el Estado por medio de la Secretaría de Salud,

¹⁷⁷ “Iniciativa con proyecto de decreto que adiciona y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de reproducción humana médicamente asistida” [en línea], México, 23 de octubre de 2012, Disponible en: <http://www.conparticipacion.mx/Boletin/PDF/BA01N03A02.pdf> consultada el 21 de abril de 2013.

por ende, debe establecer criterios que dispongan sobre estas prácticas reproductivas.

Por cuanto a la octava iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, relativo a la Reproducción Humana Médicamente Asistida, presentada por los Senadores María Cristina Díaz Salazar, Miguel Romo Medina, Braulio M. Fernández Aguirre, Armando Neyra Chávez, Hilda Esthela Flores Escalera y Martha Elena barrera Tapia (Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México), el 28 de febrero de 2013. Mediante el cual se desarrolla un proyecto para establecer un marco jurídico en materia de reproducción humana asistida desde el respeto de los derechos humanos hasta el cumplimiento de los derechos reproductivos.

Es por ello que se *reformen* los artículos 13, apartado A. fracción II; 17 bis; la denominación del Título Décimo Cuarto; 313 fracciones II y III; 314 fracción VIII; 315 fracciones III y IV; 319; 466; así mismo se *adicionan* la fracción XXVII Bis 1 al 3º; la fracción IV al 313; las fracciones VIII Bis y XII Bis al 314; la fracción V al 315; un Capítulo III Bis al Título Décimo Cuarto; y un artículo 462 Bis I; de la Ley General de Salud.¹⁷⁸

Dentro de esta iniciativa se busca el beneficio de las parejas sobre información y regulación necesaria al elegir alguna técnica de reproducción asistida; así como también, donación, trasplantes, técnicas de reproducción humana médicamente asistida, la protección para la mujer, quién gestará al embrión que se le implante y todos los derechos relacionados con este procedimiento; otra situación, es la

¹⁷⁸ “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, relativo a la Reproducción Humana Médicamente Asistida” [en línea], México, 28 de febrero de 2013, Disponible en: <http://www.partidoverde.org.mx/pvem/2013/02/iniciativa-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-reforma-y-adicionan-diversas-disposiciones-de-la-ley-general-de-salud-relativo-a-la-reproduccion-humana-medicamente-asistida/> consultada el 21 de abril de 2013.

autorización de los establecimientos que realizarán la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida, contando con los requisitos indispensables para su cabal cumplimiento.

Tras otras aportaciones, se da la novena iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, presentada por la Diputada Raquel Jiménez Cerrillo (Grupo Parlamentario Partido Acción Nacional), el 19 de marzo de 2013, siendo la más reciente iniciativa y la senda en este año, donde se enfocan en la regulación de la reproducción humana médicamente asistida, considerado como uno de los dilemas más controvertidos en la actualidad tras los avances de la ciencia y tecnología, generando ventajas y desventajas, originándose tras el incremento de la tasa de infertilidad y la serie existente de irregularidades a consecuencia de la ausencia de reglamentación en el campo de reproducción asistida.

Mediante ello, se adicionan, fracción XXVI Ter del artículo 3o.; fracción VI al artículo 313, fracción VIII Bis y fracción XII Bis del artículo 314, fracción V del artículo 315, un capítulo III Bis del Título Décimo Cuarto, artículos 342 Bis 3, 342 Bis 4, 342 Bis 5, 342 Bis 6, 342 Bis 7, 462 Bis 1 y 462 Bis 2. Se reforman título décimo cuarto, fracción II del apartado A del artículo 13, artículo 17 Bis 3, fracción VIII, fracción IV del artículo 315, fracción I y II del artículo 464 y artículos 373 y 466, todos de la Ley General de Salud en materia de reproducción humana médicamente asistida.¹⁷⁹

Es por ello que tras los problemas actuales que se generan de salud pública en la población, se han propuesto los requisitos para someterse a estas técnicas de reproducción asistida, el registro y autorización de establecimiento para realizar el procedimiento, así como los requisitos esenciales para el tratamiento. Además, considera los diversos riesgos que implica al someterse a estas técnicas para: la salud del bebé, la

¹⁷⁹ *"Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud"* [en línea], México, 19 de marzo de 2013, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/mar/20130319-VI.html#Iniciativa11> consultada el 21 de abril de 2013.

salud de la mujer, el tráfico de embriones y gametos, la práctica de la compra-venta de gametos, la falsedad del manejo de la información, entre otros aspectos que se regulan dentro de la Ley General de Salud, la cual debe contemplar, puesto que es un problema actual en materia de salud pública.

La décima iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Civil Federal, presentada por los Diputados Ricardo Mejía Berdeja y Ricardo Monreal Ávila (Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano), el 9 de abril de 2013, es la más reciente en nuestro país a nivel federal.

Se reforma la Ley General de Salud, adicionando los artículos 71 Bis a 71 Quáter, y del Código Civil Federal los artículos 60, 360 y 370.¹⁸⁰ El cual propone la regulación de las diversas técnicas de reproducción asistida, además reconoce a la maternidad subrogada o gestante como aquella práctica del cual recurren a otra mujer para la gestación del embrión de la pareja. Ambos procedimientos son reconocidos como parte de los derechos reproductivos, garantizando así la maternidad cuando las mujeres y sus parejas se vean imposibilitadas de concebir de manera natural, en casos de infertilidad y esterilidad.

De ahí que se requiere la tipificación legal y la intervención de la autoridad pública, para que de este modo se puedan resolver los diversos problemas que se han originado al no estar regulado. Por lo cual, esta iniciativa prevé el cumplimiento de las obligaciones para la gestación subrogada, el acceso de los servicios de reproducción asistida a las parejas con problemas reproductivos, el reconocimiento de los derechos reproductivos, entre otros aspectos involucrados al derecho de la procreación, bajo la tutela del Estado en beneficio de la población.

¹⁸⁰ “*Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Civil Federal*” [en línea], México, 9 de abril de 2013, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409-V.html#Iniciativas> consultada el 22 de abril de 2013.

En fin, cada una de las iniciativas se han caracterizado por la diversidad de los avances científicos y tecnológicos en materia de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada o de gestación; del cual se presentan diversas formas para la procreación humana frente a problemas de gestación. Por ende, se han creado diversas iniciativas para obtener una solución a los problemas de concepción humana asistida, por lo cual se debe incorporar a nuestro sistema jurídico mexicano normas que regulen acerca de las técnicas de reproducción humana y en especial la gestación subrogada, puesto que esta última ha generado problemática en su parte final del proceso.

5.5 PERSPECTIVA JURÍDICA PARA LA LEGISLACIÓN Y REGULACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ESTADO DE GUERRERO.

Dentro de nuestra legislación guerrerense, aún no se ha contemplado sobre problemas actuales de la sociedad como lo es la gestación subrogada, considerando que esta figura ya ha tenido iniciativas desde el año 2007, por lo cual han ido incrementándose los casos de gestación subrogada sin que nuestro derecho avance junto con los cambios de la ciencia y tecnología, atrasándose en este tipo de alternativas de reproducción asistida, y que ahora en la actualidad ya son más conocidos por la sociedad.

Es por ello que la legislación sobre la gestación subrogada en nuestro estado es necesario, por considerarse un problema al no tener una regulación expresa que disponga sobre estas cuestiones, puesto que la parte fundamental y sobretodo la protección es para el niño que nace mediante este proceso y que debe de establecerse la manera en que se podrá recurrir a este tipo de proceso. Lo cual es necesario que tanto en materia civil, familiar y penal regulen, tal como el avance que ha dado el estado de Tabasco, inclinando una postura positiva hacia la gestación subrogada.

Por ende, analizaremos los Código Civil y Penal de nuestro estado, con el fin de observar los elementos con los cuales se basarían los legisladores para contemplar en nuestra legislación al contrato de gestación subrogada, actualizando nuestra norma a las tendencias actuales en las cuales vive la población.

5.5.1 CONTEMPLACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL.

En nuestra codificación civil, aún no se ha legislado sobre la figura de reproducción asistida ni la gestación subrogada, por lo cual es necesario adecuar a nuestra norma los adelantos de la ciencia y la tecnología, introduciendo importantes modificaciones en relación a la gestación subrogada, por cuanto hace al área de contratos y familiar; los cuales nos permita tener una interpretación progresiva de la ley, de modo que se pueda tener un sustento legal para el legislador al momento de resolver; siendo que nuestro Código Civil lo establece en su artículo 19 que *“El silencio, obscuridad o insuficiencia de la Ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”*, ya que al enfrentarse el legislador con un contrato de gestación subrogada, es su deber resolver conforme a Derecho, y en nuestro Estado aún no se ha regulado, por lo tanto, se tendría que acudir a la interpretación de documentos internacionales para la resolución de la *litis*, como lo establece el artículo 20 del mismo ordenamiento: *“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales de derecho o por analogía”*.

En relación a lo anterior, también se contempla en nuestro Código el conflicto de derechos, por lo cual aporta una base esencial para los dilemas de la gestación subrogada, expresado en el artículo 21, que a la letra dice *“Cuando haya conflicto de derechos, a falta de Ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro”*. Ante

esto, existen tratados, convenios, conferencia y/o documentos internacionales que aportan al legislador resolver sobre cuestiones como lo es la gestación subrogada.

