



INSTITUTO UNIVERSITARIO NEZAHUALCÓYOTL.

INCORPORADO A LA UNAM.

**“LA FALTA DE LEGISLACIÓN ACERCA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA.”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO.**

P R E S E N T A:

ERIKA PAULINA ENRIQUEZ ESCOBAR.

ASESOR: LIC. RODOLFO CALVILLO POPOCA.

ESTADO DE MÉXICO, 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.

*A Dios:
Por tomarme de la mano, guiándome hasta el
final de este gran principio, que significa el inicio de mi vida
profesional y por bendecirme a lo largo de estos años.*

A mis padres:

*Josefina Escobar y Pablo Enriquez, por todo el
apoyo que me han brindado a lo largo de mis estudios.
Sólo espero tener la dicha de seguir contando con ustedes
y tenerlos siempre a mi lado.
No lo olviden.... ¡Los quiero mucho!*

*A mis abuelitos:
Por mantener su confianza en mí, por su apoyo y amor.*

*A toda mi familia:
Por siempre estar ahí cuando les necesite,
por brindarme su cariño, comprensión y consejos
en todas las etapas de mi vida.*

*A ti, por siempre estar a mi lado
ofreciéndome todo tú apoyo y cariño incondicional.*

*A mi asesor:
Por su apoyo, dedicación y paciencia brindada, para
la elaboración de éste trabajo que hoy culmina.*

*A mi jurado:
Por brindarme parte de su tiempo y dedicación, al
revisar el presente trabajo.*

*A mis profesores del Instituto Universitario Nezahualcóyotl:
Por todos los conocimientos y consejos, aportados a lo
largo de mi carrera profesional.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES.

1.1 INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD	3
1.1.1 EN MÉXICO.....	8
1.1.2 ¿CÓMO SE VEN, LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD EN LA ACTUALIDAD?	10
1.2 REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	14
1.3 PRIMER CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	16

CAPÍTULO SEGUNDO MARCO CONCEPTUAL.

2.1 CONCEPTO DE FAMILIA.....	22
2.1.1 TIPOS DE FAMILIA.....	25
2.2 ¿QUÉ ES LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?	30
2.2.1 TIPOS O TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	32
2.2.2 REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	37
2.2.3 REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	42
2.3 CONCEPTO DE MATERNIDAD.....	43
2.4 CONCEPTO DE SUBROGACIÓN.....	47
2.5 ¿QUÉ ES LA MATERNIDAD SUBROGADA?.....	48
2.5.1 TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	58
2.5.2 CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	63
2.5.3 CONCEPTO DE MADRE Y PADRE.....	67
2.6 PERSPECTIVAS ÉTICO-MORALES.....	71
2.6.1 PERSPECTIVAS RELIGIOSAS, SOCIALES Y ECONÓMICAS.....	74

CAPÍTULO TERCERO DERECHO COMPARADO.

3.1 PAÍSES QUE PROHÍBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	84
---	-----------

3.2 PAÍSES QUE PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA.	89
3.3 PAÍSES QUE NO CUENTAN CON REGULACIÓN EXPRESA.	95
3.4 ¿QUÉ PASA EN MÉXICO?	100
3.4.1 ESTADO DE TABASCO.	102
3.4.2 ESTADOS QUE LA PROHÍBEN.	104
3.4.3 ESTADOS CON PROPUESTA DE LEGISLACIÓN.	106

CAPÍTULO CUARTO LA FALTA DE LEGISLACIÓN DE LA MATERNIDAD

SUBROGADA.

4.1 RELACIÓN JURÍDICA DEL (O LOS) HIJOS NACIDOS, A TRAVÉS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	110
4.1.1 FILIACIÓN.	111
4.2 PROBLEMÁTICAS QUE TRAE CONSIGO LA MATERNIDAD SUBROGADA.	115
4.2.1 JURÍDICOS.	116
4.2.2 PSICOLÓGICOS.	122
4.2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA MADRE SUSTITUTA.	125
4.3 ¿CUÁL SERÁ LA FORMA IDÓNEA, DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA?	126
4.3.1 CONTRATO.	126
4.3.2 CONVENIO.	129
4.3.3 INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL.	131
4.3.4 SOLICITUD ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR.	135
4.4 PROPUESTA.	136
CONCLUSIONES.	147
GLOSARIO.	151
BIBLIOGRAFÍA.	153

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación, es identificar y analizar las principales características sobre la maternidad subrogada, desde el punto de vista social y jurídico.

Primero, se abordaran temas relacionados a la mujer dentro de una sociedad y la importancia que tiene la fertilidad para las mujeres. Es importante resaltar, que la mujer en la antigüedad era la base del núcleo familiar, esto era conocido como un “matriarcado”, donde la madre tenía la guarda y custodia de los hijos y por consiguiente, ésta, al no poder procrear descendencia, era tachada y estigmatizada por no poder cumplir su rol de mujer.

Asimismo, hay que recordar que la reproducción humana es un hecho de la naturaleza humana, que trae consecuencias jurídicas, pero hay ocasiones en que esta reproducción no puede llevarse de forma natural, por lo que es indispensable acudir a la ciencia para lograr un embarazo, a través de métodos de reproducción asistida.

La ciencia nos ha hecho entender qué son la esterilidad y la infertilidad, así como los medios para resolverlas, y, al existir más técnicas de reproducción en las que el ser humano puede compensar sus problemas biológicos, esos medios o técnicas también deben de ser considerados y regulados por la ley.

Se expondrá la forma en la que se trataba a la mujer estéril en la antigüedad; cómo fueron surgiendo los diferentes tipos de reproducción asistida, los nacimientos que

han surgido por la maternidad subrogada y finalmente, hablaré de los países que permiten la maternidad subrogada, de aquéllos que no cuentan con alguna ley expresa, pero que autorizan el uso de este método de reproducción asistida, así como de los que prohíben rotundamente esta práctica. .

La maternidad subrogada es un tema actual, ya que no sólo se habla en nuestro país sino en varias naciones, por tal razón es importante saber ¿Qué es la maternidad subrogada? ¿Cómo funciona? ¿Quién es la madre sustituta o gestante? Etc. Éstas y demás preguntas surgen en torno a este método de reproducción asistida, por eso es importante que nuestras autoridades empiecen a tratar este tema, para regular tal actividad que poco a poco comienza a cobrar más fuerza en nuestro país, ya que se aplica sin ninguna regulación expresa; y con el fin de evitar problemas jurídicos, psicológicos y económicos, después del nacimiento del o los menores, nacidos a través de esta técnica, es importante que exista un ordenamiento legal que verse sobre este tema.

Concluyendo este trabajo, nos abocaremos a los problemas jurídicos que pueden surgir al nacer el hijo de los padres que solicitaron este método, entre otros.

Por ser este es un tema complicado, debe de existir una solución jurídica, ya que el Derecho, como buscador del bien común en la sociedad, debe de procurar la forma idónea de regular esta actividad.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES.

1.1 INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD.

La historia de la infertilidad y esterilidad va de la mano con la evolución de la humanidad, por lo que siempre ha sido un tema de atención en la práctica médica y también en el plano social, ético, político y religioso. Pero también es importante aclarar y entender si la infertilidad y esterilidad son dos cosas iguales o totalmente distintas.

En la práctica, estas dos palabras son utilizadas como sinónimos, siendo que realmente existen diferencias. En 2009, la Organización Mundial de la Salud (OMS) describe la infertilidad como aquella “*enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas*”¹; es decir, que la infertilidad se da cuando después de una exhaustiva búsqueda de un embarazo la pareja no lo consigue y si lo consiguiera, la gestación no llega al final, es decir, con el parto; a diferencia de la esterilidad, ya que ésta es conocida como aquella incapacidad de concebir un hijo, o sea, que nunca se ha logrado ninguna gestación.

¹Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).
http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf Visto el 30/08/2013 15:110 hrs.

A través de la historia y sus civilizaciones, la mujer siempre ha sido el símbolo de fertilidad; con esto pretendo realizar un breve resumen sobre los antecedentes en los que la mujer se ve involucrada en problemas de fertilidad y el daño físico y moral que el hombre y la sociedad en general le provoca.

Para los Egipcios “...*Era importante saber si una mujer era fértil o no, y los egipcios desarrollaron métodos para el diagnóstico de las mujeres infértiles. No obstante, sabían que no todos los casos de infertilidad eran de origen femenino, puesto que en varios relatos e historias mitológicas se alude a la infertilidad masculina.*”² Una de las recetas para diagnosticar el origen de la infertilidad, según los egipcios y adoptada en la Edad Media, por el médico valenciano Arnau de Villanova (c.1240-1311), consistía en insertar un diente de ajo en la vagina, si el olor se transmitía a la boca de la mujer entonces era fértil.³

Incluso, en la Biblia, en el antiguo testamento, se da un caso de esterilidad humana, ya que Abrahán* y Sara*, una pareja que llegó a la ancianidad recurrió a la maternidad subrogada para tener un hijo, tal y como lo redacta el siguiente pasaje bíblico citado el Génesis 15,16:

² Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22- nº 1 - Enero-Febrero 2005, pág. 16. Formato pdf. Disponible en <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Ferti-En-Feb05-Trabajo1.pdf> Visto 30/08/13 13:00hrs

³ *Ibidem.*

*Abrahán, es el nombre que Dios le dio a Abram para establecer su alianza; tal como lo relata el Génesis 17,5, mismo que dice así: “5 No te llamas más Abram, sino Abrahán, pues te tengo destinado a ser padre de una multitud de naciones.”

*Sara, es el nombre que le da Dios a Saray; tal como lo relata el Génesis 17,15, mismo que dice así: “15 Dijo Dios a Abrahán: << A Saray, tu esposa, ya no la llamarás Saray, sino Sara. Yo la bendeciré y te daré de ella un hijo.”

1. *“Saray, esposa de Abram, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar.*
2. ***Y dijo Saray a Abram:«Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella»***
Abram hizo caso a las palabras de su esposa.
3. *Abram llevaba diez años viviendo en Canaán, cuando su esposa Saray tomó a su esclava Agar y se la dio a su esposo Abram por mujer.”⁴*

“...En la antigua Mesopotamia, al varón le era permitido casarse con otra mujer si la primera era estéril. En la Grecia clásica, la esterilidad era producto de la cólera de los dioses. En esta etapa, la mujer era señalada y repudiada por una cuestión biológica, al no ser fértil...”⁵

La medicina occidental encuentra sus primeras bases en Grecia. Sin duda, Hipócrates, que nació alrededor del año 460 AC, quiso romper con la medicina practicada en su tiempo, la cual estaba más cercana a la magia que a un sistema de observación. Hipócrates estaba muy familiarizado con el problema de la infertilidad y tenía varias recetas inspiradas en los egipcios para diagnosticarla.

“...Para Hipócrates la infertilidad podría deberse a distintas causas:

- i. Mala posición del cérvix,*
- ii. Debilitación de la cavidad interna debida a un origen congénito o adquirida subsecuentemente a una cicatrización tras úlceras,*
- iii. Obstrucción del orificio uterino debido a una amenorrea,*
- iv. Flujo menstrual excesivo (haría al útero incapaz de fijar la semilla),*
- v. Prolapso uterino...”⁶*

⁴ La Biblia Latinoamericana, Antiguo Testamento, Génesis 15-16.

⁵ Iniciativa con Proyecto de Decreto por que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, consultada en <http://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada> pág. 1 30/08/13 15:15 hrs.

⁶ Revista Iberoamericana de Fertilidad. *op. cit.*, pág. 17.

Los griegos usaban diferentes técnicas para tratar la infertilidad como: dilatar el cérvix e insertar una sonda de plomo a través de la cual vertían al útero sustancias emolientes, a lo que no se sabe si tendría resultados satisfactorios, pero sin duda esta técnica probablemente en vez de curar la infertilidad, la provocaba.

También tenemos que en la época Romana y la era Bizantina, “...*El papel de los Dioses era tan importante como en la época Griega; de hecho las patricias jóvenes que querían quedar embarazadas iban al Templo de Juno, aquí los sacerdotes del Dios Pan o Luperques las recibían y, desnudas y postradas, las flagelaban con un látigo de piel de macho cabrío, conocido por su potencia sexual...*”⁷ Sin duda una cosa rarísima que trae consigo la necesidad de la mujer de ser madre, cueste lo que le cueste.

Uno de los grandes ginecólogos y obstetras de la antigüedad fue, sin duda, Sorano de Efeso, mismo que practicó la medicina en Roma, en tiempos de Trajano y Adriano. Sorano fue el primero en proporcionar una formación real y estructurada a las comadronas (parteras).

En la época medieval, la procreación se consideraba necesaria, de hecho Santo Tomás de Aquino (c.1225-1274), siendo el mayor teólogo cristiano del siglo XIII, dijo que “...*La naturaleza busca la generación de descendientes para preservar el bien de las especies...*”⁸ Por lo que los médicos en la Edad Media utilizaron distintas

⁷ *Ibídem.*

⁸ *Ibídem.*

recetas para diagnosticar el origen de la infertilidad, a lo que en sus diagnósticos establecían que la infertilidad se debía, a la obesidad, 'la grasa asfixia la semilla del hombre', decía Arnau de Villanova.

El excesivo calor o humedad, también podía ser una causa de infertilidad y que la humedad de la mujer puede asfixiar el espermatozoides que recibe; éstas son algunas teorías de los médicos de ese tiempo, para dar su diagnóstico acerca de la infertilidad.

El renacimiento marca un periodo innegable en el progreso científico, ya que Bartolomeo Eustachio, "...*Dibujó el útero y sus vasos y recomendaba a los maridos que tras el acto sexual metieran el dedo en la vagina para favorecer la concepción. Éste fue el ancestro de la idea de la inseminación artificial.*"⁹

En el siglo XVII se publicaron más trabajos acerca de la infertilidad, el médico francés Francois Blondel (1603-1703), "...Manténía que las mujeres delgadas eran más fértiles que las mujeres obesas".¹⁰ También el anatomista alemán Martin Naboth, publicó su tratado de infertilidad, el cual mantiene que la esclerosis ovárica y los bloqueos tubáricos podrían ser causa de infertilidad.

A pesar de los avances obtenidos, la infertilidad seguía atribuyéndose a la mujer, de tal forma que era extraño que se implicara al varón con la infertilidad o esterilidad.