5.5.1.1 EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA DENTRO DEL CAPÍTULO DE CONTRATOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL.

El contrato de gestación subrogada en nuestra legislación civil, es posible contemplarlo, puesto que nuestra codificación norma sobre cuestiones de contratos, contemplando para esto elementos para la realización de un negocio jurídico y sea considerado valido, son los siguientes:¹⁸¹

Artículo 1593.- Son elementos del negocio jurídico:

- I. La capacidad de la parte que se obliga;
- II. El consentimiento, libre de vicios; y que se manifieste como lo establece la ley;
- III. Un objeto, motivo o fin lícito y suficientemente determinado; y
- IV. La forma que requiera la ley.

Artículo 1594.- La falta de alguno de los elementos del negocio jurídico, producirá las consecuencias que se establezcan en cada caso.

En el mismo orden, todo contrato, cualquiera que sea debe de estar sustentado en las disposiciones que establece nuestra codificación civil desde el punto de vista funcional y estructural. Por ende, cada uno de los contratos como fuente de obligaciones, se relaciona de acuerdo a los intereses que cada uno de ellos expresa, clasificándolos dependiendo de sus objetivos, realidades y características propias.

¹⁸¹ *Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, op. cit.*

Ahora bien, la gestación subrogada como contrato debe regularse al igual que los demás contratos nominados por las normas generales del Código Civil; puesto que es contrato que produce o transfiere derechos y obligaciones; y a pesar que se considera de carácter privatista, no lo es, puesto que es de interés público, ya que la salud es un bien jurídico protegido por nuestro sistema puesto que son de tutela efectiva en el ordenamiento jurídico, por lo que compete al interés público del estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo (guarda, ampara o defiende) y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo, es por ello que es necesaria la autorización judicial para la realización de un contrato de gestación subrogada, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte del derecho; por ende, es considerada una relación de interés público.

En este tipo de contrato sobre la materia de gestación subrogada, puede ser tan detallado o minucioso, según como lo consideren las partes. Se pagan los servicios médicos, las revisiones, los estudios, la alimentación, etc. El único compromiso de ésta es entregar un recién nacido. Hasta aquí no hay problema. De hecho, pueden surgir varios pero el que más nos interesa discutir es el que se plantea cuando la gestante incubadora, por las razones que sean, se niega a entregar el producto y decide conservarlo. Aquí hay de entrada un problema, puesto que se estaría violando un contrato, el cual no es sino la expresión, plasmada en el papel, de voluntades que en forma libre adquieren determinados compromisos una parte en relación con la otra. De ahí que un enunciado analítico legal sea *los contratos son para cumplirse*, y no podemos ir en contra de verdades *a priori* como esa. Ante esta situación, se habla de una transferencia en relación con los derechos y obligaciones de quien en principio tendría la patria potestad.

En otras palabras, la celebración de un contrato es el acuerdo por el cual llegan las partes a través de un instrumento privado que surte sus efectos jurídicos, por el cual generan derechos y obligaciones que deben de cumplir; puesto que dentro del contrato se establecen

cláusulas por las cuales determinan las diversas situaciones entre ambas partes lo que pudiera pasar a futuro, además de apegarse a las disposiciones establecidas en la norma civil, y de no cumplir, se sancionará de acuerdo a la ley.

5.5.1.2 CONCEPTUALIZACIÓN EN EL CAMPO FAMILIAR SOBRE CUESTIONES DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Dentro del derecho familiar existe la convicción de que la teoría se enfrenta a la realidad; es por ello que muchas veces la norma se flexibiliza para salvaguardar el bienestar de la institución familiar; así en esta perspectiva, de que no se tutelan las relaciones jurídicas de gestación subrogada; en que los particulares de este tipo de acuerdo se coloquen al margen de la ley, desvirtuando la existencia del mismo, es por ello que creemos firmemente en que es necesario declarar la validez de este tipo de convenio estableciendo para ello ciertas condiciones para su tutela, encauzándolo por un camino certero en este tipo de relaciones por la vía de la legalidad controlada y con pleno respeto de los derechos humanos, ya que el bien jurídico tutelado por el derecho en la gestación subrogada es precisamente el bienestar del menor y la estabilidad familiar.

Dentro de nuestra legislación civil, se pueden considerar aspectos relevantes por cuanto hace al nacimiento de un niño por medio de gestación subrogada; puesto que la pareja contratante que recurre a este tipo de reproducción para tener un hijo, pueden ser asentados en el acta de nacimiento; y al nacer el menor por medio de este procedimiento, tiene el derecho de igualdad, es decir, no se le discriminará o se hará alguna mención que califique su filiación, tal como lo dispone el artículo 325, párrafo tercero y cuarto, del mismo ordenamiento legal.

Ahora bien, nuestro Código Civil, en su libro segundo, abarca el tema "*De la familia*", el cual aborda situaciones esenciales que pueden contemplarse en los casos de gestación subrogada. Un aspecto

importante en este tipo de circunstancias es el parentesco por consanguinidad, establecido en el artículo 377 de este mismo ordenamiento civil, ya que la pareja al elegir la gestación subrogada como una forma de tener un hijo, proporcionan su material genético, y éstos son utilizados para fecundarlos y colocarlos en el vientre de una mujer, quien gestará hasta su alumbramiento, con el fin de tener su propia descendencia. Por lo tanto, el hijo que nace por gestación subrogada, tiene el parentesco consanguíneo de la pareja que utilizó este procedimiento para tener un hijo, el cual es de su propia sangre y desciende de la pareja, quienes serán sus padres.

Por otra parte, el artículo 495 de la ley de la materia, define la filiación como “[...] *vínculo jurídico existentes entre los padres y los hijos. Que confiere e impone derechos, deberes y obligaciones establecidas por la ley*”. Por lo cual, ese vínculo jurídico se da por medio del parentesco consanguíneo, establecido en la ley, puesto que los padres son la pareja contratante, quienes otorgaron su material genético para el desarrollo de este procedimiento, teniendo así un hijo de su propia sangre. Además, que al recurrir a la gestación subrogada como forma de procreación, no tendrá ante la ley ninguna distinción por cuanto a sus derechos, tal como lo manifiesta el artículo 497 de nuestro orden legal.

Ahora bien, al formar parte el hijo de la pareja contratante, quienes ahora serán sus padres, el hijo reconocido tendrá derechos que dispone el Código Civil:

Artículo 538.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tendrá derecho:

I. A llevar el apellido del que le reconoce;

II. A ser alimentado por éste;

III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado, o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero, en el caso de sucesión testamentaria; y

IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

Como puede observarse, nuestro Código Civil contempla la base fundamental por la cual se sustentan situaciones ya reguladas, logrando de esta manera que la gestación subrogada pueda conceptualizarse en nuestra legislación guerrerense; puesto que es una situación que en 29 entidades federativas han estado omisas frente a los avances tecnológicos y científicos ante las nuevas formas de reproducción asistida y principalmente la gestación subrogada, incluyendo nuestro estado; puesto que los estados de San Luis Potosí y Coahuila la prohíben, y solamente el estado de Tabasco es el único en regularla, de manera que acepta la existencia de la gestación subrogada y que forma parte de la salud pública del estado, incluyéndola como parte de su normatividad civil.

5.5.2 POSTURA JURÍDICA ACERCA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL CÓDIGO PENAL.

Los nuevos procedimientos científicos de manera natural abren la puerta para la gestación de nuevas situaciones conflictivas, situaciones para las cuales, no hay una legislación en nuestro estado. Precisamente lo que se debe realizar es de regular ciertos criterios que ocasionan problemas, de manera que las razones que puedan ofrecerse y las conclusiones a las que lleguemos sirvan para orientar la elaboración de leyes apoyadas en el debate.

Por cuanto hace a nuestra legislación penal, contiene elementos sustentables que nos dará la pauta para observar los aspectos básicos e importantes que dispone, con el fin de darle un mayor enfoque por cuanto hace a los aspectos científicos y tecnológicos, que en materia

penal son indispensables, puesto que no se puede sancionar a una persona si no está expresamente prevista y descrita como delito por la ley penal vigente en nuestro Estado (como lo dispone el artículo primero del mismo ordenamiento), y al no haber delito, por ende no se puede sancionar.

Respecto a lo que se refiere a la individualización de la pena, en el caso concreto se puede dar, tal como lo refiere el artículo 56:¹⁸²

ARTICULO 56.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones y medidas de seguridad establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiaridades, la gravedad y el grado de culpabilidad del agente, tomando en consideración:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico y del peligro a que hubiese sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho materializado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- Los daños materiales y morales causados a la víctima;

VI.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos determinantes o móviles que lo impulsaron a delinquir;

¹⁸² *Código Penal del Estado de Guerrero*, Guerrero, México, vigente, art. 56.

VII.- El comportamiento posterior del acusado con relación del delito cometido;

VIII.- Las demás condiciones especiales y personales, en que se encontraba el agente en la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma;

IX.- Cuando el procesado perteneciera a un grupo étnico, se tomarán en cuenta además sus usos y costumbres;

El juez considerará además la condición de mujeres con hijos menores de 23 años que acrediten que están realizando estudios en instituciones legalmente autorizadas, y que demuestren fehacientemente que se dedican a una actividad lícita; indígenas monolingües, trabajadores o jornaleros, asalariados o no, que tengan dependientes económicos y cuya remuneración no sea superior al salario mínimo general de la zona, y que comprueben tener un modo honesto de vivir.