⁹ Revista Iberoamericana de Fertilidad. *op. cit.*, pág. 18.

¹⁰ *Ibidem.*

El anatomista italiano Giovanni Battista Morgani, “...Sumo otras etiologías a la infertilidad y esterilidad como: ausencia o agenesia folicular, anormalidades de la vagina o de los órganos genitales externos, aplasia uterina y derivaciones el útero...”¹¹

Los siglos XIX y XX, son los más importantes de la historia ya que estuvieron marcados por un inmenso progreso en medicina, junto con el descubrimiento de sustancias con efectos terapéuticos, ya que en el siglo XIX se dieron varios pasos decisivos en el campo de la infertilidad y la esterilidad. Tal es el caso que uno de los padres de la ginecología americana, Marion Sims, determinó que la infertilidad y la dismenorrea tienen un origen común, por lo que recomienda que la esterilidad se debía tratar dilatando el cérvix, ya sea usando dilatadores o quirúrgicamente. Sims pensaba que el período de tiempo adecuado para la fertilidad era durante los 10 días tras la menstruación. Situación que no estaba alejada de la realidad, por lo que a partir de esta fecha, se empezó a practicar la reproducción asistida.

Estos son algunos, de los antecedentes más importantes de la infertilidad como de la esterilidad en el mundo y cómo, en algunas etapas de la historia, se trataba a la mujer infértil.

1.1.1 EN MÉXICO.

He hablado de antecedentes que radican en partes del mundo, pero la cuestión es, ¿En México cómo era el trato hacia la mujer infértil? Por ello, en este apartado

¹¹ *Ibidem.*

describiré brevemente algunos aspectos históricos de este problema de infertilidad de la mujer.

En la época prehispánica se creía que la mujer infértil sufriría penalidades en el otro mundo, pues no estaba cumpliendo con su finalidad primordial en la tierra. “...*La esterilidad femenina era una causa de la disolución del matrimonio. Se consideraba que su incapacidad para engendrar hijos era una razón más que suficiente para que un marido iniciara las gestiones del divorcio*”...¹² Si bien el ciclo de la mujer era un impedimento para participar en las ceremonias religiosas, la esterilidad femenina podría constituir el repudio total por parte de la sociedad, con aquella mujer.

En la cultura Maya, la fertilidad era muy importante, no sólo en ésta, sino en todas las culturas de Mesoamérica, por lo que la fertilidad femenina se le atribuía a la Diosa relacionada exclusivamente con la Fertilidad; cuyo nombre varia, dependiendo de la cultura prehispánica que se trate. Por ejemplo tenemos a Tlazoltéotl es el nombre de la Diosa de la fertilidad en la cultura azteca.

Es indudable que, a la fecha en varios Estados de nuestro país, es considerada la infertilidad como una causal de divorcio o un mero pretexto para discriminar, humillar a la mujer o ¿Será que la historia aún nos sobrepone?

La infertilidad siempre ha sido un tema de atención en la práctica médica y también en el plano social, filosófico y ético. Este interés refleja la incertidumbre y las preguntas ansiosas del ser humano acerca de sus orígenes y sobre todo de su futuro. Pero ¿Por qué es tan importante la fertilidad? La fertilidad ha sido una de

¹² RODRÍGUEZ SHADOW, María J. “La Mujer Azteca” Universidad Autónoma del Estado de México, cuarta edición, 2000. Págs. 185, 200.

las razones para la existencia de las parejas, y la procreación, algunas personas podrían decir que es la continuidad de la descendencia o del linaje de una familia, pero si, una pareja es infértil suele decirse que es el sinónimo coloquial para la ruptura y separación de ésta.

1.1.2 ¿CÓMO SE VEN, LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD EN LA ACTUALIDAD?

Se denomina pareja estéril aquella que después de mantener dos años de relaciones sin protección, no consigue un embarazo.

La esterilidad y la infertilidad, en la especie humana pueden deberse a diferentes causas, tanto masculinas como femeninas, debido a factores de edad, enfermedad pélvica inflamatoria, algunos estilos de vida (dieta, ejercicio y hábito tabáquico) y determinados factores ambientales y ocupacionales. Por lo que afecta la fertilidad de los mismos.

“Las causas que afectan a la mujer son las siguientes:

- 1 Alteraciones anatómicas del aparato reproductor.*
- 2 Alteraciones de la migración espermática.*
- 3 Alteraciones tubáricas.*
- 4 Alteraciones ováricas.*
- 5 Alteraciones sistémicas.”¹³*

¹³ MATORAS WEINING, Roberto, *et al*, Tratado de reproducción humana para enfermería, editorial Medica Panamericana, 2008, pág. 95. Disponible en: http://books.google.es/books?id=vv8rkyE5wJcC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false visto el 30/08/12 – 19:35hrs.

Algunas anatómicas en la mujer son: Los *miomas uterinos*, los que pueden dar lugar a la alteración en las trompas y de los ovarios; las *adherencias uterinas*, que se presentan a consecuencia de infecciones que dejan como secuela una endometritis, que puede dar lugar a dificultades de implantación; y *lesiones endometriales orgánicas*, estos son los pólipos, miomas submucosos, etc.

En cuanto a las alteraciones de la migración espermática, ésta se refiere a que los espermatozoides, en su largo camino hasta su unión con el óvulo en el tercio externo de la trompa de Falopio, puede encontrarse con situaciones que dificulten dicha migración, factores que pueden ser por cuestiones vaginales o cervicales.

Por lo que hace, a las alteraciones tubáricas, se refiere a los defectos anatómicos en la trompa que impiden el normal funcionamiento de esta, generalmente se debe a secuelas de procesos infecciosos o inflamatorios, como tuberculosis peritoneal, enfermedad inflamatoria pélvica residual, infecciones post-aborto, etc.

Las alteraciones ováricas, refieren al periodo de ovulación de cada mujer; el factor ovulatorio es la causa de esterilidad de origen femenino, debido a las alteraciones ováricas, como trastornos orgánicos en los que podemos encontrar inflamaciones, tumores, etc.

En cuanto a las alteraciones por enfermedades sistémicas, puede deberse a trastornos orgánicos o funcionales; por ejemplo, la obesidad, adelgazamiento extremo, abuso de drogas y tóxicos, etc. A medida que avanza la

edad de la mujer, se incrementan las dificultades para concebir y, a partir de los 38 años, esa disminución es drástica.

“La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que aproximadamente el 8-10% de las parejas presenta algún problema de fertilidad. Esto supone que unos 50-80 millones de personas tienen problemas para tener hijos...”¹⁴

El hombre también puede sufrir problemas de infertilidad y las principales causas pueden dividirse en los siguientes grupos:

- A. *“Problemas en la producción de espermatozoides.*
- B. *Obstrucciones anatómicas.*
- C. *Causas vasculares (varicoceles).*
- D. *Infecciones*
- E. *Causas genéticas.*
- F. *Factores ambientales.*
- G. *Otros factores (impotencia, problemas de eyaculación, etc.).”¹⁵*

En el primero de los casos, aunque los espermatozoides se produzcan en un número adecuado, pueden ser inmaduros, con morfología alterada, por lo que no sirven para la fecundación.

Las obstrucciones anatómicas, son aquellas anomalías en el tracto genital, ya que pueden causar infertilidad debido al bloqueo total o parcial del fluido seminal.

¹⁴ MATORAS WEINING, Roberto, *et al. op. cit.*, Pág. 99.

¹⁵ MATORAS WEINING, Roberto, *et al. op. cit.*, Págs. 101-102.

En cuanto a las causas vasculares: Varicocele, hace referencia a la dilatación de una o más venas, esto produce un aumento de temperatura y la presión intratesticular, podrá ser responsable de la disminución de la calidad del semen. (Esto se asemeja a las varices).

Las infecciones, o virus, son lo más común y se ven reflejadas en el semen, por lo que deben ser tratadas, dado que pueden producir una afectación del testículo o de las glándulas genitales anexas.

Por lo que hace, a las causas genéticas no tienen tratamiento, dado que se trata de los genes, y es probable que exista una repetición de abortos (es una probabilidad para que la mujer aborte), o que el descendiente nazca con enfermedades por la alteración de los cromosomas.

Otros factores, como los mencionados, pueden afectar la calidad seminal, como los trastornos debidos a la alimentación, radiaciones, quimioterapia, drogas, etc. Asimismo, pueden presentarse alteraciones en la eyaculación precoz, retrógrada, etc. o en la erección, al presentar impotencia, sea por enfermedades, como la diabetes, por traumatismo, por causas hormonales o por causas psicológicas.

La esterilidad y la infertilidad han sido una de las subespecialidades de la Ginecología, ya que han sufrido una mayor y más brusca transformación en los últimos años, pues anteriormente se reprochaba la idea, de que fueran enfermedades, pero hoy día son tratadas como tales, y se sabe que afecta a hombres como a mujeres. Por lo que la

ciencia, puso en marcha varias técnicas para lograr la fecundación y así lograr que las parejas con problemas de infertilidad logren ser padres o madres.

1.2 REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

¿Por qué es importante hablar de la reproducción asistida? La maternidad subrogada, no se da sola, se necesita de la utilización de la reproducción asistida, para lograr así la fecundación que es la que nos dará la pauta para llegar a tener una maternidad subrogada.

Empezaré por algunos antecedentes históricos más relevantes de la reproducción asistida, pero más que antecedentes es hablar de su evolución al paso de los años.

Las técnicas de reproducción asistida comenzaron a aplicarse en animales. En 1765 el alemán Ludwiy Jascobi las utilizó en salmones y, a finales del siglo XIX, se practicaron con un mamífero, una perra de la que nacieron tres crías, y como éstas historias hay diversas sobre otro tipo de animales, unas que realmente funcionaron y otras que solo se quedaron en intento.

En cuanto a los seres humanos hay quienes afirman que, en el siglo XV, se intentó, aunque sin éxito, inseminar artificialmente a Juana de Portugal, con semen de Enrique IV de Castilla, también conocido como *el impotente*; sin embargo, no fue hasta el año de 1953 cuando un estadounidense, de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado.

*“En el año 1884, en Filadelfia (USA), se produjo el primer caso confirmado de inseminación artificial a través de un donante, la cual fue llevada por William Pancoast...”*¹⁶

En 1944 se crea la Asociación de Medicina Reproductiva y el equipo de John Rock en Harvard, comunica uno de los avances más importantes en medicina reproductiva, la fecundación *in vitro*, de ovocitos humanos; aunque estos embriones nunca fueron trasferidos al útero materno. (Antes de este descubrimiento lo anterior era pura inseminación artificial).

Pero lo que realmente si fue verídico o más bien dicho que es comprobable, fue lo que sucedió “El 25 de Julio de 1978, ya que se consigue el nacimiento de Luisa Brown, siendo el primer humano fruto de la fecundación *In Vitro...*”¹⁷ Esta niña inglesa, nació en Oldham Hospital de Gran Bretaña, fruto del esfuerzo de los médicos Patrick Steptoe, ginecólogo y Robert Edwards, fisiólogo de la Universidad de Cambrige. Este par de médicos hicieron posible que los padres de Luisa, después de varios intentos e incluso años de intentar tener un hijo, lo lograron, por lo que Louise Brown nació sana, tras una gran polémica; con esto dio inició a la era de los llamados bebés de probeta.

Actualmente la ciencia ha evolucionado vertiginosamente dejando atrás no sólo el orden jurídico, sino social, religioso, económico e inclusive político; dado que se ha permitido que muchos científicos carezcan de ética y piensen que no tienen límite al crear o manipular la vida. Por ejemplo en el caso de la clonación, la cual consiste, en

¹⁶ *Revista Iberoamericana de fertilidad, op. cit.,* pág. 19

¹⁷ *Ibidem.*

“...La transferencia de una célula somática de un individuo adulto a un óvulo ‘desnucleado’... esto significa generar individuos humanos cuyo ADN será íntegramente idéntico al del individuo que aporte la célula somática, y por lo tanto, resultarán genéticamente equivalentes...”¹⁸. A lo que la ciencia pretende justificar que es para fines médicos, traducido en crear humanos para usarlos de refacciones.

La reproducción asistida es práctica, en el aspecto de dar felicidad a padres que por causa de la infertilidad o esterilidad, no pueden procrear y así tener descendencia. Más no en cuestiones de carácter de manipulación genética para crear nuevas razas superiores o inferiores a la humana.

1.3 PRIMER CASO DE MATENIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada o alquiler de útero, trae consigo otra posibilidad de hacer feliz a una pareja, al lograr convertirlos en padres a través de este medio de reproducción asistida, porque así voy a contemplar a la maternidad subrogada como otro medio de reproducción asistida.

Esta nueva forma de reproducción asistida ya ha dado frutos, no sólo en nuestro país, sino en otras partes del mundo. Tal es el caso de *Baby M* es el nombre que dio la justicia norteamericana a la niña nacida por un contrato de *maternidad subrogada*, entre Mary Beth Whitehead, de 29 años, y los esposos William y Elizabeth Stern. Este caso, sin duda, ha sido muy polémico dado que por más de un año estuvo en los titulares de los diarios del mundo. Es por eso que varios países

¹⁸Massini Correas, Carlos. “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana.” Formato pdf. Pág. 72. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/404/7.pdf> 30/08/13 19:50hrs

prohíben esta práctica de maternidad subrogada, sobre los diferentes conflictos que puedan existir al nacer el bebé.

“Se trataba de un matrimonio sin hijos -los Stern- y en el que la señora Stern tenía la recomendación médica de no quedar embarazada. Mediante la intermediación de un abogado contrataron a una mujer casada y con hijos (Whitehead) para que a cambio de una suma de dinero (diez mil dólares, más otro tanto en concepto de compensación por gastos) accediese a ser inseminada con el semen del señor Stern y a entregar a la criatura (una niña en este caso) a los Stern, tras el parto. Así se hizo, pero una vez entregada la niña, Whitehead se arrepintió y la reclamó. Tras diversas vicisitudes, y con una sentencia judicial que entregaba la custodia al matrimonio Stern, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró ilícito y nulo el contrato (se había considerado válido en primera instancia), pues lo equiparaba a la compraventa de la niña. No obstante, declaró que en interés de la menor el matrimonio Stern con el que llevaba conviviendo los casi dos años transcurridos debía mantener la custodia de la niña, aunque concedía a Whitehead el derecho de visita. Cabe señalar, no obstante, que en alguna medida la ratio decidendi de la sentencia descansaba en el hecho de que Whitehead era la madre “natural”, por cuanto había aportado el óvulo. De esta forma se concedía una importancia singular a la maternidad genética a costa de minimizar el embarazo. Por otra parte, es probable que en el “interés del menor” pesasen otras razones, por la importancia que se le concede a los medios económicos o a la posición social.