Ya que dependiendo de las consideraciones que establece la ley, se aplicarán las sanciones que se disponga para cada delito, por lo cual es indispensable abarcar situaciones actuales que afectan a la población respecto a los avances de la ciencia y tecnología. A pesar que nuestra norma penal establece en el Título VIII, Capítulo VI, sobre "*Fecundación a través de medios clínicos y esterilidad provocada*", aún falta considerar situaciones más avanzadas como la gestación subrogada y los distintos métodos de reproducción asistida, puesto que esta reforma fue realizada en 2010. Puesto que abarca de manera general sin considerar situaciones que concreten, evitando de esta forma dejar lagunas en nuestra ley.

Por el contrario, hay un delito que establece nuestra norma penal y es el tráfico de menores, que a la letra dice:

ARTICULO 191.- 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, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará prisión de dos a nueve años y de cien a cuatrocientos días multa.

Las mismas penas se aplicarán a los que otorguen el consentimiento a que se refiere este artículo y al tercero que reciba al menor.

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

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se le impondrá prisión de tres meses a un año y de veinte a ochenta días multa.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, las penas se aumentarán hasta el doble de las previstas en aquél.

A quienes teniendo el ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, cometan el delito previsto por este artículo, se les sancionará, además, con privación de aquél y de los derechos de familia en relación con el ofendido.

En este orden de ideas, prohíbe expresamente la entrega de un menor a otra persona, ya sea con la finalidad de tener un beneficio económico o de incorporarlo a un núcleo familiar; y aunque no establezca de manera expresa, prohíbe la gestación subrogada, y no solamente en

este delito sino también en el delito contra la filiación, puesto que el artículo 192 establece lo siguiente:¹⁸³

ARTÍCULO 192.- Se aplicará prisión de tres meses a dos años y privación de los derechos inherentes al parentesco, a la custodia o a la tutela en relación con el ofendido, al que:

I.- Inscriba o haga inscribir en el registro civil a una persona con una filiación que no le corresponda u ocultando indebidamente el nombre de uno o ambos progenitores;

II.- Inscriba o haga inscribir el nacimiento de una persona, sin que éste hubiese ocurrido;

III.- Omita la inscripción de una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerla perder los derechos derivados de su filiación;

IV.- Desconozca o haga incierta la relación de filiación para liberarse de las obligaciones derivadas de la patria potestad;

V.- Dolosamente sustituya a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia;

VI.- Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan;

[...].

Por el contrario, establece que el registro de un menor debe ser de acuerdo a la filiación que corresponda a sus progenitores, de forma que si una pareja realiza el proceso de gestación subrogada, puede inscribirlo sin ningún delito penal, ya que el menor lleva la filiación consanguínea, por llevar la misma sangre de la pareja contratante, que

¹⁸³ *Código Penal del Estado de Guerrero, op. cit.*, art. 192.

vendrían siendo sus padres, al aportar su material genético para la realización de procedimiento; y la filiación asistida, que se deriva de la filiación civil, ya que al recurrir a métodos de reproducción asistida, nace este tipo de filiación

De ahí que la legislación penal guerrerense tiene situaciones por las cuales se pueden contemplar dentro de nuestra norma aquellos casos en los que se vulneren los derechos reproductivos, es decir, cuando no se considera como una forma de ayudar a una pareja a tener un hijo, sino que lo hacen con el fin de tener una remuneración económica; además, de otras circunstancias que son necesarias legislar para evitar este tipo de dilemas que forman parte de la salud pública de nuestro estado.

CONCLUSIONES.

Una vez concluida esta investigación, lo cual me ha llevado determinar gran parte de nuestro sistema jurídico mexicano, y sobre todo las materias civil, familiar y penal, se encuentran retrasado respecto de las exigencias de una sociedad moderna, puesto que sus principios son propios de otras épocas lo que se traduce en normas obsoletas, así pues existe la necesidad de producir cambios relevantes e importantes en el campo del derecho, lo que nos permite establecer entre otros aspectos las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Actualmente no existe un único modelo de familia. Nuestros tiempos han ido cambiando, anteriormente la familia se fundaba únicamente en el matrimonio, ahora ha ido evolucionando de manera vertiginosa, debido a los adelantos científicos y tecnológicos, dejando notoriamente un atraso en nuestro sistema jurídico; por ello es que nuestra legislación vigente debe actualizarse para poder responder a las exigencias de un nuevo mundo jurídico que nos ha tocado vivir.

SEGUNDA.- De igual forma, tras los avances científicos y tecnológicos ha sido posible originarse técnicas de reproducción asistida, dando respuesta a los problemas de gestación y reproducción en una pareja, ya sea en uno o en ambos, por lo cual ya no solamente se puede tener un hijo por medio de la unión sexual, sino que gracias a estos avances se ha podido lograr por métodos que pueden lograr generar vida y descendencia, cuando por medio natural ya no había solución.

TERCERA.- Al originarse las técnicas de reproducción asistida se generaron diversas investigaciones que dieron origen a la gestación subrogada o mejor conocida como maternidad subrogada. Ante esta situación se dio una solución más a los problemas reproductivos, principalmente en la mujer, ya que al no poder gestar se dio la solución de recurrir a otra mujer quien llevará la gestación de los gametos fecundados de la pareja.

CUARTA.- En la actualidad, la gestación subrogada se ha convertido en una práctica común en y por ello ha sido regulada en diversos países, en otros solo la aceptan, puesto que existe y solo falta una norma que regule aspectos de gestación subrogada.

QUINTA.- Por cuanto hace a nuestro país, existen diversos criterios que van a favor o en contra del contrato de gestación subrogada, por ende no se ha desarrollado una norma que regule este tipo de contratos, ya que veintinueve estados de la República están omisos, dos estados la prohíben y solamente el estado de Tabasco la autoriza.

SEXTA.- Además, se puede decir que en nuestra legislación guerrerense no se ha regulado, toda vez que no se le ha dado la importancia que merece, a pesar de que es un fenómeno que está presente, ya que 3 de cada 10 parejas padecen de infertilidad, dato que ha aportado la Organización Mundial de la Salud en tan solo este año.

SÉPTIMA.- En la actualidad, la gestación subrogada en nuestro estado es considerada como ilícita, toda vez que se piensa que va en contra del orden público, la moral y el buen derecho.

OCTAVA.- Por consiguiente, es necesario reformar nuestra legislación con aspectos que han ido desarrollándose a través de la ciencia y la tecnología, con el fin de contar con una adecuada regulación, abarcando todos los aspectos de este tipo de técnicas existentes en nuestra sociedad.

NOVENA.- De esta forma, se establecería una reglamentación uniforme respecto a la gestación subrogada en nuestro estado, aportando una legislación que garantice la preservación de la salud, principalmente de las partes que recurren a la gestación subrogada; además de proteger los derechos reproductivos que establece nuestra Carta Magna y documentos internacionales. Con esto se daría una garantía al realizar este tipo de técnica y evitar posibles fraudes, extorsiones y abusos causados por la necesidad de cumplir el sueño de tener un hijo.

PROPUESTAS.

Ante este panorama, es necesario exponer la solución de este problema de salud pública, que a lo largo de la presente investigación me permitió elaborar las siguientes propuestas:

PRIMERA.- En principio se puede decir que, en lo que respecta especialmente al contrato de gestación subrogada, la legislación del estado de Guerrero no contempla ninguna regulación al respecto, toda vez que se considera que va en contra del orden público, la moral y el buen derecho; es por ello que, en esta investigación se propone modificar nuestra legislación civil actual, con el fin de cubrir los vacíos legales existentes por la falta de una regulación adecuada, en la que se atiendan las necesidades actuales de nuestra sociedad.

Por consiguiente, se puede decir que nuestra norma debe modernizarse, incorporando nuevos conceptos que generan el progreso de la ciencia a efecto de lograr una legislación integral que abarque todos los aspectos relacionados con esta clase de contratos, con el fin de establecer derechos y obligaciones en ambas partes, ya que son partícipes del contrato, el cual debe estar protegido y garantizado por una norma adecuada a estas circunstancias, que contenga supuestos jurídicos que establezcan el cómo se deberá llevar al cabo y las consecuencias jurídicas al realizar este tipo de actos.

Al respecto conviene decir que se han visto en diversas legislaciones este tipo de contratos como legales e incluso tienen una regulación dentro de la norma civil vigente, tal como lo manifiesta el estado de Tabasco. Por ende, consideramos que al modificar nuestra legislación actual con el fin de hacerla más moderna y de acuerdo a los intereses actuales de la sociedad, estaría dentro de las nuevas formas de reproducción asistida, puesto que va de acuerdo con las necesidades de una sociedad exigente, tomando en cuenta que el derecho no puede ser estático ni omiso ante tales circunstancias importantes, debiendo tomar un cambio de acuerdo con las necesidades actuales.