A través de las cláusulas que figuraban en el contrato de este caso, se pueden ejemplificar algunas de las que son habituales: la madre gestante (Whitehead) asumía los riesgos del embarazo y del nacimiento, al tiempo que renunciaba a intentar establecer ningún vínculo materno-filial. Se sometería a un examen psicológico pagado por Stern. Éste tenía derecho a escoger el nombre de los descendientes...”¹⁹

¹⁹ Maternidad Subrogada <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> 30/08/13 20:37 pm.

Éstas son algunas cuestiones en torno al caso *Baby M*, que sin duda alguna se suscitan en países que no tienen legislado lo que es la maternidad subrogada. Y México es uno de ellos en los que conforme pasa el tiempo se está haciendo uso de estos métodos de reproducción asistida. Del caso *Baby M* se tiene mucho que opinar sobre este contrato que celebraron los señores Stern, con la Sra. Mary Beth en un momento un Juez del condado, dictó una sentencia en la que señalaba a los señores Stern como padres de la bebé, mientras que la señora Whitehead, tendría el derecho de cobrar los diez mil dólares estipulados en el contrato. Sin embargo y como Tribunal Supremo de Nueva Jersey revocó la anterior decisión anulando el contrato de diez mil dólares, y declaró ilegal el alquiler de madres, aunque dejó a la niña al matrimonio demandante procurando su bienestar a lado de los Stern, dado que la madre biológica carecía de recursos económicos, aunado que se le concedió el derecho de visitas a su hija.

Este primer caso de maternidad subrogada surgió alrededor de 1986, el cual por medio de un contrato de alquiler de vientre, se inició el proceso de una maternidad subrogada. Pero no funcionó, al existir la nulidad de dicho contrato.

Por lo que se desprende que al celebrar un contrato de alquiler de vientre, para llevar un proceso de maternidad subrogada, no tendremos la certeza jurídica, de que el contrato, tenga la legalidad y la coercibilidad, para que la madre sustituta, pierda los derechos filiales con el bebé.

Aunque en el presente caso de *Baby M*, la madre sustituta o subrogada, es la que aporta sus genes (ovuló) para poder procrear a la bebé, pero que a través del contrato pierde y renuncia a sus derechos de progenitora, por una cantidad de dinero, misma que no respetó. Al respecto, se deduce que realmente no hay certeza

jurídica del cumplimiento del mismo y menos sin una legislación que legalmente la regule.

En la época actual, se desprende un caso de alquiler de vientre muy sonado, como lo es la paternidad de Ricky Martin, quien se convirtió en padre de dos gemelos, por un método de reproducción asistida denominado “maternidad subrogada” o como vulgarmente se conoce “alquiler de vientre”.

Martin se contactó, supuestamente, con una compañía dedicada a buscar personas que quieren tener hijos utilizando la subrogación, a lo que medios de comunicación periodística de espectáculos, suponen que pudo haber pagado 10.000 dólares por un proceso, según el cual la madre de los niños no sabe que a sus hijos los criará el artista.

Aquí no hubo mamá, ya que fue concebido por vientre alquilado, donde la mujer no sabe quién es el padre y el padre jamás ha visto a la mujer.

En esta situación se deslinda algún parentesco filial con la madre, ya que supuestamente no se sabe quién es la progenitora, por lo que se desprende que el óvulo pudo haberse obtenido de un banco de óvulos (una donación), o de la misma mujer que alquilo el vientre, donde todo este proceso se hizo en anonimato.

Michael Jackson también anunció a todo el mundo que había recurrido a la maternidad subrogada para tener a su tercer hijo, Prince Michael II, el cual no recurrió a una agencia de madres subrogadas, ya que a la hora de seleccionar a la madre sólo se fijo en su intelecto; así lo aseguro.

El caso más actual y polémico es el de una señora de 53 años que dio a luz a sus nietas gemelas. ¿Cómo pudo suceder esto? Pues el caso es el siguiente.

“OWA EU, ago. 15, 2013.- Una mujer de 53 años que ya era abuela, tuvo a las gemelas Hallee y Hadlee el 15 de julio, porque su hija tiene graves problemas de salud a causa de una hipertensión pulmonar y no podía llevar a los bebés.

Susie Kozisek prestó su vientre a través de inseminación artificial, para que su hija Ashley Larkin pudiera procrear por segunda ocasión, ya que tiene una hija, Harper, de dos años de edad.

La hipertensión pulmonar severa es una condición de alta presión en la sangre que hace que el embarazo sea peligroso.

Ella y su marido Jay Larkin estaban estudiando la posibilidad de adoptar un bebé, pero la mamá de ella, con otros tres hijos adultos, se ofreció a dar a luz.

A diferencia de la subrogación, una portadora gestacional proporciona un vientre, pero no dona sus propios óvulos.

Susie inició el proceso *in vitro* en la Clínica Mayo en Rochester, Minnesota.

Que una madre tenga a los bebés de su hija es muy raro, dijo el Dr. Jani Jensen, experto en fertilidad de la Clínica Mayo y quien fue el especialista *in vitro*.

Las mujeres embarazadas mayores tienen un mayor riesgo de problemas de salud como la presión arterial alta y la diabetes gestacional. Incluso en las mujeres más jóvenes, el procedimiento *in vitro* no es siempre exitoso.

Pero en este caso, los médicos implantaron los dos embriones en el útero de Susie.

El pequeño pueblo de Ventura de Ashley, tomó la noticia con calma.

<<Estoy segura que esto nos acercó más>>, dijo Susie. <<Me parecía muy egoísta no ofrecerlo si eso es lo que más querían en la vida. Era algo que me sentí muy privilegiada de hacer>>, agregó.²⁰

Pero como éste, hay muchos en el mundo, a lo que concluyo, que la mejor forma de que funcione la maternidad subrogada es a través, de utilizar a un pariente cercano a la pareja que desea utilizar este tipo de reproducción asistida, y sin que la madre sustituta done el óvulo, para ser fecundado por el posible padre, o bien todo el procedimiento sea de forma anónima tal y como lo implemento Ricky Martín.

²⁰ Nota, de Noticieros Televisa, disponible en <http://noticieros.televisa.com/mundo/1308/abuela-53-anos-da-luz-sus-propias-nietas-gemelas/> 30/08/13 21:34 pm.

CAPÍTULO SEGUNDO.

MARCO CONCEPTUAL.

2.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Podemos decir que la familia es, un conjunto de personas unidas por un mismo lazo consanguíneo o por afinidad. Sabemos también que la adopción se equipara al parentesco por consanguinidad.

Pero la familia no sólo es ese conjunto de personas unidas por lazo filial, sino que el concepto familia puede extenderse a muchos sentidos.

Diversos autores definen a la familia como una institución ya que es considerada como el núcleo de una sociedad, el factor primordial para la subsistencia de una sociedad.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el que se mire.

Por ello empezaré con el origen etimológico de la palabra familia, la cual viene del latín; es una palabra derivada de *famulus* que significa sirviente o esclavo. La palabra familia era equivalente a patrimonio e incluía no sólo a los parientes sino también a los sirvientes de la casa del amo, es así que tenemos a la familia desde el punto de vista:

Biológico.-Edgar Baqueiro Rojas, ve a la familia desde éste punto cómo “...*El grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación*”²¹. Por lo que entiendo que la familia biológica, se compone por todos aquellos miembros que desciendan de un mismo progenitor dado que van a generar lazos de sangre, o sea, el padre, la madre, hijos, nietos, etc.

La segunda perspectiva nos lanza hacia un concepto que va cambiando de matiz según las características de tiempo, lugar y espacio; es decir, que el concepto familia va a sufrir una evolución conforme se va transformando la sociedad; por ende, tenemos el siguiente concepto desde un punto de vista:

Sociológico: Es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada ‘familia en sentido extenso’. Los integrantes de este tipo de familia no siempre van a estar unidos por vínculos de sangre y/o matrimonio.

Es decir, que la familia se forja a través de la unión de vínculos como el de parentesco, entre primos, cuñados, sobrinos con cuñados, etc. O con lazos de amistad, religiosos e inclusive, económicos, en ciertos casos.

Por lo que, se puede decir que la familia es “...*La institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda*”.²²

El tercer enfoque del concepto familia, es el jurídico, modelo que atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y parentesco, en donde la ley reconoce ciertos efectos, esto es que crean derechos y obligaciones entre sus miembros.

²¹ BAQUEIRO ROJAS Edgard, *et al*, *Derecho de Familia y Sucesiones*, editorial Oxford, 2005. pág. 8.

²² *Ibidem*.

Por lo que sólo existirá parentesco en línea recta sin límite, pero en la transversal o colateral el parentesco sólo es hasta el cuarto grado, como lo establece nuestro derecho civil vigente. Como lo señala el siguiente articulado:

Artículo 297: *La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.*

Por lo que tenemos el siguiente concepto jurídico de familia: “...Responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.”²³

El Código Civil del Distrito Federal no proporciona un concepto de familia, sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos, concubinos y parientes. Como lo señalan los siguientes artículos, que son al tenor literal siguiente:

Artículo 301: *La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos.*

Artículo 302: *Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinara cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.*

Artículo 306: *Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores discapacitados, este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores hasta el cuarto grado.*

²³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. *op. cit.*, Pág. 9

Esto deja que, el concepto jurídico está unido por los dos conceptos que cité anteriormente, es decir el concepto biológico y sociológico, de ahí que puedo definir a la familia, en sentido amplio, como: aquel grupo de personas formado por ascendientes, descendientes así como parientes en línea colateral hasta el cuarto grado, unidos por un lazo de sangre, por afinidad o por un derecho civil, o simplemente por un lazo de afecto hacia con otra persona que constituye parte de su vida y cuya finalidad, es protegerse, respetarse, amarse y constituir una fuente de una sana convivencia para la sociedad.

Y, en sentido estricto, para que tenga una validez jurídica, como: aquella institución formada por personas unidas por lazos de sangre, de matrimonio y concubinato, a los que se les imponen derechos y obligaciones recíprocas, para tener una sana convivencia en una sociedad.

2.1.1 TIPOS DE FAMILIA.

FAMILIA NUCLEAR.

“El término familia nuclear fue desarrollado en el mundo occidental para designar el grupo de parientes conformado por los progenitores, usualmente padre, madre y sus hijos”²⁴, tal y como lo supone el concepto biológico de familia. Este tipo de familia, es totalmente opuesto a la familia extendida o extensa, ya que ésta abarca no sólo a los parientes en línea recta, sino a otros parientes (en línea colateral) como los tíos, primos, etc.

²⁴ TIPOS DE FAMILIA, <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21897/Capitulo2.pdf> visto el: 31/08/13 – 14:10hrs.

FAMILIA MONOPARENTAL.

Este tipo de familia data de una familia nuclear con la diferencia de que sólo está compuesta por un progenitor ya sea el varón o la mujer y uno o varios hijos. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestran las estadísticas, las familias monoparentales están a cargo de la madre e hijos. Es decir que este tipo de familias son provenientes de rupturas de pareja.

FAMILIA EXTENSA.

La familia extensa —o familia compleja— es un concepto con varios significados ya que en primer lugar, es empleado como sinónimo de familia consanguínea o por afinidad ya que este tipo de familia se forma a través de la unión conyugal, refiriéndome a la parentela, o sea, a los demás parientes de cada uno, o uno de los cónyuges, pero lo que caracteriza esencialmente a esta familia extensa es que toda vive en una unidad doméstica; es decir, en un mismo hogar con una convivencia diaria.

FAMILIA HOMOPARENTAL.

Las familias homoparentales se dan cuando personas del mismo sexo, refiriéndome a los homosexuales, lesbianas y personas transgénero (LGBT) se convierten en progenitores de uno o más niños, ya sea de forma biológica o no biológica. *“...Los hombres gays, se enfrentan a opciones que incluyen: acogida, variaciones de adopciones nacionales o internacionales, sustitutos (tradicionales o gestacionales), y acuerdos por parentesco, en donde pueden ser co-progenitores junto a una mujer o*

mujeres con las que tienen una relación cercana pero no de tipo sexual...".²⁵ Esto se refiere, a que los homosexuales, para tener hijos, recurren a adopciones internacionales o nacionales dependiendo la regulación de cada país; sin embargo, cuando no está permitida la adopción a personas del mismo género, puede darse la opción gestacional, o sea, que tienen hijos por medio de un método de reproducción asistida, tal vez con una persona de su mismo círculo social, por ejemplo: un hombre gay que tenga como amiga una mujer lesbiana, pueden procrear un hijo, pero sin una relación sexual.

Aunque este tema es una problemática de índole mundial, donde las personas del mismo sexo, desean tener familia, me refiero a tener descendientes, por la falta de regulación de la ley, prejuicios sociales y religiosos, sería válido que recurrieran a este tipo de métodos de reproducción asistida.

Con el paso del tiempo, como lo he dicho anteriormente, la sociedad va sufriendo una serie de transformaciones tanto en su política, cultura, credo religioso, y en sus leyes, por lo que tiende a existir una modificación en la conformación de las familias. Tal es el caso que en la actualidad además del tipo de familias referidas anteriormente, se fueron dando otras familias ya no extensas sino, familias más pequeñas, tal es el caso de la siguiente clasificación:

- La familia adoptiva: que esta constituía por hijos adoptivos, en donde puede haber un padre o madre, ambos o personas de un mismo sexo criando a sus hijos y ejerciendo la función de la familia. En el entendido que nuestro derecho vigente, nos

²⁵ TIPOS DE FAMILIA, <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21897/Capitulo2.pdf> visto el: 31/08/13 -14:20hrs.

dice que los hijos adoptados, son igual que los hijos consanguíneos. Tal como lo establece el Artículo 293 párrafo III el CCDF, que a la letra dice:

[...]