SEGUNDA.- Incluir en el cuerpo normativo del Código Civil del Estado de Guerrero, en el libro quinto referente a los negocios jurídicos, la adición del Título Séptimo Bis, que lleve por nombre “Del contrato de gestación subrogada”, de manera que se aplique en nuestro Estado de manera legal; considerando para ello aspectos especiales que generan este tipo de contratos, como lo es la relación jurídica de las partes, los derechos y obligaciones que surgen, las consecuencias jurídicas al realizar un contrato de gestación subrogada, así como también la forma en que se puede dar el incumplimiento, inexistencia o invalidez del contrato de gestación subrogada, para ello propongo lo siguiente:

Título Séptimo Bis.

Del contrato de gestación subrogada.

Capítulo I.

Disposiciones Generales.

Artículo 2438 Bis 1.- El contrato de gestación subrogada será el acuerdo de voluntades realizado por una persona llamada mujer subrogante o gestante y dos personas llamados pareja contratante y/o solicitante, proporcionando ésta última el componente genético, para la gestación y concepción del ser.

Artículo 2438 Bis 2.- La gestación subrogada deberá hacerse de manera gratuita, sin que intervenga ningún medio lucrativo, ya que se debe actuar de forma altruista con la pareja tras la ineficacia de realizarlo de manera natural.

Artículo 2438 Bis 3.- La mujer gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas contratantes.

Artículo 2438 Bis 4.- Dentro de los requisitos esenciales que debe contemplar cualquier contrato de gestación subrogada son:

- I. Establecer quiénes serán las partes en el contrato.
- II. El propósito del contrato.
- III. Representaciones de cada una de las partes.
- IV. Selección de los médicos.
- V. Las evaluaciones físicas de cada una de las partes, realizado por el médico responsable que las partes hayan indicado.
- VI. Establecer las condiciones en que se sujetarán las partes dentro del contrato.
- VII. Sí así lo desean, establecer las instrucciones médicas.
- VIII. La forma en que se llevará el proceso del procedimiento de fecundación in vitro.
- IX. Establecer cuales serán algunas causas en que se dé la terminación temprana, de acuerdo a cómo lo consideren las partes dentro del contrato.
- X. Una vez que se dé el nacimiento del niño, establecer la responsabilidad de cada una de las partes.
- XI. Indicar qué condiciones establecen del contacto con el niño una vez que nazca.
- XII. Establecer las sesiones para los tratamientos psicológicos para la mujer gestante y cualquier otro tratamiento que se requiera.

XIII. Establecer algunas consideraciones extras como seguro y gastos extras del procedimiento de gestación subrogada.

XIV. Hacer referencia a la jurisdicción a la cual se someterán las partes.

XV. Que dicho contrato tenga fecha, firmas de cada una de las partes ante un Notario Público para su validez. Y en caso de no saber firmar, su huella digital.

Artículo 2438 Bis 5.- En el contrato de gestación subrogada las partes deberán otorgar su consentimiento por escrito ante Notario Público y registrarlo conforme a las disposiciones legales que disponga la ley.

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Además de los derechos del niño los vela nuestra Carta Magna.

Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

Capítulo II

Del Registro ante Notario Público en el Procedimiento del Contrato de Gestación Subrogada.

Artículo 2438 Bis 6.- Las partes estarán obligadas a manifestar ante el Notario Público los siguientes requisitos para la realización de un contrato de gestación subrogada:

I. El otorgamiento por todas las partes que intervienen en el contrato de gestación subrogada, que se realiza sin fines de lucro,

respetando la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la gestación subrogada;

II. La obligación de la pareja solicitante de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento;

III. La aceptación de la persona gestante de que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la pareja solicitantes;

IV. Previa certificación médica, la madre gestante se obliga a proporcionar la leche materna al recién nacido por el término de seis meses, para el buen y sano crecimiento del bebé.

V. La obligación de la mujer gestante de entregar, a la pareja solicitantes al niño o los niños después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento, y;

VI. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el estado de Guerrero. Para efectos de esta fracción en caso de decidir sobre la interrupción de la gestación, las partes que intervienen en el procedimiento de gestación subrogada deberán establecer su consentimiento por escrito ante el Notario Público que inicio el documento para la gestación subrogada.

El consentimiento expresado en el Instrumento para la gestación subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar el adecuado desarrollo del

embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones, sin que ello implique la vulneración de derechos y del bienestar integral de la mujer gestante.

Previa firma del instrumento, el notario público deberá consultar el Registro, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de dos procedimientos de gestación subrogada.

Artículo 2438 Bis 7.- El Instrumento para la Gestación Subrogada, no contendrá disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a la infancia y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la gestación subrogada.

El Instrumento para la gestación subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

- I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la persona gestante;
- II. Limitación al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la gestación subrogada para conocer su identidad personal, que implica la obligación de acceder a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y;
- III. Limitaciones al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la gestación subrogada, a la protección del Estado, mediante la aplicación de las disposiciones que al respecto establece éste Código.

Artículo 2438 Bis 8.- El consentimiento otorgado en el Instrumento para la gestación subrogada y la realización de esta práctica, no produce ninguna relación de filiación entre el o los niños nacidos y la persona gestante. En todos los casos los derechos derivados de la filiación serán a favor de la pareja solicitante.

Capítulo III.

De los derechos y obligaciones de la mujer gestante.

Artículo 2438 Bis 9.- La mujer gestante estará obligada a:

- I. Llevar al cabo el proceso de maternidad subrogada, siempre y cuando haya manifestado por escrito su consentimiento de proporcionar su útero.
- II. Realizar el proceso de gestación subrogada de manera gratuita, sin que haya dinero de por medio, puesto que deberá hacerlo de forma altruista hacia la pareja contratante.
- III. Estar de acuerdo en adherirse a todas y cada una de las instrucciones médicas que se le proporcione para la realización de estudios médicos correspondientes y chequeos constantes antes, durante y después del proceso de embarazo; de igual modo, tener los cuidados de su salud para no afectar el proceso, teniendo una alimentación saludable, no tener actividades que pongan en riesgo el embarazo y no viajar después del segundo trimestre.
- IV. Renunciar a todo lazo consanguíneo que nazca del menor, una vez que ella dé a luz, entregará al menor a la pareja contratante, quiénes se convertirán en sus padres.
- V. Notificar a la pareja contratante en cuando tenga que acudir al hospital, así como también estar presentes durante el parto.

VI. La mujer gestante sólo podrá realizar el proceso de gestación subrogada solamente en dos ocasiones.

Artículo 2438 Bis 10.- La mujer gestante contará con los siguientes derechos:

I. Decidir si acepta llevar al cabo el proceso de gestación subrogada y conocer de todas las implicaciones que vendrán con el proceso.

II. Conocer los resultados de las pruebas y exámenes realizados para saber si es posible llevarse a cabo o no, dando a saber el motivo por parte del médico encargado.

III. Aprobar el número de ciclos recomendados por el médico responsable.

IV. Dar por concluido el acuerdo, siempre que sea antes de que se realice el proceso de gestación subrogada, teniendo un motivo justificado y se haya contemplado dentro del contrato.

V. Podrá elegir la mujer gestante para interrumpir el embarazo siempre que sea para preservar su vida y haya sido supervisada por el médico responsable que ambas partes estipularon.

VI. Podrá visitar al menor cuando esté en el hospital, pero estará bajo los cuidados de la pareja contratante. Y después, la mujer gestante podrá verlo con previa autorización de la pareja y las veces en que ambos decidan.

VII. Recibirá por parte de la pareja contratante las atenciones psicológicas, médicas, nutricionales y demás que requiera antes, durante y después del embarazo.

Capítulo IV.

De los derechos y obligaciones de la pareja contratante.

Artículo 2438 Bis 11.- La pareja contratante estará obligada a:

I. Brindar a la mujer gestante la atención médica, psicológica y todos los cuidados necesarios antes, durante y después del proceso de gestación subrogada.

II. Cumplir con cada una de las instrucciones médicas que les proporcione para realizar los estudios médicos correspondientes.

III. En caso de que se dé la terminación temprana por alguna de las partes, y previa estipulación en el contrato, la pareja contratante será la responsable por los costos en que incurrió la mujer contratada a la fecha en que se dio por terminado el contrato.

IV. Tendrán la responsabilidad del niño, independientemente de la situación en que nazca; además, de tomar las decisiones médicas con respecto al niño después de su nacimiento, previa renuncia de su derecho que tiene la mujer gestante.

V. Contar con una constancia expedida por la Secretaría de Salud y la cual se establezca que una de las personas contratantes es infértil o que tiene problemas para concebir hijos.

Artículo 2438 Bis 12.- La pareja contratante tendrá como derechos:

I. Conocer los resultados de las pruebas y exámenes realizados para saber si es posible llevarse al cabo o no el proceso de gestación subrogada, dando a saber el motivo por parte del médico encargado.

II. Aprobar el número de ciclos recomendados por el médico responsable.

III. Antes de que la mujer gestante se embarace, tienen la decisión de dar por concluido el acuerdo, siempre y cuando haya motivos que originen una terminación temprana que se haya contemplado en el contrato.

IV. Tienen la facultad de poder presenciar el nacimiento durante el parto, solamente si la mujer gestante lo autoriza.

V. Pueden realizar al recién nacido la prueba de ADN para tener la certeza que tiene los genes de la pareja, si la pareja lo desea.

VI. Tienen la facultad de permitir que la mujer gestante pueda ver al menor posteriormente si la pareja lo decide y éstos establecerán el tiempo para que la mujer gestante pueda ver al menor.

Capítulo V.