En el caso de la adopción, se equipará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

- La familia con padres y madres divorciadas o separadas: este tipo de familia es una forma moderna de llamar a la familia monoparental, ya que está constituida por un solo progenitor y sus hijos.
- La familia reconstituida a partir de anteriores matrimonios: este tipo de familia moderna no pierde lo esencial de la familia nuclear clásica, o extensa. Dado que parejas que anteriormente tuvieron un fracaso en su matrimonio, o en su relación de pareja, y decidieron separarse, para formar una nueva familia con otra persona, que posiblemente tenga ya hijos, o pretendan tener nuevos hijos.
- La familia de acogida: esta familia, se refiere a todos aquellos hogares, en los que en algún momento tienden a acoger, gente desprotegida para que formen parte de su familia, aunque no exista ningún lazo de consanguineidad, afinidad o civil. Por ejemplo las casas hogar, los asilos de ancianos, dónde sus integrantes, no son parientes, pero se constituyen como una familia.

Si bien es cierto, esta institución no pierde su finalidad de proteger, educar, amar, a los miembros de su familia, aunque se pretenda modificar el nombre de tipo de familia, dado que ese conjunto de personas están ligados por más que un simple

derecho de sangre, afinidad o adopción, por lo que es válido que un hijo nacido por medio de un método de reproducción asistida, tenga los mismos derechos que un hijo nacido y procreado naturalmente, dado que esto no va a ocasionar que no sea parte de un grupo de personas a las que considerará su familia ya que será parte de una familia nuclear, monoparental e, inclusive, de una familia homoparental; sin embargo, existen muchos prejuicios ante esta última y si bien no estoy de acuerdo que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, si comparto la idea que puedan tener hijos a través de un método de reproducción asistida, ya que serían hijos propios; no de la pareja en sí, sino de una sola.

Por lo que pude existir un nuevo tipo de familia claramente basado de una familia nuclear, e inclusive biológica, que se logrará constituir a través de un método de reproducción asistida y así crear a la FAMILIA DE HIJOS NACIDOS POR VÍA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Esto con fundamento en el artículo 4º párrafo I y II de nuestra *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 4o.- *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta 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.”

Tal es el caso que todo hombre y toda mujer podrá formar su familia, de la forma y usando el método que mejor les convenga, para la procreación de sus descendientes, así como para decidir el número de ellos; cumpliendo con todas las responsabilidades jurídicas, sociales, económicas, y enseñándoles los valores, que ello implique.

2.2 ¿QUÉ ES LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Los avances de la ciencia y la técnica, con relación a las formas de reproducción humana a través de los métodos científicos, plantean una serie de nuevos retos para los juristas.

Por las grandes dimensiones de puntos de vista; por en el abordaje de este tipo de temas, se requiere, entre otras áreas del conocimiento, una formación ética, moral, económica, religiosa, psicológica y, por supuesto, jurídica.

Antes de empezar a hablar de la reproducción asistida, explicaré por qué es necesaria y en qué casos es posible utilizar esta vía para lograr un embarazo.

Anteriormente hablé de la infertilidad y la esterilidad, como enfermedades o problemas que impiden tanto al hombre y a la mujer tener hijos. Ciertamente, la <esterilidad> es un problema que afecta en la procreación de los hijos y puede ser considerada un problema de salud y, en consecuencia, debe ser considerada una enfermedad, por lo que cito la siguiente definición de esterilidad: “...Es la incapacidad de haber conseguido que se produzca una gestación después de haber practicado regularmente el coito durante un tiempo variable (un año para unos, dos para otros), sin la aplicación de métodos anticonceptivos.”²⁶ Eso sí, con la peculiaridad de que esta situación afecta tanto al hombre como a la mujer, pero psicológicamente más a la mujer, por la imposibilidad de ser madre y estar

²⁶ MATORAS WEINING, Roberto, *et al. op. cit.*, pág. 81.

exteriorizada ante la sociedad o simplemente porque la misma sociedad le exige a la mujer, ser madre.

La infertilidad, que también afecta tanto hombres como mujeres, puede definirse como *“...La incapacidad para lograr un embarazo, después de un año de mantener relaciones sexuales sin protección, una vez que ha transcurrido este tiempo en una pareja cuyo miembro femenino sea menor de 35 años, o de seis meses en el caso que la mujer, sea mayor de treinta y cinco años...”*²⁷

Luego entonces, la infertilidad por parte de las mujeres, refiere a aquéllas que, pudiendo concebir, no son capaces de llevar a término un embarazo.

Definidos tales conceptos, proseguiré con la reproducción asistida La Organización Mundial de la Salud (OMS), define a la Reproducción médicamente asistida (RMA) como: *“Reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.”*²⁸

El reglamento de la *Ley General de Salud*, en su **artículo 40, fracción XI, define a la fertilización asistida.-** Como aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.

²⁷ Brena Sesma, Ingrid, *El Derecho y la salud. Temas a Reflexionar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 4.

²⁸ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)
http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf 31/08/2013 16:00 hrs.

Actualmente, existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida, que a continuación enunciaré: Cabe aclarar que esta clasificación, en cierto modo, es limitativa, pues deberá modificarse conforme la ciencia descubra otros planteamientos técnicos.

2.2.1 TIPOS O TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

❖ Inseminación Artificial.

A dicho de Bossert G. y Zannoni E., *“La inseminación artificial consiste en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical”*.²⁹

El procedimiento puede realizarse con semen fresco o congelado; actualmente no se han descubierto alteraciones por su congelación, pero sí por su descongelación, por ello, en la actualidad son comunes los bancos de semen.

Generalmente, una pareja recurre a la inseminación artificial porque no ha logrado el embarazo. Existen diversas causas, por ejemplo: la imposibilidad de tener relaciones sexuales normales, exceso de acidez vaginal que impide la ascensión de espermatozoides o cuando éstos existen en número insuficiente o su vitalidad está disminuida.

Existen diferentes tipos de inseminación Artificial como las que a continuación enumero:

²⁹ Bossert G. y Zannoni E., *Manual de Derecho de familia*, 2da edición, editorial Astea, Buenos Aires Argentina 1990, pág. 469.

- 1) Inseminación Artificial Homóloga: consiste en que la fecundación del semen proviene del cónyuge, concubino o pareja habitual. Expreso que el semen proviene de la pareja habitual, lo que no quiere decir que el óvulo de la mujer no sea fértil, sino que la fecundación no se puede dar de forma natural, por los factores ya mencionados.
- 2) Inseminación Artificial *Post Mortem*: Como su nombre lo indica, en este tipo de inseminación se utiliza el semen congelado de un hombre muerto. Esta forma de procrear no supone problemas de esterilidad, sino que, simplemente, atiende la voluntad de la madre. Es decir que si el semen era de su difunto esposo, pues cabe la posibilidad que los dos, antes de la muerte de éste, decidieran que su semen fuese congelado, en caso de que no llegaran a procrear hijos, en vida del esposo.
- 3) Inseminación Artificial Heteróloga: En esta técnica se utiliza semen congelado proveniente de un donador. Se le suele clasificar en inseminación remedio y de conveniencia. El por qué de la primera, dado que es por dos casos, primero por esterilidad del marido o compañero y cuando, por causas genéticas, una pareja puede llegar a tener un hijo con alguna enfermedad o malformación genética.
- 4) Convencional: es aquella que practica una mujer que no quiere tener relaciones con un varón, por lo que estaremos hablando en un sentido más amplio a que las mujeres lesbianas, pueden usar este método de reproducción asistida para procrear hijos.

En este tipo de técnica el semen donado, se ha procurado mantener el anonimato del donante y él, a su vez, no sabrá si se utilizó o no su semen.

❖ Fecundación *In Vitro*.

La inseminación artificial y la fecundación *In Vitro* tienen en común que no requieren de la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos, pero se diferencian en cuanto a que la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, mientras que la fecundación *in vitro* se realiza fuera del cuerpo de la misma; y una vez lograda la fecundación se inserta en la mucosa cervical (útero) de la mujer, que pretende el embarazo.

Pero ¿Qué es la fecundación *in vitro*? Para María Carcaba Fernández “*La fecundación In Vitro consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del Décimo Cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crio conservado.*”³⁰

“*Algunos especialistas médicos consideran que, para ser más exactos en los términos, debería hablarse de fertilización extracorpórea en vez de fecundación in vitro...*”³¹, dado que es necesario extraer el óvulo de la madre y el espermatozoide del padre; en el entendido que estas células no sean donadas. Debe fertilizarse fuera del cuerpo de la mujer, por lo que se considera una fertilización extracorpórea y la fecundación *in vitro* sería el momento de la implantación del embrión en el útero de la posible madre, esta técnica no garantiza, que el embarazo llegara a su término;

³⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, José María Boch S.A., 1995, pág. 137

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La fecundación in vitro y la Filiación*, editorial Jurídica de Chile, 1993, pág.15

ya sea por la incapacidad de gestación o por la edad de la mujer, es decir, que rebase los 35 años de edad, ya que el reloj biológico de la mujer se va deteriorando y como consecuencia pueda provocar un aborto espontaneo.

El desarrollo del campo de aplicación de la fecundación *in vitro* en la última década es muy rápido, lo que permite introducir nuevas variantes para la solución de problemas de esterilidad o infertilidad, o por un caso de salud que contravenga el bienestar de la mujer. *“...Se recurre a las figuras siguientes: dador de semen (cuando el hombre no produce semen o el producido es defectuoso); donante de óvulos (si la mujer no puede producirlos), y madre sustituta (si la mujer carece de útero o tiene contraindicaciones graves para llevar a cabo el embarazo).”*³²

La siguiente tabla muestra las diferentes posibilidades para que se dé una fecundación *in vitro*. Misma que se aplica después de varios estudios.

“ TIPO	ESPERMA	ÓVULO	ÚTERO
a) Padre estéril. Madre con capacidad de concebir.	Donante	Madre	Madre
b) Madre estéril capaz de gestar.	Padre	Donante	Madre

³² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *op cit.*, pp. 13-14.

c) Pareja estéril. Madre capaz de gestar.	Donante	Donante	Madre
d) Madre estéril e incapaz de gestar.	Padre	Donante	Madre sustituta
e) Pareja estéril y madre incapaz de gestar.	Donante	Donante	Madre sustituta
f) Pareja Fértil y madre incapaz de gestar.	Padre	Madre	Madre sustituta
g) Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril.	Donante	Madre	Madre sustituta ^{“33}

La fecundación *in vitro* con transferencia de embriones puede realizarse con gametos de la pareja que desea tener un bebé o células reproductivas donadas (espermatozoide y óvulo) y la transferencia se hace en el útero de la mujer que forma parte de la pareja. Pero si esta pareja, se encontrara en algunos de los supuestos marcados con los números 4, 5, 6 y 7, de la tabla anterior se encontrara ante lo que es llamado maternidad subrogada o de sustitución. La fecundación *in vitro* en la transferencia del embrión permite varias posibilidades, según la procedencia de los gametos y si la transferencia se realiza en el útero de la mujer o en una madre

³³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *op cit.*, pág. 16.

sustituta, para solucionar los problemas de esterilidad, infertilidad o de salud de la madre.

❖ Maternidad Subrogada. (*que se explicará más adelante*).

La maternidad subrogada es un nuevo método de reproducción asistida, la cual va ligada a la fecundación *in vitro*, dado que es parte para lograr una fecundación y así implantar el óvulo fecundado en el útero de otra mujer.

Estos son los tipos de reproducción asistida que se conocen actualmente y el último, es el más polémico en la actualidad.

Pero ¿cómo está regulada la reproducción asistida en el Derecho Vigente en el Distrito Federal?

2.2.2 REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil para el Distrito Federal regula lo que es la reproducción asistida en general, y considera a los hijos nacidos de este método, como hijos consanguíneos. La reproducción asistida está regulada en muy pocos artículos de nuestro ordenamiento civil y de los mismos tienen ciertas lagunas dado que generalizan la reproducción asistida, cuando se sabe que existen diferentes métodos para la utilización de la misma; por ende, se deja en el aire la utilización de cualesquiera de éstos, siempre que no estén prohibidos por la ley.

El artículo 162, en su párrafo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal

nos dice:

[...]

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

De dicho artículo se deriva que los cónyuges pueden utilizar cualquier método de reproducción asistida (MRA), desde luego que no sea contrario a la ley. Es decir, que se puede utilizar cualquier tipo de reproducción de los que anteriormente cite; sin embargo, la maternidad subrogada es un método de reproducción asistida y trae consigo una serie de conflictos, dado que, dicho artículo da la libertad de elegir este método, haciendo la aclaración que la maternidad subrogada no está prohibida por la Ley penal vigente en el Distrito Federal.

En tal situación, es válido aplicar los principios generales del derecho, en especial el principio “*lo que no está prohibido, está permitido,*” ya que existe, una laguna en la ley civil, al no ser explícita, en anunciar qué tipo de métodos de reproducción asistida se pueden aplicar, porque maneja que se puede utilizar cualquier método; lo mismo pasa con la Ley penal, ya que ésta no prohíbe, el uso de la maternidad subrogada y, no habiendo jurisprudencia que así lo solucione, es viable aplicar los principios generales del derecho.

Del artículo 293 en su párrafo segundo, del ordenamiento en cita, se desprende el parentesco, artículo que manifiesta, que son hijos consanguíneos los nacidos a través de la reproducción asistida, en virtud que define:

[...]

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”.

Este articulado nos dice que los hijos nacidos a través de reproducción asistida tendrán los mismos derechos que uno nacido de forma natural, ya que tendrán parentesco por consanguineidad, aunque las células reproductivas sean donadas, y así lo reconozca quien otorgó el consentimiento para que se llevara a cabo dicho procedimiento.

En materia de filiación se habla de la reproducción asistida en los artículos 326 y 329 del CCDF que son del tenor literal siguiente

Artículo 326 párrafo segundo:

[...]

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

Tal precepto menciona que el padre no puede impugnar la paternidad de un hijo si consintió la utilización de métodos o técnicas de reproducción asistida, aunque se

encuentre, en el supuesto que el espermatozoide haya sido donado, pero si éste lo consintió, no podrá negar la paternidad del hijo.

Artículo 329:

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

La parte final del artículo que precede establece que no se puede impugnar la paternidad del hijo nacido después de trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, si el ex cónyuge varón consintió en la utilización de métodos de fecundación asistida, es decir, si la ex cónyuge utilizara semen congelado del ex marido, siempre que ambos estuvieren de acuerdo, esto no afectará la filiación del hijo, o en el supuesto de que falleciera el marido y dejara congelado su semen y la mujer lo utilizara para fecundar un óvulo suyo, (estoy hablando de la inseminación *pos mortem*), la filiación tampoco debe afectar al hijo.