De las obligaciones de los médicos tratantes en el proceso de gestación subrogada.

Artículo 2438 Bis 13.- Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica informarán ampliamente a las partes que intervienen, de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante.

Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la gestación subrogada, debiendo existir, en formato elaborado por la Secretaría de Salud, constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la privacidad.

Artículo 2438 Bis 14.- Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas usuarias de la gestación subrogada.

Artículo 2438 Bis 15.- El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 2438 Bis 16.- Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos que se derive de la práctica regulada en la presente Ley, sin que exista un Instrumento para la gestación subrogada, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho Instrumento.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la gestación subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley, la Ley General de Salud, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 2438 Bis 17.- El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar que las personas solicitantes del procedimiento de gestación subrogada se encuentran en buen estado de salud física y mental. Así mismo, realizará exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la persona gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión o embriones, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada.

Capítulo VI.

Del modo de terminación del contrato de gestación subrogada.

Artículo 2438 Bis 18.- La gestación subrogada podrá terminar:

I. Por haberse cumplido el objeto por el cual fue realizado el contrato.

II. Por convenio entre las partes.

III. Por existir alguna causa de nulidad.

IV. Por rescisión.

V. Por existir alguna circunstancia, por la cual deba la mujer gestante interrumpir el embarazo.

Artículo 2438 Bis 19.- Es nulo el contrato de gestación subrogada realizado en los siguientes casos:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las partes.

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece el Código.

III. Se establezcan cláusulas que atenten contra la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño nacido por medio de la gestación subrogada, y

IV. Se establezcan cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

V. Las demás que confiere este Código.

Capítulo VII.

De los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato de Gestación Subrogada.

Artículo 2438 Bis 20.- El contrato de gestación subrogada podrá ser revocado por la pareja solicitante, o la mujer gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho del pago de daños y perjuicios.

Artículo 2438 Bis 21.- En caso de que la pareja solicitante, o la mujer gestante incumplan con el contrato de gestación Subrogada, están obligados a pagar los daños y perjuicios que causen por su incumplimiento.

Artículo 2438 Bis 22.- Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento de las partes que intervienen, siendo aplicables las penas que establece el Código Penal.

Artículo 2438 Bis 23.- La pareja solicitante, o la mujer gestante que pretendan obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de las personas que intervienen en la práctica establecida en el presente Código, el o los niños nacidos como consecuencia de la gestación subrogada, o que no cumplan con lo convenido en el contrato de gestación subrogada les serán aplicables las disposiciones legales del estado, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.

De esta manera, se muestra un panorama del contrato de gestación subrogada.

TERCERA.- Modificar por cuanto hace a nuestra codificación civil en los apartados del Acta de Nacimiento, Del Parentesco y Filiación en circunstancias de gestación subrogada; por el cual no debe haber discriminación al registrar al menor, incluir el parentesco cuando sea por medio de gestación subrogada y que la pareja aportó su material genético, se convertirán en padres del menor; además, de conocerse en el parentesco civil la adopción, también se da por medio de las técnicas de reproducción asistida. Y por cuanto hace a la filiación, el nacimiento del niño en caso de gestación subrogada, los integrantes de la pareja contratante serán considerados como padres del menor, ya que aportaron el material genético y el hijo lleva la sangre de ellos, por ende serán los padres del niño; aunado a esto, el contrato de gestación subrogada debe de apegarse a lo establecido por la ley en cuanto a su validez y legalidad.

En este orden de ideas, se establece la siguiente propuesta en la modificación de nuestra codificación civil:

1) Por cuanto hace al apartado de las actas de nacimiento y de reconocimiento de hijos.

Artículo 325.- [...].

[...]

[...]

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna **ni la forma en que fue procreado, incluyendo los diversos métodos de reproducción asistida y gestación subrogada**. Cualquier calificación que se inserte con infracción de este artículo se testará de oficio, de manera que queden ilegibles. El oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa equivalente al importe de diez veces el

salario mínimo general vigente en el Estado y la segunda con destitución del cargo.

Cuando un menor sea procreado por gestación subrogada, se asentará el nombre y apellidos de la pareja que recurrió a este tipo de procedimiento, siempre y cuando presenten el contrato de gestación subrogada protocolizado ante Notario Público y previa autorización de la Institución de Salud, que manifiesten que la pareja aportó el material genético y que la mujer gestante otorgó su consentimiento de manera voluntaria.

2) Por cuanto hace al apartado del Parentesco.

Artículo 377.- El parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor o tronco común, **incluyendo a aquellas personas que nazcan por métodos de reproducción humana asistida y gestación subrogada, cuando la pareja contratante haya aportado su material genético en la realización del procedimiento, con el fin de tener un hijo, que por cuestiones naturales se encuentran imposibilitados.**

3) Por cuanto hace al apartado de la Filiación.

Artículo 495.- [...].

Existen dos tipos de filiación, la consanguínea que es la proveniente del fenómeno biológico y se da por medio de la procreación, obteniendo los mismos genes de los progenitores; la filiación matrimonial es la que se origina por medio del matrimonio porque une a los cónyuges entre sí y une a éstos con los hijos que procrearon; y la filiación extramatrimonial se da la concepción de hijos fuera del matrimonio.

La filiación civil se otorga cuando existe un acto jurídico que lo declara existente entre el hijo y los padres ante la ley. Se distingue la filiación adoptiva del cual surge en la adopción y la filiación asistida, del modo que entran los avances científicos y tecnológicos, que han surgido como solución a los problemas de infertilidad que se presenta entre las parejas, ya que buscan la procreación para crear su propia descendencia.

Artículo 496.- [...].

En el caso de la gestación subrogada, el nacimiento de un niño por medio de este procedimiento será la pareja contratante, los cuales fungirán como padres del menor, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el contrato de gestación subrogada, con la validez y legalidad que este ordenamiento dispone, y demás normas legales.

CUARTA.- Por cuanto hace al Código Penal del Estado de Guerrero, debe de modificarse el delito de tráfico de menores, aceptando al contrato de gestación subrogada, ya que cuando se da este tipo de contratos no existe algún beneficio económico, considerándose de esta manera:

Artículo 191.- [...].

[...].

[...]. **Excepto en los casos que exista un contrato de gestación subrogada, siempre y cuando no exista lucro de por medio.**

Quando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, las penas se aumentarán hasta el doble de las previstas en aquél.

A quienes teniendo el ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, cometan el delito previsto por este artículo, se les sancionará, además, con privación de aquél y de los derechos de familia en relación con el ofendido.

También se debe modificar el delito de contra la filiación y el estado civil, puesto que al tratarse de un contrato de gestación subrogada, en donde esté legalmente apegado a la normatividad civil, cumpliendo con todos los requisitos que la ley disponga por cuanto hace a la validez y legalidad del contrato, se podrá registrar al menor sin ningún problema, toda vez que se disponga que al tratarse de contrato de gestación subrogada será válido. Considerándose de la siguiente forma:

Artículo 192.- [...].

I. [...].

II. [...].

III. [...].

IV. [...].

V. [...].

VI. [...].

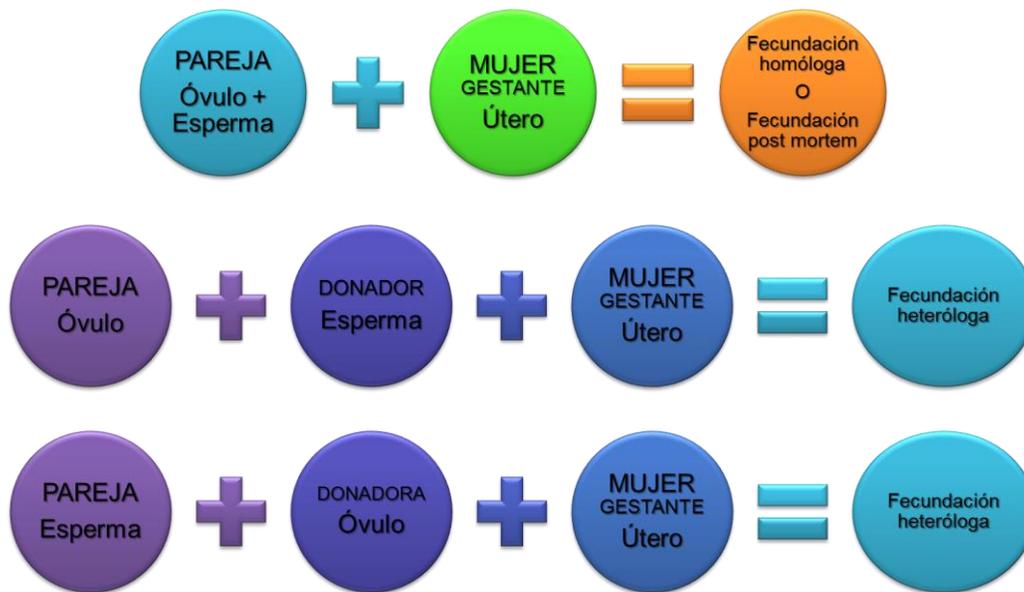
VII. [...].