Éstos son en realidad, planteamientos que deben ser resueltos por el ordenamiento legal, con una técnica jurídica que pueda agotar los supuestos que generan o que pueda plantear la realidad actual.

Los artículos anteriores hablan solamente de la paternidad y en los casos en los que se pueda negar, más no así de la maternidad.

El **artículo 360** del *Código Civil Federal* establece lo siguiente:

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

La maternidad a nivel federal se da por el simple hecho de dar a luz, pero con la nueva técnica de reproducción asistida (Maternidad Subrogada), este supuesto queda en duda e, igual que la paternidad, hay que comprobarse la maternidad en caso de un problema, que la madre sustituta no quiera entregar al recién nacido a sus padres biológicos.

Por su parte, el *Código Civil para el Distrito Federal*, en su **artículo 360** actualmente, establece que el nacimiento no es prueba de la filiación según se desprende del actual texto de dicho artículo que dice:

La filiación se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia, ejecutoriada que así lo declare.

Este artículo sí nos deja en el supuesto de que al momento de usar un método de reproducción asistida (Maternidad subrogada) y en caso de una controversia con el reconocimiento del menor, entre los padres (o sólo uno de ellos), y la madre sustituta, tenga a bien realizarse un juicio en el que se determinará mediante sentencia ejecutoriada la paternidad y maternidad de los mismos.

2.2.3 REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En la actualidad el *Código Penal en el Distrito Federal*, regula como delito en su Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo I, la Procreación asistida, Inseminación artificial y Esterilización Forzada.

Si nos dejamos llevar o guiar por el título de este capítulo, automáticamente diríamos que cualquier método de reproducción asistida está prohibido y penado por la ley.

Sin embargo, la interpretación es otra dado que los artículos que regulan el ordenamiento legal en cita, expresa que cualquier persona que practique cualquiera de estas técnicas, SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO de la persona a quién se le van a practicar, será tipificada la acción como delito, tal como lo refiere los siguiente artículos:

Artículo 149. *A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.*

Artículo.150 *A quien sin consentimiento, realice inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años, se le impondrán de cuatro a siete años de prisión.*

Artículo 151. *Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante.*

Si como consecuencia de este delito se produce un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años y se estará a lo dispuesto por el artículo 155 de este Código.

Estos artículos, claramente exponen que será sancionado quién realice la práctica de inseminación artificial a la persona que no exprese su consentimiento para ello. Además que debe ser una mujer mayor de 18 años para que puedan realizarse estas técnicas en una mujer, luego entonces, no está tipificada como conducta antijurídica, la reproducción asistida si existe el consentimiento expreso del o los solicitantes y/o donantes.

2.3 CONCEPTO DE MATERNIDAD.

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, científicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad. “*Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé...*”³⁴ la cuestión en este supuesto es definir quién realmente es la madre del bebé, si son las dos mujeres o sólo una de ellas.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, etimológico, gramatical, biológico y jurídico (desde un punto doctrinario). Analizaremos cada uno.

A) Etimológico

La palabra madre procede del latín *mater/matris*, la cual a su vez deriva del griego *matér/matrós*, cuyo significado es madre. Con posterioridad, en Roma se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de

³⁴ ARÁMBULA REYES Alma, Investigadora Parlamentaria, *Centro de Documentación y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Maternidad Subrogada*, Agosto, 2008. Pág 10. formato PDF disponible en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> 15/09/13:00 pm

conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser cónyuge de aquél.

B) Gramatical

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, maternidad “(deriva de materno) que significa: Estado o cualidad de madre...”³⁵.

C) Biológico

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

Para Silvia Tubert citada por Ingrid Brena, considera a la maternidad “...Como una función de carácter instintivo, profundamente arraigada en la estructura biológica de la mujer, independiente de las circunstancias temporales y espaciales en las que tiene lugar, que nos resulta difícil reconocer que, en tanto fenómeno humano, la maternidad es una construcción cultural”.³⁶

Esta cuestión psicológica, cultural, y exigencia social de la maternidad, se debe a que desde niñas, están en un estereotipo de frágiles, de estar al cuidado del hogar, es por eso que las niñas que en un futuro se convertirán en mujeres, juegan desde

³⁵ DICCIONARIO D LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad> 16/09/2013 14:06hrs.

³⁶ BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la salud. Temas a Reflexionar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2004 pág.47.

pequeñas a las muñecas, a la mamá, a la comidita etc. Rol que caracteriza de forma general a las mujeres en una sociedad; de ahí que las niñas, siempre sueñan en crecer, casarse, tener hijos y estar al cuidado de su hogar y esposo.

Sin embargo, en la actualidad, la mujer que estudia hasta nivel licenciatura, tiene otros planes de vida, primordialmente realizarse como profesionistas, tener una buena estabilidad económica y algunas pensarán en contraer matrimonio y, finalmente, tener hijos, mientras que otras tantas prefieren evitar el matrimonio e inclusive los hijos; pero llega un momento en el que esas mujeres que buscan realizarse profesionalmente, para así tener una estabilidad económica para mantener y darles una seguridad de bienestar a sus hijos, desgraciadamente su reloj biológico, no perdona, y es cuando se empieza con los problemas de infertilidad e inclusive de esterilidad, con los que se inicia ciertos tratamientos de infertilidad, algunos sin éxito, por lo que queda esta oportunidad de la maternidad subrogada.

D) Jurídico

“Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente”.³⁷

³⁷ ARÁMBULA REYES Alma. *op. cit.*, pág. 12.

A esto último y como anteriormente se ha analizado, los nuevos usos de técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada) nos queda claro que, con el simple hecho de dar a luz, no se comprueba la filiación con el menor.

El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

a.- *“Maternidad plena:* es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b. *Maternidad genética:* es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c. *Maternidad gestativa:* cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

d. *Maternidad legal:* la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.”³⁸

Conceptos que dan otra perspectiva a la maternidad y mucho más a la maternidad subrogada.

³⁸ MORAN DE VICENZI, Claudia C. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara editores, colección jurídica, Perú, 2005, pág. 191.

2.4 CONCEPTO DE SUBROGACIÓN.

En este tema se analizará lo que significa la palabra subrogación y sus diferentes acepciones por lo que tenemos los siguientes significados.

- “Subrogar: es subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra persona o cosa,
- 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,
- Sustituir o Substituir: es poner a una persona o cosa en lugar de otra.”³⁹

Como puede observarse, con las denominaciones anteriores, se desprende que no se contempla ninguna relación con la utilización médica de este método de reproducción asistida (maternidad subrogada), pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto.

Para López Faugier citado por Alma Arámbula Reyes, (Investigadora Parlamentaria) considera que la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque ‘Gestar’ significa: Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.

³⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

<http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar%2C+delegar+y+sustituir> visto el 16/09/2013 15:30hrs.

De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Esto resulta muy importante, debido a que suele creerse que la subrogación a que alude la maternidad subrogada es la que menciona la ley y no es así.

La ley señala que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, puesto que esta figura no tiene como fin que la mujer que contrata sea sustituida por otra contratante. En consecuencia, la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, pero sin atribuirle lo que indica la ley.

Por lo que en lo sucesivo referimos la maternidad subrogada, como madre sustituta o maternidad gestante.

2.5 ¿QUÉ ES LA MATERNIDAD SUBROGADA?

En este tema abordare algunos conceptos de lo que es la maternidad subrogada, así como otras denominaciones con las que es conocida.

*“Se llama maternidad subrogada a la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o cargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia”.*⁴⁰

⁴⁰ GAFO, JAVIER. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Camillas, Madrid 1993, pág. 91.
Disponible en internet. <http://books.google.com.mx/books?id=UmPdDdPaC5UC> visto el 01/10/13 14:03hrs.

Este concepto tiene como palabras clave <gestación> y <entregará>, es decir, que una mujer gestara el hijo a nombre de otra para que al final se le entregue a ésta, el recién nacido.

Pero este concepto no cubre todos los problemas jurídicos que pudieran surgir después de nacido el bebé.

En la maternidad subrogada es importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que en este aspecto, no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé, como lazos de consanguineidad, además de características físicas y de personalidad.

Por esta razón no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental. Y por lo tanto ya no se daría una subrogación como tal, sino sólo se estará hablando de una madre gestante, la cual llevará a término el embarazo.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente, a partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como las siguientes:

- ♣ 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 y
- ♣ Surrogated motherhood, su denominación en inglés.

Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la maternidad subrogada.

Ahora bien y como se desprende del anterior listado, estas denominaciones tienen como objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para gestar, aunque algunos tesisistas como Ana Delgado Calva citada por Arámbula Reyes (investigadora parlamentaria), dice que “... *No todas las denominaciones son en realidad correctas, como la de maternidad de alquiler, alquiler de vientre o de útero, dado que no se*

*trata de un contrato de arrendamiento*⁴¹. Esto da pauta a que se creé una nueva forma de regular este supuesto de reproducción asistida (Maternidad Subrogada).

Para Xavier Hurtado Oliver la maternidad subrogada es “...*La practica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento*”⁴²

En este concepto se vuelve a encontrar la palabra <gestar> y <entregar> sin embargo, no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada, o sea, no indica si estas mujeres son o deben estar casadas, ser concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer, puede convenir con otra para que gaste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera e incluso podría ser lesbiana.

Otro concepto parecido, es el que menciona Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal, citados por Arámbula Reyes Alma (investigadora parlamentaria), estos autores dicen que la maternidad subrogada “...*Es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa*”.⁴³

⁴¹ DELGADO CALVA, Ana Soledad. La Maternidad Subrogada: un Derecho la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en *Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. Citado por ARÁMBULA REYES, Alma. *op. cit.*, pág 33.

⁴² HURTADO OLIVER. Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 54

⁴³ ARÁMBULA REYES Alma. *op. cit.*, pág. 34.

En este concepto se habla de una mujer que se presta para gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado, pero respecto al óvulo de la esposa no dice nada. Por lo que otra vez queda la madre solicitante en un estado de indefensión, dado que si al final del embarazo la madre sustituta no pretende entregar el bebé a los padres solicitantes, ésta tendrá el derecho legítimo dado que el bebé es su hijo biológicamente, aunque el padre de éste sea el esposo de la madre solicitante.

Surge nuevamente la pregunta, ¿Qué calidad o estado civil debe de tener, la madre gestante y la madre solicitante? Dado que surgen problemas al no especificar el estado civil de la madre gestante, lo cual es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que da a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como su esposo, entonces por este simple hecho será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Tal como lo estipulan los siguientes artículos del Código Civil vigente del Distrito Federal, mismos que a la letra rezan:

Artículo 324: Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

[...].

Artículo 383: Se presumen hijos el concubinario y concubina:

I Los nacidos dentro del concubinato; y

II Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Claramente al denunciar el padre biológico la paternidad de ese bebé se le otorgará dicha paternidad, pero no así para su esposa. En el supuesto de que la madre solicitante no haya aportado su óvulo.

Por eso es tan importante determinar un concepto y una ley que cubra todos estos supuestos para evitar, futuros problemas jurídicos con los padres biológicos o gestantes del bebé. También quienes pueden sujetarse a este método de reproducción asistida.

Ahora bien, como ya se analizó, el *Código Civil para el Distrito Federal*, estipula que los cónyuges pueden usar un método de reproducción asistida (sin mencionar cual) para procrear. A lo que voy, es que el Ordenamiento Civil del D.F, ya dio un parámetro de las personas que pueden usar cualquier método de reproducción asistida y esto es, el matrimonio (mujer- hombre o personas del mismo sexo), así como los concubinos, dado que se rigen por las mismos derechos y obligaciones del matrimonio.

Esto deja a las personas solteras de un lado, pero tampoco está prohibiendo que éstas, tengan el acceso a los medios de reproducción asistida.

Un concepto de Zannoni citado por Arámbula Reyes, dice “...*La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra*”

*mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja.*⁴⁴

Este autor habla del embrión de una pareja que, se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es inseminado en el útero de otra mujer.

En lo personal concuerdo con este autor en este concepto, dado que, si el óvulo de la mujer es de la madre solicitante y el espermatozoide del padre solicitante, no existiría ningún problema en caso de que la madre sustituta o gestante, al término del embarazo reclamase el bebé, como si fuera hijo propio, dado que no tendría ninguna relación genética con el recién nacido.

Pero aún así, este concepto no cubre todos los supuestos en los que se puede dar la maternidad subrogada, por lo que es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quiénes pueden participar de ella y cuál será el instrumento, por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado debe de proteger mediante sus cuerpos jurídicos.

El tratadista Zannoni, dice: *“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 sea implantado en el útero de otra*

⁴⁴ ARÁMBULA REYES Alma, *op. cit.*, pág. 35.

*mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. “Del mismo modo, agrega”, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa. La maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el espermatozoides ajeno. En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación”.*⁴⁵

Con este concepto entiendo que para Zanoni, subrogación no consiste en substituir a la madre, en el entendido que la mujer gestante aporte su óvulo para que, la madre solicitante se convierta en la madre biológica o jurídica del futuro bebé.

Sin duda alguna, este autor dice que la maternidad subrogada se da cuando se inserta el embrión de la pareja solicitante, a una mujer cuya voluntad es llevar en su vientre al hijo de otras personas para que al culminar el embarazo, entregárselo, esto sin ningún costo oneroso. Salvo que los padres solicitantes quieran compensar a dicha mujer.

Coincido con esta autor, en que el embrión sea de los padres solicitantes y sólo la madre sustituta sea la que lleve la gestación a su fin de ese futuro bebé.

⁴⁵ Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, octubre de 1987. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pág. 80. Disponible en biblioteca-fes.aragon.unam.mx: <http://132.248.9.195/pd2001/296978/Index.html> visto el 02/10/13 12:24hrs.

Pero este supuesto sólo se puede dar en caso de que la madre solicitante no pueda llevar en su vientre la gestación del embrión por las siguientes causas:

- ♥ Cuando la mujer solicitante es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación,
- ♥ Cuando la mujer solicitante es estéril, por anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales, por ende óvulos que pueden servir para la fecundación *in vitro*,
- ♥ Cuando la mujer solicitante carece de útero,
- ♥ Cuando la mujer tiene una enfermedad crónica que le impide llevar la gestación y
- ♥ Cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación *in vitro* de un óvulo de ella y espermatozoide de su marido.

Estos son los supuestos en los que se puede utilizar la célula reproductiva de la mujer solicitante, así como el espermatozoide de su marido, para recurrir a la maternidad subrogada, como método de reproducción asistida para la procreación de sus descendientes.

Pero sólo se habla de la donación del óvulo y no de la donación del espermatozoide, en caso de que uno o los dos padres solicitantes, fueran estériles. ¿Qué pasaría en esos supuestos? Ya que Zanonni, nos dice que la subrogación es cuando a través de la fecundación *in vitro*, el embrión de la pareja solicitante se coloca en el útero de la mujer gestante.

Estos son algunos de los supuestos en los que se encuentra esta hipótesis.

I. Madre estéril e incapaz de gestar.	Padre	Donante	Madre sustituta
II. Pareja estéril y madre incapaz de gestar.	Donante	Donante	Madre sustituta
III. Pareja fértil y madre incapaz de gestar.	Padre	Madre	Madre sustituta
IV. Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril.	Donante	Madre	Madre sustituta

En todos ellos se habla de una madre sustituta, y de donadores. Existen varias posibilidades de que la madre sustituta done el óvulo, pero si el padre es quién es estéril y por ende se necesita un donador de esperma, inmediatamente se piensa en el banco de espermas, en la cual la identidad del donador es anónima; lo mismo puede pasar con el óvulo recurrir a una donación de éste, para que a través de la fecundación *in vitro*, el embrión se coloque en la madre (sustituta, gestante) con el fin de que esta no tenga ninguna relación genética y así no exista ninguna complicación legal al nacimiento del bebé. Así se da la maternidad subrogada como lo estipula Zannoni.

2.5.1 TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Gustavo Adolfo Marín Vélez nos dice que *“En la maternidad subrogada, como técnica de reproducción asistida, suelen suceder situaciones que alteran la lógica de la maternidad clásica, veamos: En un primer lugar, gesta una mujer distinta a la que será la madre legal de la criatura, pero puede suceder que la madre gestante aporte el material genético, como, asimismo, se puede dar el caso de que exista donación de gametos (óvulos y espermios) de terceras personas”*.⁴⁶

Hay autores que manifiestan, que existen clases de subrogación, como Clara Mosquera Vásquez, citada por Claudia Gamboa Montejano (Investigadora parlamentaria), nos dice que *“pueden presentarse seis variantes, en el alquiler de útero manejando el juego de palabras, contratante, cedente y madre de alquiler:*

- 1) *Cuando tanto el semen como el óvulo proviene de la pareja contratante.*
- 2) *Cuando el óvulo proviene de la esposa contratante y el semen de un cedente.*
- 3) *Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo contratante.*
- 4) *Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.*
- 5) *Cuando el óvulo proviene de la madre de alquiler y el semen del esposo contratante.*
- 6) *Cuando el óvulo proviene de la madre de alquiler y el semen de un cedente”*⁴⁷.

⁴⁶ MARÍN VÉLEZ Gustavo Adolfo. *El arrendamiento de Vientre en Colombia*, Editorial Universidad de Medellín, primera edición, Colombia 2005. Pág. 106. Disponible en internet http://books.google.com.mx/books?id=iLEy58F2EXkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true visto el 02/10/13 15:36hrs.

⁴⁷ GAMBOA MONTEJANO, Claudia (investigadora parlamentaria). *Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado (primera parte)*, Dirección de servicios de Investigación y análisis, Subdirección de Política Interior, México D.F 2010. Pág. 17. Formato PDF, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf> visto el 02/10/13 16:00hrs.

Esta autora habla de la donación de las células reproductivas, ya sea del óvulo o del semen; en sus diferentes hipótesis de maternidad subrogada, plantea algo concerniente a la paternidad donde, determina que el óvulo sea de la madre sustituta y el semen donado, supuesto que sin ninguna regulación jurídica sobre el tema, la madre de alquiler (como la autora la denomina), podría negarse a entregar al bebé a los padres solicitantes, dado que en esta situación, el recién nacido, sí es hijo biológico de la madre sustituta, por ende, los padres solicitantes no tienen ninguna relación genética con el bebé y no tienen ninguna forma de acreditar dicha maternidad o paternidad, más cuando no cuentan con un ordenamiento que los proteja, ante tal situación.

Vuelvo a reiterar, que la mejor forma de aplicar y/o poner en práctica la maternidad subrogada, es que solamente la madre sustituta, lleve en su vientre el embrión de la pareja solicitante.

Por su parte, el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi citado por Gamboa Montejano “...*Hace referencia a la existencia de cuatro formas de maternidad subrogada, madre portadora, madre sustituta, ovodonación y embriodonación...*”,⁴⁸ en cuanto a la primera tenemos lo siguiente:

A) Madre Portadora.- La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica, lo que habla de una maternidad subrogada, pero cuales serían los requisitos para que se llegue a dar en esta caso de préstamo de útero, el

⁴⁸ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, págs. 17, 18.

autor dice que se produce un caso de trigeneración humana, que son tres elementos fundamentales para que se de este supuesto y son los siguientes:

- 1) qué se aporte espermatozoides del marido,
- 2) qué se aporte óvulo de su mujer y
- 3) la madre gestante será una tercera.

En este último supuesto habla de la mujer gestante como una tercera, pero como lo anteriormente lo analice, no dice si debe ser una mujer casada, que viva en concubinato o sea soltera. En mi opinión, la persona indicada para ser madre sustituta, es alguien que tenga un apego de amistad, amor o parentesco con las parejas que desean ser padres. (Cuestión que analizaré más adelante).

B) Madre Sustituta.- La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. El Doctor Enrique Varsi Rospigliosi (citado anteriormente) expresa que se está en un caso de una maternidad integral ya que se produce un caso de pre-generación humana y esto es que:

- 1) hay espermatozoides del marido, e
- 2) inseminación en tercera mujer.

En este supuesto se habla de que el marido de la mujer que no puede gestar inseminara artificialmente a una tercera mujer (madre sustituta), es decir, que se utilizará su óvulo.

C) Ovodonación.- La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeración humana 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer.

En este supuesto no coincido con el autor, al determinar que esta hipótesis es un tipo de maternidad subrogada, dado que la misma madre será la que lleve el embarazo, y lo único que utilizó fue la donación de óvulos, pero ella misma llevará la gestación del embrión y no habrá una tercera mujer que lo haga por ella.

D) Embriodonación.- El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana la cual requiere lo siguiente:

- 1) óvulo donado
- 2) espermatozoide donado
- 3) una tercera mujer que lleve la gestación del embrión.

Esta es una táctica, para evitar problemas de paternidad y maternidad tanto con la pareja solicitante como con la madre sustituta; ya que esta última no tendrá ninguna relación biológica con el embrión. Si bien es cierto la pareja solicitante tampoco tendría una relación biológica con el futuro bebé, son quienes han hecho la solicitud de las células reproductivas y los que desean ser padres a través de esta técnica de reproducción asistida.

Para el Licenciado Carlos Rodríguez Martínez, la subrogación puede tener las siguientes modalidades:

- I. TOTAL. Que la mujer "contratada" sea, inseminada aportando sus propios óvulos y después de la gestación y el parto, entregue el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos de maternidad. En esta hipótesis propiamente no existe sustitución de vientre, apareciendo más bien maternidad compartida;*
- II. PARCIAL. Aparece cuando la gestadora porta en su vientre el embrión fecundado In Vitro y el espermatozoide y óvulo sean de la pareja contratante;*
- III. COMERCIAL. Se trata de un servicio que implica pago de cantidad cierta y determinada, incluidos gastos de gestación;*
- IV. ALTRUISTA. Igual que el anterior sólo que de manera gratuita, dándose comúnmente por un lazo de amor, amistad o parentesco.”⁴⁹*

⁴⁹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ Carlos. "Arrendamiento de Úteros", Conferencia Magistral, Colima, Colima 2009. Pág. 1 y 2. Formato PDF. Disponible en internet: [http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20uterio%20\(30enero2009\).pdf](http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Arrendamiento%20de%20uterio%20(30enero2009).pdf) visto el 02/10/13 18:20 pm

Esta última clasificación es la más práctica y resumida ya que, habla únicamente de dos supuestos de la maternidad subrogada, primero, que la madre gestante será inseminada con el espermatozoide de de la pareja solicitante o contratante con sus propios óvulos y con la finalidad de entregar al bebé al término del embarazo, esta opción se combina con la COMERCIAL ya que, al final se puede dar una gratificación o se puede pactar un pago; y la segunda es implantar el embrión de la pareja a esta tercera mujer y esta se combina con la ALTRUISTA ya que no habrá ningún pago y se hace por un lazo de amor, amistad o parentesco, como anteriormente lo había planteado.

2.5.2 CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Pueden existir una diversidad de causa, para utilizar esta técnica de reproducción asista, pero es con un solo fin y/o objetivo, ser padres, si se trata de una pareja o ser sólo padre, o madre.

La pregunta sería, ¿Qué causas, darían origen legalmente a la maternidad subrogada? Estas y demás cuestiones se tendrían que hacer los legisladores, para realmente hacer una ley para regular este método de reproducción asistida.

Si bien es cierto que tiene por objeto, permitir a las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también lo es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y

jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Estas son algunas causas que originan la maternidad subrogada:

- “Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo solicita a otra mujer o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé;
- Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
- Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación *in vitro*; o
- Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre sólo”.⁵⁰

Los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad, en el cuarto supuesto se refiere a una cuestión estética física, de mujeres que sin tener ningún tipo de impedimento de los ya citados, desisten de embarazarse,

⁵⁰ ARÁMBULA REYES, Alma. *op. cit.*, pág. 41.

simplemente por conservar en su aspecto; este caso no se me hace lógico e incluso valido ya que realmente quien va a utilizar este método de reproducción asistida, es porque lo que más anhela y es su deseo convertirse en madre o padres, porque su maternidad y se ve frustrada, por cuestiones de salud, no así por cuestiones estéticas. El quinto, se alude a la fecundación *post mortem*, tema que ya trate anteriormente; y el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales.

Maricruz Gómez de la Torre hace la siguiente manifestación acerca de la maternidad subrogada como método de reproducción asistida para los homosexuales “*La utilización de la maternidad subrogada por la pareja homosexual es la que experimenta más rechazo, puesto que muchos países no permiten la adopción de niños por parte de parejas homosexuales y de lesbianas...*”⁵¹

Este método de reproducción asistida, además de ser polémico en la utilización de personas heterosexuales ya que, plantea una serie de problemas, políticos, jurídicos, ético-morales, económicos, sociales y religiosos; se multiplica por mil cuando se habla de que las personas homosexuales puedan utilizar dicho método.

Pero como la misma Carta Magna proclama en su artículo primero, que a la letra reza:

⁵¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación In Vitro y la Filiación*, editorial Jurídica de Chile, 1993, págs. 197 -198.
Disponible en Internet:
http://books.google.com.mx/books?id=N7Bf63O6Uh0C&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summar_y_r&cad=0#v=onepage&q&f=true visto el 02/10/13 19:14 PM

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.

[...]

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

[...]

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.

Artículo que protege los derechos humanos de la personas, sin importar su preferencia sexual, por lo que exhorta a la autoridades competentes, a vigilar, proteger y hacer cumplir sus derechos humanos; por ende, queda explícitamente prohibido cualquier tipo de discriminación hacia cualquier persona que viva en el territorio nacional, sin importar su preferencia sexual.

Ya que la ley dice, que las personas del mismo sexo (homosexuales y lesbianas) pueden contraer matrimonio, por lo tanto se regirán por las normas que estipula este

acto jurídico y en consecuencia, puedan recurrir con todo derecho a este método de reproducción asistida, sin importar su preferencia sexual.

De igual forma, protege a las personas solteras, ya que no importa el estado civil, para salvaguardar sus derechos, a la procreación y/o conformar una familia.

En mi opinión, no estoy de acuerdo a que los homosexuales adopten, pero sí que tengan hijos a través de la maternidad subrogada, dado que serán hijos propios.

2.5.3 CONCEPTO DE MADRE Y PADRE.

¿Por qué es importante, hablar de estos conceptos? Básicamente porque, al hablar de madre se nos viene a la mente, aquella que te da la vida y nos tuvo en su vientre por nueve meses, la que te cuidará siempre, la que nos atiende y nos protege de todo mal, la que siempre estará pendiente de nosotros, quien puede ser nuestra amiga y confidente, quien nunca dejará de amarnos, etcétera; si te mencionan la palabra padre, aunque tiene varios significados, seguro sabes que se refieren a tú papá; en cuanto a hijo se puede decir, que es la persona, que lleva los genes tanto de su progenitor como de su progenitora; pero estas palabras van más allá de ese simple significado, puesto que con las nuevas técnicas de reproducción asistida se modifican, aunque no dejan de tener su significado de fondo.

Por sentido común, se entiende que progenitor es aquella persona que nos da vida, o nos engendra, es decir, la persona que nos da la existencia.

Para tener una idea más precisa definiremos lo que es:

“*PROGENITOR*, (Del lat. *progenitor*, -ōris) 1. Pariente en línea recta, ascendiente de una persona. 2. m. pl. El padre y la madre...”⁵²

De esta definición se desprende que el progenitor o progenitora, es un pariente consanguíneo entre un ascendiente.

MADRE: la Real Academia Española (RAE) aporta los siguientes significados para esta palabra; “(Del lat. *mater*, -tris).

1. f. Hembra que ha parido.
2. f. Hembra respecto de su hijo o hijos.
3. f. Título que se da a ciertas religiosas.
4. f. En los hospitales y casas de recogimiento, mujer a cuyo cargo está el gobierno en todo o en parte.
5. f. Matriz en que se desarrolla el feto...”⁵³

Para la Doctora Julieta Melo, “*el concepto de madre ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia; es aquella qua través de un proceso de gestación da ocurrencia al nacimiento de una criatura.*”⁵⁴

Esta autora da los siguientes tipos de madre:

⁵²DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

Disponible en Internet, <http://lema.rae.es/drae/?val=progenitor> visto el 03/10/13 15:03hrs.