VIII. [...].

IX. Excepto cuando se trate de contrato de gestación subrogada y cuente con todo lo establecido en la norma.

De esta manera, los beneficios que se esperan obtener con estas propuestas son: lograr establecer los parámetros legales adecuados para la realización de esta práctica en los Código Civil y Penal, además de dar seguridad y certeza jurídica a quienes la practiquen y en general a todas las personas que desean tener una descendencia y formar una familia, ya que lo más importante es la protección de los derechos del niño y del no nacido, concebidos mediante este tipo de procedimientos reproductivos.

ANEXOS.



Esquema- Formas en que se puede dar la gestación subrogada.

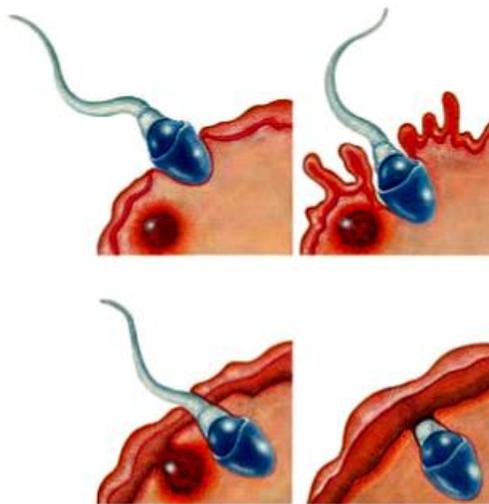


Fig. 1. Proceso de fecundación.

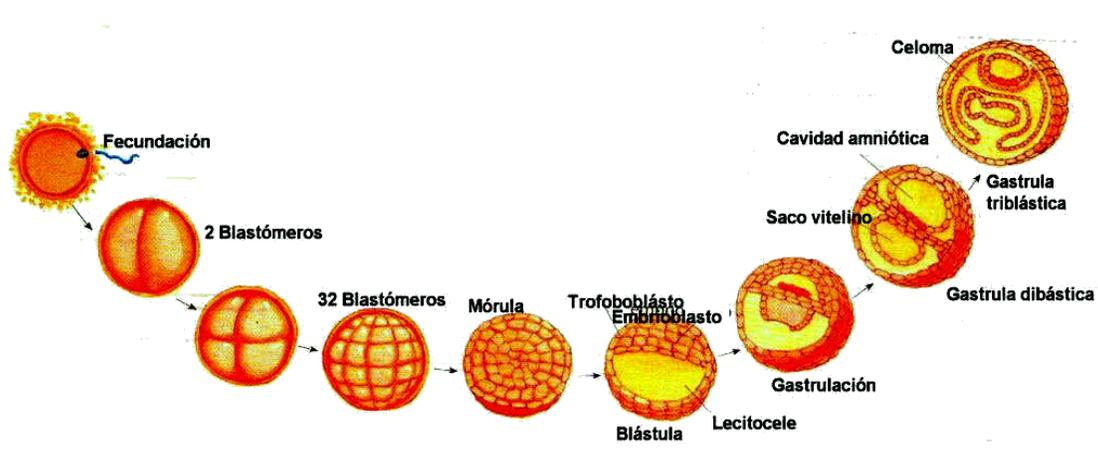


Fig. 2. Proceso de división del cigoto.

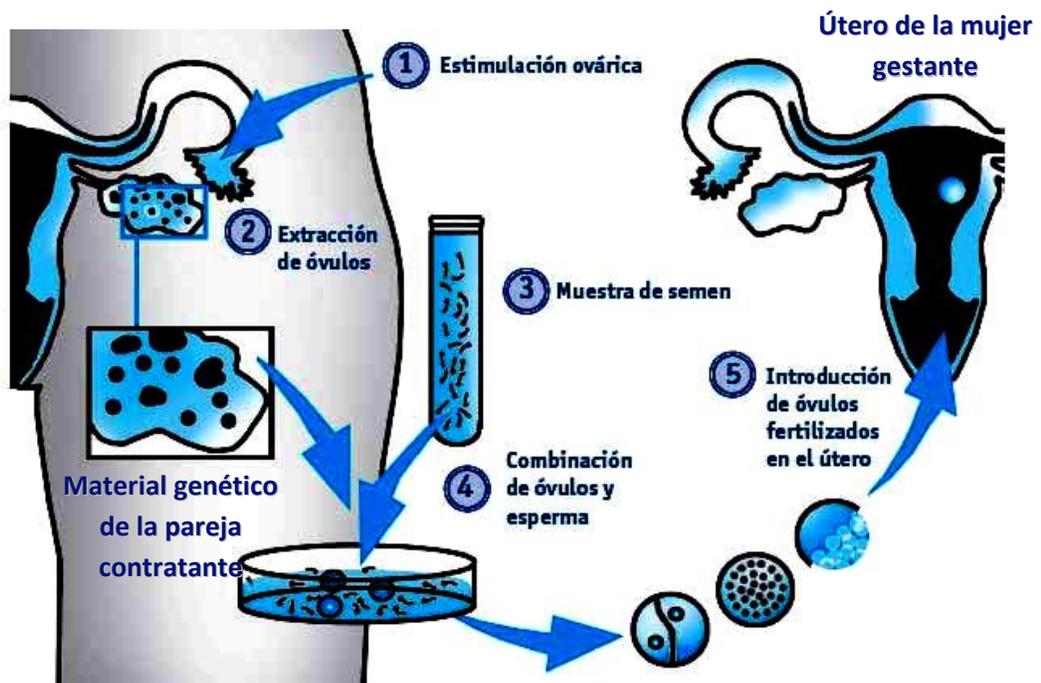


Fig. 3. Proceso de gestación subrogada mediante la técnica de fecundación in vitro.



Fig. 4. Fig. 3. Proceso de gestación subrogada mediante la técnica de inseminación artificial.

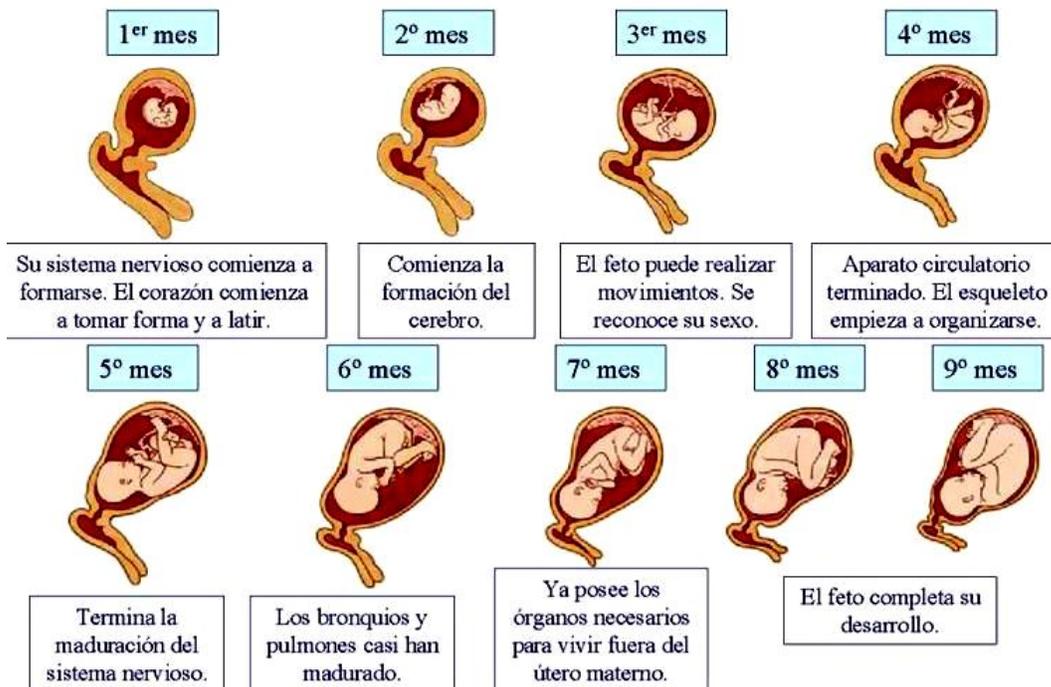


Fig. 5. Desarrollo embrionario.

GLOSARIO.

Blastocito.- Forma embrionaria que evoluciona.

Coito natural.- Es una técnica de reproducción, en la cual la paciente no recibe ningún tipo de medicamentos sino que es por simple control del crecimiento del folículo dominante. Al tener relaciones sexuales, en ese momento viene determinado por el LH, que ocurre a las 24 horas antes de la ovulación espontánea. Debe ser monitoreada desde el noveno día después de la regla.

Coito programado.- Es una técnica de reproducción indicada para parejas que no consiguen el embarazo y no tienen diagnosticada esterilidad, o su esterilidad es por causa desconocida. Es una técnica de baja eficacia que se suelen proponer en parejas jóvenes (menores de 35 años) con poco tiempo de infertilidad (menos de 6 meses) y con poca ansiedad.

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA).- Es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllos se realizan.

Embarazo extrauterino.- Embarazo que se desarrolla fuera del útero. Se debe a la implantación del huevo fuera del lugar habitual, y es importante actuar porque causa mortalidad e infertilidad. También se denomina embarazo ectópico. La única solución es poner fin al embarazo.

Espermatogénesis.- Es el proceso de aumento o crecimiento, maduración, transformación y la liberación del empaquetamiento del ADN de los espermatozoides en la pubertad.

Esterilidad.- Es la incapacidad de una persona para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva con su pareja.

Fecundación in vitro.- Es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la mujer.