⁵³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en internet, <http://lema.rae.es/drae/?val=madre> visto el 03/10/13 15:26hrs.

⁵⁴ MELO, Julieta, *et al. Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana...*, editorial Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia 2007 pág.30, Disponible en Internet: http://books.google.es/books?id=Ds3OUdNUYTMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&ad=0#v=onepage&q&f=true visto el 03/10/13 16:00hrs.

- **“Madre genética:** Es la mujer de quien podemos decir que el origen de una criatura se dio en un óvulo que de ella provino.”⁵⁵
- **“Madre gestante (maternidad natural):** La gestación termina con el parto y es madre la mujer que gesta y da a luz sin importar (teoría universal) que el óvulo sea o no de ella (arrendamiento de vientre o fecundación asistida).”⁵⁶

Este concepto hace referencia a dos posibles hipótesis la primera, es nuestra madre sustituta, esa mujer que gestará en su vientre un hijo de otra persona; o bien aquella mujer que a través de la inseminación artificial logró ser madre, o sea, no necesito de una tercera para llevar la gestación del bebé.

- **Madre por manifestación de voluntad (vía de adopción).**

Como su nombre lo indica, es aquella mujer que se convierte en madre a través de la adopción.

- **“Madre voluntaria (o por subrogación):** Es el mismo arrendamiento de vientre, en el que se da la circunstancia de una mujer que, sin haber aportado óvulo, sin haber gestado y parido, manifiesta la voluntad de asumir la calidad de madre, pero ya no frente a una persona jurídica (adopción) sino frente a un *nasciturus*; es el caso de aquella mujer que contrata con otra para que geste y dé a luz (pero considera madre a quien manifestó la voluntad frente a ese *nasciturus*). Ésta es la llamada maternidad por simple sustitución, pues la mujer que gesta y que da a luz aporta su material genético puesto que es la

⁵⁵ *Ibídem*

⁵⁶ *Ibídem*

productora del óvulo fecundado; o su otra clase que es la maternidad por sustitución en la gestación, donde la mujer que gesta no aporta al proceso su material genético.”⁵⁷

Este último concepto, es el más acertado para definir a la mujer que se convierte en madre, a través de la del método de reproducción asistida denominado maternidad subrogada, ya que es voluntad de la mujer, aplicar este método, sea con su aportación genética o no, se convertirá en madre y será considerada como tal.

PADRE: La REA, define esta palabra como: “(Del lat. *pater*, -*tris*).

1. *m. Varón o macho que ha engendrado.*
2. *m. Varón o macho, respecto de sus hijos.*
3. *m. Macho en el ganado destinado a la procreación.*
4. *m. Cabeza de una descendencia, familia o pueblo...*⁵⁸

La doctora Melo dice que la paternidad es, es un vínculo jurídico derivado de una relación biológica entre padre e hijo; y da los siguientes tipos de padre:

- **Padre genético:** “*Es el sujeto que aporta espermatozoides para la fecundación*”⁵⁹.
- **Padre voluntario (paternidad voluntaria por adopción).**
- **Paternidad voluntaria (por acompañamiento heterólogo):** “*El marido que acepta que a su cónyuge o compañera se le realice un procedimiento de*

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en internet, 03/10/13 16:14pm <http://lema.rae.es/drae/?val=padre> visto el 03/10/13 16:30 hrs.

⁵⁹ MELO, Julieta. *op. cit.*, pág. 31.

*técnicas de reproducción asistida con esperma de un tercero (procreación heteróloga)....*⁶⁰

Concepto que habla sobre la paternidad del esposo, cuya esposa se sometió a un procedimiento de fecundación artificial con semen de un tercero, a falta de la fertilidad de éste y como nuestra legislación civil lo postula, para que se dé la paternidad en este tipo de técnicas de reproducción; debe existir la voluntad tanto del esposo como de la esposa.

- **Paternidad por decisión voluntaria (subrogación):** *“Quien acompaña a la mujer en arrendamiento de vientre o maternidad subrogada independiente de donde venga el esperma. En cuanto a filiación, hay que aplicar las reglas de la paternidad voluntaria; en cuanto al consentimiento del marido o compañero permanente se tendrá por padre si hay consentimiento”.*⁶¹

Este concepto nos dice, y coincide con el que precede, que el hombre que pretenda ser padre a través de la maternidad subrogada logrará dicha paternidad con el simple hecho de expresar su voluntad; por ende, el hijo nacido a través de una madre sustituta será hijo suyo, aunque éste haya aportado su material genético o no.

2.6 PERSPECTIVAS ÉTICO-MORALES.

“¿La procreación es una necesidad básica fundamental como para generar un derecho? Algunas personas sostienen que sí, que estos derechos están conferidos por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las

⁶⁰ *Ibídem.*

⁶¹ *Ibídem.*

*Naciones Unidas, promulgada en 1948. Dicho artículo sostiene la siguiente declaración: Los hombres y las mujeres mayores de edad, sin ninguna limitación debida a su raza, nacionalidad o religión tienen derecho a casarse y a fundar una familia.”*⁶²

¿Pero, cómo afecta en la ética y la moral? ¿Es ético que una mujer preste, su vientre para gestar el hijo de otros? ¿Cómo se verá afectado el hijo nacido de estas técnicas de reproducción asistida?, etc. Éstas son preguntas frecuentes que pueden sorprendernos, para pensar así en la prohibición de esta técnica. Pero no es así, dado que se pueden vulnerar los derechos de los posibles progenitores o padres. La sociedad es un factor importante para legislar a favor o en contra de este método de reproducción asistida, por una serie de aspectos moralistas. Este aspecto es atendible, pero no se puede alegar que no es moral la subrogación porque la sociedad pueda discriminar o no aceptar a estos chicos, lo que se debe hacer es comprometerse a respetar las diferencias y a educar a las personas para lograr que sean más tolerantes y comprensivos, evitando o disminuyendo conductas discriminatorias.

Esta técnica de reproducción puede sufrir un rechazo, pero la pregunta sería ¿En qué circunstancias o quiénes, pueden hacer uso de esta técnica? Tal es el caso de la comunidad lésbico-gay, ya que puede existir arbitrariedad, discriminación, etc., para que este tipo de grupos o personas, no puedan ser participes de la reproducción asistida y en especial de la maternidad subrogada. Pero la pregunta va más allá de otros problemas cómo, si serán padres idóneos, cómo será la educación de esos

⁶² BRENA SESMA, Ingrid. *op. cit.*, pág. 86

niños, quizá también pueden influir en sus preferencias sexuales; uno y de más mitos surgirán alrededor de la maternidad subrogada y la comunidad lésbico-gay; pero la cuestión es: ¿Qué hace el resto de la sociedad que se cree normal?

Otra gran polémica en torno de la reproducción asistida, consiste en que no se congelen embriones, óvulos y semen. *“La objeción ética no se refiere al hecho en sí de la congelación de embriones, que en determinadas circunstancias podría aceptarse (como algo provisorio), sino porque la congelación de embriones introduce un problema ético-legal que no se resuelve sino por la vía de los hechos; es decir, con la eliminación de embriones sobrantes”,*⁶³ por lo que éticamente es incorrecto mantener embriones congelados de un mismo solicitante, si éste ya logró su objetivo (procrear), dado que los embriones sobrantes pueden ser utilizados de forma incorrecta y/o para la utilización indebida de la ciencia. Por lo que el bien moral que se quiere proteger en este caso es el embrión dado que ya se dio la fecundación. No así con las células reproductivas (óvulos y esperma).

La igualdad de condiciones y de oportunidades deberá ser la misma, del niño nacido a través de este método de reproducción asistida, como uno procreado de forma natural, tal como se infiere en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, dado que todos son iguales ante la ley y se prohíbe su discriminación.

⁶³ BERNALES ALVARADO, Manuel, *et al. Bioética compromiso de todos*, ediciones Trilce, Uruguay, 2003, pág. 94, disponible en Internet http://books.google.es/books?id=T_RfiOpPaDQC. Visto el 05/10/13 14:35hrs.

2.6.1 PERSPECTIVAS RELIGIOSAS, SOCIALES Y ECONÓMICAS.

¿La religión?

Con este tema, pretendo dar algunas ideas, sobre lo que las principales religiones opinan sobre la reproducción asistida, se sabe que la religión hace referencia a una relación entre lo divino y lo humano, Dios, por un lado, y el ser humano por otro.

En las religiones no se busca dar explicaciones científicas de los hechos, sino más bien su sentido y significado último a la luz del proyecto de la divinidad, que se llega a conocer y aceptar por medio de la fe.

Las religiones hablan de la procreación natural, no de la procreación que pretendan los seres humanos; en conclusión, cada ser humano no es producto de la casualidad, ni del querer humano, sino de una explícita voluntad creadora y amorosa de Dios.

*La iglesia Católica, respecto a los métodos científicos no está muy de acuerdo; la iglesia Católica no considera moralmente aceptable ni la fecundación *in vitro*, ni la inseminación artificial <heteróloga>, sólo la homologa en supuestos muy limitados. Al mismo tiempo se reafirma en una defensa del embrión, y considera lícito su uso, sólo en investigaciones que se hagan en beneficio directo de su salud e integridad.*

“La Iglesia Católica, en su Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva a las dos hipótesis que maneja el tratadista Zannoni de la siguiente forma:

- a) *La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y;*
- b) *La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.”⁶⁴*

La religión Islámica, en cuanto a la procreación parte de la siguiente sentencia contenida en el Corán: “...No maten a sus hijos por temor a la pobreza. Nosotros proveemos para ellos y para ustedes. Matarlos, ciertamente, es por siempre un pecado (Al-Isra 17:31)”⁶⁵

Para el Islam, la persona humana es creada por Dios y comienza a existir como tal en el momento en que se une el espermatozoide con el óvulo; para el Islam usar cualquier tipo de método anticonceptivo, e inclusive el aborto, está prohibido y en cuanto a la procreación *in vitro* se permite siempre y cuando sea supervisada de manera muy minuciosa y se utilice, el semen y el óvulo de la pareja, ya que de otra forma está prohibido. Esta religión critica esta técnica de reproducción asistida, dado que se

⁶⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, *op. cit.* pp. 80, 81.

⁶⁵Para profundizar <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/1281/articulo.php?id=5709> Visto el 07/10/13 14:05 hrs.

abusa de los embriones para fines personales y/o comerciales e, inclusive, se tiran a la basura, vidas que podrían ser parte de la sociedad.

*La religión Musulmana “acepta la mayoría de las técnicas pero rechaza la donación de embriones, óvulos, y esperma; sólo el esperma del marido puede dar lugar a la inseminación, la fecundación in vitro se autoriza en el caso de matrimonios...”*⁶⁶, ya que los musulmanes, como rasgo de identidad y su estructura familiar, radica en su linaje genético familiar. Esta religión, a diferencia de la católica, considera que la vida humana comienza a partir de la segunda o tercera semana, después de la concepción.

En el *Judaísmo* se encuentran las posiciones reformistas (que son los más abiertos en general y, en particular, *con respecto a estas técnicas*), y las posiciones de los ortodoxos, estos últimos “...rechazan la donación de esperma y de óvulos, como también a las madres portadoras o subrogantes, pero aceptan la mayoría de estas técnicas...”⁶⁷. Una de las exigencias que formulan algunos judíos ortodoxos es la presencia de *veedores* los cuales pueden ser rabinos o médicos que monitoreen el proceso y, sobre todo, que fiscalicen que no haya contaminación o equívocos con el material germinal, durante la extracción de óvulos, los procesos de laboratorio y la transferencia de los mismos. Los judíos también difieren con la idea de los católicos en cuanto al comienzo de la vida humana, ya que estos dicen que es después de los cuarenta días a partir de la concepción.

⁶⁶ LUNA, Florencia. “Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José C.R., 2008. PÁG. 28. Disponible en formato PDF <https://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2008/Libro%204.%20Reproduccion%20asistida.pdf> visto el 07/10/13 15:45hrs.

⁶⁷ Ídem pág. 29.

En cuanto a los Protestantes, aceptan “...*Las técnicas de reproducción asistida por infertilidad o por indicaciones genéticas, no por mera conveniencia; acepta la donación de óvulos y de esperma pero no acepta a las madres portadoras o subrogantes.*”⁶⁸

Así pues, desde el campo religioso algunas de estas tecnologías han sido fuertemente rechazadas generando movimientos de oposición. Sin embargo, tal como se puede observar, entre ellas no comparten una visión unificada al respecto y varían sobre la permisibilidad de las prácticas.

Si bien es cierto, las personas religiosas, sin duda, deben seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, (en teoría), pero eso no implica que todas las personas de un país deban regirse obligatoriamente por tales mandatos. El problema surge cuando existe la presión de imponer el dogma religioso en la legislación de un país.

¿Y la sociedad qué?

La sociedad es el punto más importante en este tema, dado que la aplicación de una posible ley, la afecta totalmente. Demás está decir que la transformación de una sociedad implica la creación de nuevas leyes.

La autora Maricruz Gómez de la Torre refiere que, “...*La doctrina considera que si bien el matrimonio es la situación ideal o el desiderátum para que nazca un niño, tampoco se puede negar que la dinámica experimentada por la sociedad ha*

⁶⁸ *Ídem*, pág. 29.

*producido cambios en las relaciones de pareja, lo que ha provocado, a su vez, un cambio de mentalidad en las personas...*⁶⁹

Es decir, que la sociedad evoluciona diariamente y, efectivamente, el matrimonio ya no es la unión entre el hombre y la mujer que ética, social y jurídicamente debe ser reconocida y protegida.

La reproducción asistida, hoy en día ha ido elevando su uso, en este sentido, sobre todo en determinadas sociedades. Pero ¿Qué es lo que está generando esta situación? De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) el problema de infertilidad afecta a 1.5 millones de parejas en México.

Según datos del primer Censo del Mercado de Infertilidad en México, 3 de cada 10 parejas la padecen y ha ido en aumento durante los últimos 7 años (basado en una encuesta realizada en 31 clínicas de fertilidad de 12 Estados del país).

CARLOS TAPIA, médico internista-farmacólogo clínico, explica que *“...Hay algunos factores sociales que están influyendo en la aparición de la infertilidad... uno es el incremento del tabaquismo, otro aspecto importante también es el alcoholismo. El ejercicio excesivo, mujeres que hacen gimnasio más de dos horas y que tienen un desgaste importante en cuanto al aspecto físico, pueden tener ciclos anovulatorios”*.⁷⁰

⁶⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *op. cit.*, pág. 47.