Hipospadia.- Es una anomalía congénita por la que el pene no se desarrolla de la manera usual. En pocas palabras, es un orificio que se puede encontrar en cualquier parte del pene y esto trae como consecuencias al hombre: que no pueda orinar parado, tienen dificultad para tener relaciones sexuales, entre otras.

Hormona Folicoestimulante o estimulante del folículo (FSH).- Estimula el crecimiento del folículo ovárico que contiene el óvulo. La concentración de FSH es máxima en la primera parte del ciclo menstrual, durante las primeras etapas del desarrollo del folículo. En el varón, la FSH es esencial para la espermatogénesis.

Hormona Gonadotropina Coriónica Humana (HCG).- Estimula la maduración del óvulo y en los avances la producción de testosterona dentro de los testículos.

Hormona Luteinizante (LH).- También llamada luteoestimulante o lutropina. Estimula la ovulación femenina y la producción de testosterona masculina.

In vitro.- Término en latín que significa “en cristal”. En la actualidad se refiere a cualquier procedimiento biológico que se realiza fuera del organismo en el que tendría lugar normalmente.

Incubación asistida.- Es un procedimiento que el embriólogo realiza en ciertos embriones para crear un agujero en la superficie del óvulo. Este procedimiento puede realizarse en forma mecánica, química o con láser.

Infertilidad.- Se tiene la capacidad para concebir pero no para tener hijos viables, ya que no se logra concluir el proceso de embarazo.

Inseminación artificial.- Es la introducción médica del semen o espermatozoides en la vagina de la mujer, con la finalidad de conseguir una gestación.

Inseminación artificial con donante (IAD).- El semen proviene de un donante anónimo. Se recurre a un banco de semen cuando el integrante masculino de la pareja presenta azoospermia, una enfermedad genética hereditaria o una enfermedad de transmisión sexual.

Inseminación artificial homóloga o conyugal (IAH).- El semen procede de la pareja. Se lleva al cabo la inseminación de manera artificial cuando hay alguna dificultad para que se deposite el espermatozoides en la vagina de la mujer de manera natural (coito).

Inyección intracitoplasmática de un espermatozoide (ICSI).- Es un procedimiento de micromanipulación de gametos incorporados para el tratamiento de la esterilidad masculina en aquellos casos en que la calidad del semen no alcanza para la fecundación in vitro.

Laparoscopia.- Es la técnica que permite la visión de la cavidad pélvica-abdominal con la ayuda de un lente óptico, a través de una fibra óptica, por un lado se transmite la luz para iluminar la cavidad, mientras que se observan las imágenes del interior con una cámara conectada a la misma lente.

Maternidad subrogada.- También llamada “madre de alquiler, vientre de alquiler, renta de útero, etc.”. Es una técnica de reproducción asistida de la cual consiste en que una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genética y legalmente. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo el caso.

Morbilidad.- Es la cantidad de individuos que son considerados enfermos o que son víctimas de enfermedades en un espacio y tiempo determinados.

Mortalidad.- Cantidad de personas que mueren en un lugar y en un periodo de tiempo determinados en relación con el total de la población.

Patología.- Enfermedad.

Reproducción humana.- Es la clase de reproducción que se da entre individuos de distinto sexo (hombre y mujer).

Subrogación gestacional o parcial.- Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. La mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como “madre portadora o estacional”. Este embarazo se alcanza mediante la fecundación in vitro.

Subrogación tradicional o total.- La madre gestacional aporta también su óvulo pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro.

Técnica de reproducción asistida (fecundación artificial).- Es la técnica de tratamiento de la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos. En la reproducción asistida se puede llevar al cabo mediante las diversas técnicas y la más adecuada a

emplear en cada caso dependerá de las circunstancias y problemas particulares de cada pareja. Sin embargo, la secuencia de técnicas a emplear, de menos a más compleja e invasiva, son: coitos programados, inseminación artificial y la fecundación in vitro (transferencia de embriones).

Transferencia de blastocito.- Consiste en colocar el embrión en el útero materno, del cual se colocan o depositan los embriones seleccionados, por medio del cual se introduce vía vaginal hasta el útero.

Transferencia intra-tubárica de gametos (TITG).- Es un tratamiento de reproducción asistida consistente en la extracción de los óvulos de la mujer a través de laparoscopia, un procedimiento quirúrgico que requiere la inserción al abdomen de un pequeño instrumento con cámara, para examinar los ovarios y la matriz. Luego los óvulos son fertilizados con los espermatozoides de la pareja probeta o placa petri. Inmediatamente, la mezcla se transfiere a la trompa.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN.

BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.- ARÁMBULA REYES, Alma, “*Maternidad Subrogada*” [en línea], México, Servicio de Investigación y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados, SPE-ISS-14-08, 2008, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> consultada el 01 de marzo de 2013.
- 2.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar *et al.*, “*Derecho de familia*”, 2a. ed., Ed. Oxford, México, 2010.
- 3.- CECOTTI, Manuela, “*Reproducción Asistida. Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación*”, Ed. Grupo 5 Acción y Gestión Social, S. L., Madrid, España, 2004.
- 4.- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., “*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*”, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1992.
- 5.- CRUZ GUZMÁN, Paulina, “Salud Sexual y Reproductiva” [en línea], Revista Digital, Blogger, México, 2010, consultado el 10 de abril de 2013, disponible en: <http://femumex.org/docs/revistaDigital/losDerechosSexualesYReproductivosDeLasMujeresEnMexicoEnElMarcoJuridicoInternacional.pdf>
- 6.- DE PINA VARA, Rafael, “*Elementos de Derecho Civil Mexicano. Obligaciones Civiles-Contratos en General*”, vol. III, 11° ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- 7.- DELCIOMAR GATELLI, João, “*As Técnicas De Reprodução Humana Assistida E Suas Implicações Jurídicas No Instituto Da Filiação Brasileira E Espanhola*” [trad. Por la web], Curso de Doctorado, Universidad de Salamanca, España, 2009, Disponible en: http://www.gatelliekupskeadvogados.com.br/artigo_1.doc consultada el 28 de febrero de 2013.

- 8.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, "Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez", 11ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
- 9.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Maternidad", Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2007.
- 10.- GAMBOA MONTEJANO, Claudia, "*Maternidad Subrogada. Estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado. (Primera Parte)*" [en línea], SPI-ISS-28-10, México, D. F., Octubre, 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> consultada el 28 de febrero de 2013.
- 11.- GAMBOA MONTEJANO, Claudia, "*Maternidad Subrogada. Análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal. (Segunda Parte)*" [en línea], SPI-ISS-29-10, México, D. F., Octubre, 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.
- 12.- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "*La Fecundación In Vitro y la Filiación*", Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- 13.- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, "*Garantías individuales*", 2ª ed., Ed. Oxford, México, 2007.
- 14.- La Biblia, 63ª ed., Ed. Verbo Divino, Madrid, España, 1995.
- 15.- LASARTE, Carlos, "*Principios de Derecho Civil*", Tomo Sexto, 5ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, España, 2006.
- 16.- LEÓN, Jaime. Vientres de alquiler. Proceso [en línea]. Reportaje especial [citado el 8 de Enero de 2013]. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/?p=329867> consultada el 28 de febrero de 2013.
- 17.- MARCÓ, Javier y TARASCO, Martha, "Diez temas de reproducción asistida", 1ª ed., Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, S. A. (EIUNSA), Madrid, España, 2001.

- 18.- MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sadara, “*La Maternidad Subrogada y el Derecho de Procreación*” [en línea], Ed. Leyva, Montenegro, Trigueros Abogados, S.C., México, D. F., [citado 11 de marzo de 2013]. Disponible en Internet:
http://www.lmt.mx/publicaciones_es/Maternidad_Pandecta.pdf
- 19.- MORENO ROSSET, Carmen, “*Infertilidad y reproducción asistida. Guía práctica de intervención psicológica*”, Ed. Pirámide, Madrid, España, 2009.
- 20.- PARRA BENÍTEZ, Jorge, “*La filiación en el Derecho de Familia*”, Ed. Leyer, Bogotá, Colombia.
- 21.- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], 22a. ed., Madrid, España, 2010, disponible en: <http://lema.rae.es/> consultada el 01 de marzo de 2013.
- 22.- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos, “*Arrendamiento de Úteros*” [en línea], Conferencia Magistral, Colima, Colima, México, 30 de Enero de 2009 [citado el 14 de marzo de 2013], Disponible en:
<http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20uterio%20%2830enero2009%29.pdf>
- 23.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, “*Compendio de Derecho Civil. IV Contratos*”, 32° ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
- 24.- SÁNCHEZ MORALES, Ma. Rosario, “*La manipulación genética humana a debate*”, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 1998.
- 25.- SOCA, Ricardo, “*Diccionario en línea. El Castellano.org*”, [en línea], Ed. Cultural Antonio de Nebrija, España, 2008, disponible en:
<http://www.elcastellano.org/palabra.php?id=1166>
- 26.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Temas Selectos de Derecho Familiar. Paternidad*”, primera ed., Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, t. 4.
- 27.- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, “*Los Contratos Civiles y sus Generalidades*”, 7ª ed., Ed. Mc Graw Hill, México, 2008.

28.- TUBERT, Silvia *et al.*, “*Figuras de la madre*” [trad. A. Goldman-Amirav *et al.*], Ed. Cátedra, Madrid, 1996.

29.- VALVERDE MUDARRA, Camilo, “Artículos literarios. VIII. La familia, mujer y madre”, [en línea], Mundo Cultural Hispano, Literatura, España, 2012, disponible en: <http://www.mundoculturalhispano.com/spip.php?article3454>

30.- VEGA GUTIÉRREZ M.L., VEGA GUTIÉRREZ J. y MARTÍNEZ BAZA P., “Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos”. [en línea], Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1993, [citado el 10 de mayo de 2013]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos46/reproduccion-asistida-dominicana/reproduccion-asistida-dominicana3.shtml>

31.- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime *et al.*, “*Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*”, Ed. Comares, Albolote, Granada, España, 1998.

DOCUMENTOS:

1.- *Declaración Universal de los Derechos Sexuales* [en línea], Hong Kong, China, 26 de agosto de 1999, disponible en: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/18-A-1.pdf> consultada el 9 de abril de 2013.

2.- “*Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, relativo a la Reproducción Humana Médicamente Asistida*” [en línea], México, 28 de febrero de 2013, Disponible en: <http://www.partidoverde.org.mx/pvem/2013/02/iniciativa-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-reforma-y-adicionan-diversas-disposiciones-de-la-ley-general-de-salud-relativo-a-la-reproduccion-humana-medicamente-asistida/> consultada el 21 de abril de 2013.

3.- “*Iniciativa con proyecto de decreto que adiciona y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de reproducción humana médicamente asistida*” [en línea], México, 23 de octubre de 2012, Disponible en:

<http://www.conparticipacion.mx/Boletin/PDF/BA01N03A02.pdf>
consultada el 21 de abril de 2013.

4.- *“Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma la Ley General de Salud”* [en línea], México, 9 de diciembre de 2010, Disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/12/asun_2724872_20101213_1291912704.pdf consultada el 21 de abril de 2013.

5.- *“Iniciativa de ley para regular la investigación y aplicación clínica de las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida”* [en línea], México, 27 de septiembre de 2002, artículo 77 bis J, Disponible en: http://fundar.org.mx/_seguimiento/sc_salud/SALUD_19.pdf consultada el 20 de abril de 2013.

6.- *“Iniciativa de ley que adiciona una fracción al artículo 3 y el Título Decimocuarto Bis, “Sobre Reproducción Asistida”, a la Ley General de Salud”* [en línea], México, 2 de diciembre de 2004, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/59/2004/dic/20041202-I.html> consultada el 20 de abril de 2013.

7.- *“Iniciativa Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud”* [en línea], México, 19 de diciembre de 2012, Disponible en: [http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps\(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz\).pdf](http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz).pdf) consultada el 20 de abril de 2013.

8.- *“Iniciativa proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Salud”* [en línea], México, 19 de diciembre de 2012, Disponible en: [http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps\(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz\).pdf](http://www.gepsie.com.mx/ArchivosProyecto/201212gps(In-%20Ley%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida-Ortiz).pdf) consultada el 21 de abril de 2013.

9.- *“Iniciativa que adiciona el capítulo VI Bis de la Ley General de Salud, y Atención de la Pareja Infértil”* [en línea], México, 10 de mayo de 2005, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

10.- *“Iniciativa que adiciona el capítulo VII Bis, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, en el Título Tercero de la Ley General de Salud”* [en línea], México, 19 de abril de 2005, artículo 77 Bis G, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

11.- *“Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud”* [en línea], México, 19 de marzo de 2013, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/mar/20130319-VI.html#Iniciativa11> consultada el 21 de abril de 2013.

12.- *“Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, respecto a la Reproducción Asistida”* [en línea], México, 8 de abril de 2010, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-29-10.pdf> consultada el 20 de abril de 2013.

13.- *“Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Civil Federal”* [en línea], México, 9 de abril de 2013, Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409-V.html#Iniciativas> consultada el 22 de abril de 2013.

14.- *Maternidad Subrogada y Racionalidad* [en línea], México, Filosóficas UNAM, 2004, Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Subrogacion.pdf>

15.- *Período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para examinar la Plataforma de Acción de Beijing, “LAS CUATRO CONFERENCIAS MUNDIALES SOBRE LA MUJER, 1975 A 1995”* [en línea], Nueva York, 5 a 9 de junio de 2000, consultada el 8 de abril de 2013, disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/Mujer2011.htm>

16.- *“Piden en el Senado regular clínicas de reproducción asistida”*, Desde el Balcón, miradas libres. Grupo Editorial del Sureste S. A. de C. V. [en línea], Mensual, Mayo, 2013, Mérida, Yucatán, México, [citado el 12 de mayo de 2013]. Disponible en: http://www.desdeelbalcon.com/noticias/noticia.php?id=29252&opcion_sup=0

17.-“Plataforma de Acción, “*Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*” [en línea], Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> consultada el 9 de abril de 2013.

18.-*Proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley General de Salud, y expide la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*” [en línea], México, 6 de diciembre de 2007, Disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/cuadros_comparativos/1PO2/1239-1PO2-07.pdf consultada el 20 de abril de 2013.

19.-“*Proyecto que crea la Ley Federal de Subrogación Gestacional y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley General de Salud*” [en línea], México, 30 de julio de 2010, Disponible en: http://sitl.diputados.gob.mx/LXI_leg/cuadros_comparativos/2CP1/0998-2CP1-10.pdf consultada el 20 de abril de 2013.

20.- Proclamación de Teherán, *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* [en línea], Teherán, Irán, 22 de abril al 13 de mayo de 1968, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr38.pdf> consultada el 8 de abril de 2013.

21.- “*¿Qué son los derechos humanos?* [en línea], Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D. F., Disponible en: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos consultada el 6 de abril de 2013.

22.- Resumen del programa de acción, *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* [en línea], El Cairo, Egipto, 5 al 13 de septiembre de 1994, disponible en: http://www.sma.df.gob.mx/sma/links/download/biblioteca/leyes_equidad/internacional/08_conferencia_mundial_cairo.pdf consultada el 8 de abril de 2013.

23.- SOCA, Ricardo, “*Diccionario en línea. El Castellano.org*”, [en línea], Ed. Cultural Antonio de Nebrija, España, 2008, disponible en: <http://www.elcastellano.org/palabra.php?id=1166>

24.- VALVERDE MUDARRA, Camilo, “Artículos literarios. VIII. La familia, mujer y madre”, [en línea], Mundo Cultural Hispano, Literatura, España, 2012, disponible en: <http://www.mundoculturalhispano.com/spip.php?article3454>

LEGISLATIVAS:

1.- *Código Civil de Francia*, artículo 16,7, Francia.

2.- *Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero*, Número 358, Guerrero, México, vigente.

3.- *Código Civil Federal*, artículo 1824, México, D. F., vigente.

4.- *Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza*, artículo 483, Coahuila de Zaragoza, México, vigente.

5.- *Código Civil para el Estado de San Luis Potosí*, artículo 147, San Luis Potosí, México, vigente.

6.- *Código Civil para el Estado de Tabasco*, Tabasco, México, vigente.

7.- *Código de Familia de la Federación de Rusia*, Rusia, 1998.

8.- *Código Penal de Francia*, artículo 227, 12, Francia.

9.- *Código Penal del Estado de Guerrero*, Número 356, Guerrero, México, vigente.

10.- *Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo*, El Cairo, Egipto, 5 a 13 de septiembre de 1994.

11.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, vigente.

- 12.- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- 13.- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Nueva York, EUA, 18 de diciembre de 1979.
- 14.- *Convención sobre los Derechos del Niño*, ONU, 20 de noviembre de 1989.
- 15.- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, República de Colombia, 2 de mayo de 1948.
- 16.- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.
- 17.- *Decreto N° 67 del Ministerio de la Salud de la Federación Rusa*, Rusia, 26 de febrero de 2003.
- 18.- *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*, propuesto por la Diputada Maricela Contreras Julián, de la fracción parlamentaria del PRD de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México, D. F., 25 de noviembre de 2009.
- 19.- *La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, China, 4 al 15 de septiembre de 1995.
- 20.- *Ley 14/2006 Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Boletín Oficial del Estado núm. 126, Madrid, España, 26 de mayo de 2006.
- 21.- *Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, España, 22 de noviembre de 1988.
- 22.- *Ley Alemana de Protección del Embrión, No. 745/90 del 13/12/90*, Alemania, 13 de Diciembre de 1990.
- 23.- *Ley de 1984/1.140*, Suecia, 20 de diciembre de 1984.

24.- *Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal* [en línea], México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, septiembre-diciembre de 2011 [citado 26 de Septiembre de 2011], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

25.- *Ley No. 659 Sobre los Actos de Estado Civil*, Rusia, 17 de julio de 1944.

26.- *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, D. F., 29 de mayo de 2000.

27.- *Ley sobre la Infertilidad y Procedimientos Médicos*, Victoria, Australia, 1984.

28.- *Maternidad Subrogada y Racionalidad* [en línea], México, Filosóficas UNAM, 2004, Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Subrogacion.pdf>

29.- *Ontario Law Reform Commission*, Canadá, 1985.

30.- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, Estados Unidos de América, 23 de marzo de 1976.

31.- *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966.

32.- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador"*, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

33.- *Surrogate Arragements Act*, Parlamento del Reino Unido, 1985.