⁷⁰ Para profundizar <http://noticierostelevisa.esmas.com/nacional/548667/crece-infertilidad-mexico/> visto el 07/10/13, 19:20hrs.

Estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres, ya que les permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir, quizá, más tardíamente, la maternidad obviamente esto tiene consecuencias en la posibilidad de superar alguna de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer a diferencia del varón.

Por eso es importante hablar de la salud reproductiva y, debido a su importancia para la dignidad humana, es esencial que los sistemas del sector salud tomen medidas para promover y salvaguardar la salud reproductiva. Entonces, es indudable decir que es una obligación de los gobiernos y de las organizaciones no gubernamentales proveer la información, los medios y las condiciones sociales que hagan posible el logro de la salud reproductiva para todos los miembros de la sociedad.

“Al cumplir con esta obligación, los gobiernos deben reconocer y proteger tres tipos de derechos que son esenciales para la promoción de la salud reproductiva:

- a) Los derechos respecto del cuidado de la salud y de la información relacionada con la salud;*
- b) Los derechos relacionados con la libertad y la seguridad de la persona, y*
- c) Los derechos relacionados con el estatus y la igualdad de la mujer dentro de la sociedad.”⁷¹*

Los métodos de reproducción asistida, hoy en día han constituido una puerta más para las personas que sufren problemas de infertilidad, lo cual les da una viable solución, y más aún a la mujer, que moralmente puede ser tachada ante una sociedad por el uso de estas técnicas e, inclusive, por hacer uso de la maternidad

⁷¹ CAREAGA PÉREZ, Gloria, *et al. Ética y Salud Reproductiva*, Miguel Ángel Porrúa Programa Universitario de Estudios de Género, México 1998, pág. 202.

subrogada: Todavía más, la sociedad no verá ético que la mujer que se preste voluntariamente para realizar este procedimiento entregue a su hijo a otras personas, que aunque no es su hijo genéticamente, fue a través de ella que se logró la gestación.

Lamentablemente la sociedad siempre prejuzga a las leyes, no así cuando les beneficia.

Por eso es importante que el sector salud, distribuya adecuadamente la información sobre la reproducción asistida, de una forma equitativa y justa no sólo para las mujeres, si no para la comunidad en general.

La economía.

Factor importantísimo en la maternidad subrogada, ya que el valor económico de estos métodos de reproducción asistida tiene un costo bastante elevado. Cosa que el sector salud en nuestro país no cubre.

Por ejemplo *“Bélgica, cuyo sistema de salud público cubre estos procedimientos, ya que tiene una política explícita al respecto donde financia estos tratamientos...”*⁷².

En sociedades como la de los EE.UU. en las cuales los costos de estas técnicas se pagan privadamente, las pacientes son consideradas como ‘clientes’; igual que en nuestro país, ya que existen clínicas que cuentan con permiso de la Secretaría de Salud, para brindar el servicio a personas con problemas de infertilidad, pero estas

⁷² http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/reproduccion_asistida_al.pdf visto 07/10/13- 20:00hrs

no tienen un costo accesible y depende de la técnica de reproducción asistida que se pretenda utilizar.

En cambio, en algunos países de Europa, en el contexto de la medicina socializada, cuyo costo provee el Estado y cuyas reglas a respetar son más estrictas, obviamente.

En la actualidad en México existe una serie de clínicas que, prestan sus servicios para este tipo de técnicas como las siguientes: *REDCREA*, *CONCIBE*, *CEFAM*, *GYRA*, *HISPAREP/HOSPITAL ESPAÑOL*, *INSEMER* etc. Pero para verificar que son clínicas 100% confiables deberán de contar con un permiso del sector salud de la entidad, donde se constituyan, ha de más de contar con la certificación de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.

Un costo aproximado para tratamiento de infertilidad va desde los \$35,000 mil pesos, claramente, esto varía previo diagnóstico de los médicos especializados, y obviamente del tipo de clínica a la que se asista.

Es importante que el Sector Salud tenga en cuenta dentro de sus servicios gratuitos, procedimientos de infertilidad y la fecundación *in vitro*. Ahora bien si piensan delegar estos servicios a instituciones privadas deberán de vigilar: la igualdad entre sus pacientes; la no discriminación, por cuestiones sociales, culturales e inclusive económicas; vigilar los precios en sus servicios así como su infraestructura.

Sin duda, hacer uso de las técnicas de reproducción asistida tiene un costo elevado, que no todos los sectores de la sociedad podrán cubrir, es decir que no todas las

parejas infértiles que deseen procrear tendrán este beneficio por no cubrir los costos que esto implica.

En cuanto a la maternidad subrogada, se sabe que los padres solicitantes deberán cubrir todos los gastos, de la fecundación *in vitro* e, inclusive, de tratamiento psicológico para las partes, los gastos que se generen durante el embarazo, los gastos del parto y, por supuesto, existirá una compensación económica para la madre gestante, para su recuperación del parto.

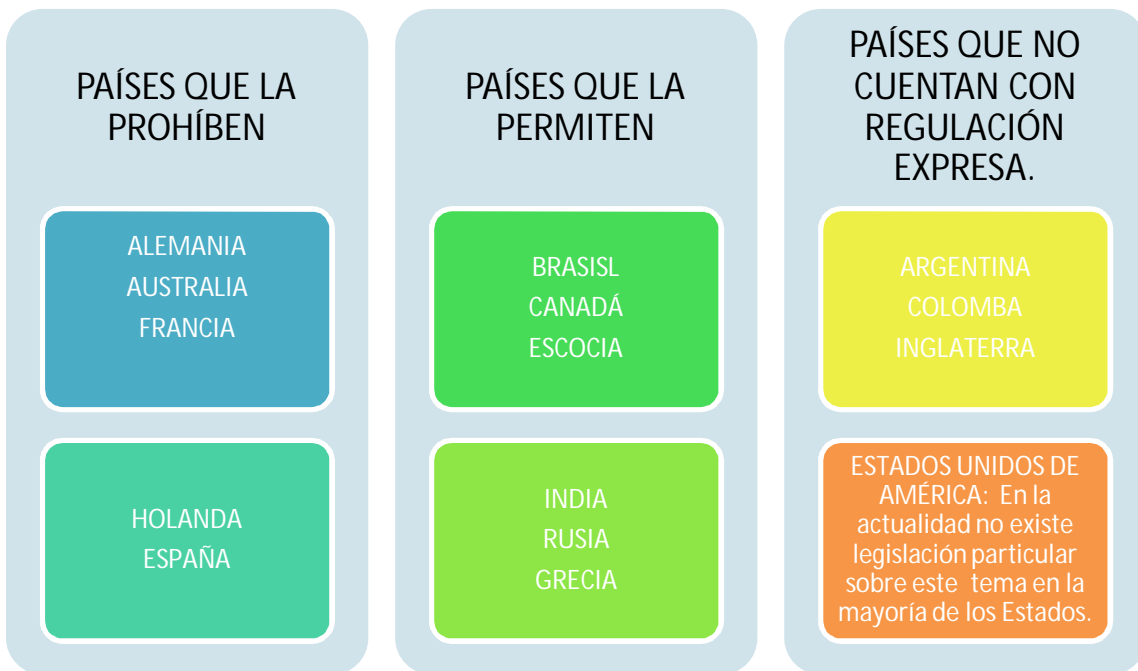
Este método de reproducción asistida no es el más económico; sin embargo, habrá personas, que buscan ser padres cueste lo que les cueste y podrán pagar para ello.

CAPÍTULO TERCERO.

DERECHO COMPARADO.

A continuación, se muestra un panorama general de la situación legal a nivel mundial del tema de maternidad subrogada, en distintos países del mundo, donde de acuerdo a la información recabada, puede señalarse tres grandes rubros, en los que se ubican las principales tendencias actuales en el tema.

En el siguiente esquema, representaré, algunos de los países, en los que sus legislaciones, está regulada la maternidad subrogada, ya sea a favor o en contra.



De acuerdo a este diagrama, puede verse que mientras hay países que ya cuentan con instrumentos legales que permiten la práctica de la maternidad subrogada, existen por otro lado, países que de manera expresa niegan tal posibilidad, aunado a que hay muchos países también que aun no tienen la forma expresa de regular la

maternidad subrogada; sin embargo, empiezan sus legisladores a tener inquietud para hacerlo, dado que su sociedad, empieza hacer uso de este método de reproducción asistida.

3.1 PAÍSES QUE PROHÍBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

I. ALEMANIA.

*“La ley alemana de fecha 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión y multa a quién fecunde un óvulo para transferirlo a mujer que no fuera aquella de quién se extrajo, así como al que fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar al niño a tercero, después del alumbramiento. También en esta Ley, las mujeres sustitutas quedan impunes, ya que se castiga a los profesionales sanitarios que intervienen en estas operaciones”.*⁷³

Alemania tiene la “Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/09”⁷⁴, misma que regula la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y, sobre todo, la prohibición de la maternidad subrogada.

II. AUSTRALIA.

En Australia, se partió de la elaboración del famoso **informe Waller**. Este *“...Informe, constituyó un antecedente muy digno de consideración a la hora de*

⁷³ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. Investigadora parlamentaria. *op. cit.*, pág. 20.

⁷⁴ Bioética en la Red: Plataforma surgida en 2001 dedicada a publicar Artículos, libros, revistas, noticias así como legislación a nivel internacional sobre Bioética.

Disponible en: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014 visto el 24/10/13- 14:40hrs

*redactar la Ley de 1984 sobre la infertilidad y procedimientos médicos, que posteriormente fue reformada en 1987. En ella se prohíbe la creación de embriones in vitro para uso distinto a la experimentación terapéutica...*⁷⁵

El Estado de Victoria es el único de aquel país que ha legislado sobre este tema, en cuanto a la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Asimismo, es considerado como delito y castigado mediante la imposición de multa o cárcel, el dar o recibir o convenir, dar o recibir, pago por ayudar a que se realice un contrato de maternidad subrogada o contratar el mismo.

Sin embargo, en 2010 el “...Parlamento de Nueva Gales del Sur en Australia, ha pasado una ley de maternidad subrogada altruista...”⁷⁶. Esto permite que sus ciudadanos recurran a esta técnica solamente cuando sea de forma gratuita, ya que también penaliza con cárcel, a los futuros padres que ingresen en cualquier tipo de contrato comercial de maternidad subrogada, no sólo en Nueva Gales del Sur, sino en cualquier otro país donde sea permitida

III. FRANCIA.

En Francia existen tres leyes, que regulan en el área de salud; donde se modifica el Código Civil para regular lo referente al cuerpo humano y regular la filiación con relación a la reproducción asistida, respecto a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano; y finalmente la procreación médicamente asistida.

⁷⁵ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 22.

⁷⁶ Blog Sobre la Maternidad Subrogada, disponible en <http://maternidadsubrogada.net/?p=77> visto el 24/10/13 – 14:56 hrs.

Los franceses prohíben expresamente esta práctica, y consideran nulos todos los contratos o convenios relacionados con la maternidad subrogada.

Cabe destacar que en este país se realizó, una propuesta de Ley presentada en la Asamblea Nacional Francesa, en 1984, *“...La cual establece la nulidad de pleno derecho, a todo contrato que se realice de maternidad subrogada que se trate de la concepción de un niño... Por lo que el Comité National d’Ethique, ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma...”*⁷⁷

Sin embargo, en 2008 como parte de las reformas del presidente Nicolas Sarkozy, el Senado tiene como meta reformar las leyes sobre bioética, *“...Lo que contempla la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo”*⁷⁸. La primera condición es que se trate de una pareja heterosexual unidas en matrimonio o con dos años de convivencia; la segunda, que la mujer no pueda llevar a cabo una gestación completa; que al menos uno de los miembros de la pareja pueda ser el progenitor genético del bebé y que sea totalmente gratuita.

Los franceses presuponen, que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, los padres y para la madre sustituta, por lo que a la fecha aun está prohibida esta práctica.

⁷⁷ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 23.

⁷⁸ Nota del diario El País, disponible en http://elpais.com/diario/2008/06/27/sociedad/1214517602_850215.html visto el 28/10/13 - 15:55hrs.

IV. HOLANDA.

“En este ordenamiento jurídico, la mayoría de la doctrina estima que el contrato de maternidad subrogada es nulo, ya que, su causa es considerada ilícita. Así, sólo tendría cabida este acuerdo siendo canalizado a través de una renuncia de la madre gestadora consistente en un asentimiento a que el hijo quede bajo la patria potestad de su padre y sea adoptado por su mujer”⁷⁹.

Los holandeses consideran que es contrario a la moral y al orden público, comercializar el arrendamiento de útero, ya que por la contraprestación del servicio se recibe cierta cantidad de dinero.

Pero la pregunta sería, ¿Si se realiza de forma gratuita, sí se permitiría el contrato? La cuestión es, que la elaboración de un contrato de maternidad subrogada es nulo, dado que existe un lucro, pero si fuera totalmente altruista o gratuito, ¿cabría la posibilidad de permitir la maternidad subrogada?

V. ESPAÑA.

Finalmente España, cuenta con leyes que, regulan sobre las técnicas de reproducción asistida, hablando de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

En la actualidad, en este país existe la *“Ley 14/2006, de 26 de mayo, que trata y regula lo relacionado a las técnicas de reproducción humana asistida, donde incluye la maternidad subrogada. La cual dice en su: CAPÍTULO II. Artículo 10.*

Gestación por sustitución lo siguiente:

⁷⁹ Fertility Consulting, sitio web <http://www.vientrealquiler.com/index.php/es/noticias/1828-la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler> visto el 24/10/13 -18:33hrs.

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 pro- 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 generales⁸⁰.*

Tanto España, como los anteriores países citados, presuponen que emplear la maternidad subrogada, es sinónimo de contravenir la seguridad del menor, de los padres biológicos o solicitantes e, inclusive de la madre gestadora. Pero la situación es que la maternidad subrogada, no sólo implica que la madre sustituta, tenga que ser la madre genética, sino que se puede implementar la donación de las células reproductivas.

Por tanto, en México y en especial en el Distrito Federal, deberán tener en cuenta los legisladores todos estos supuestos en contra, ya que los países que prohíben esta técnica de reproducción, consideran el contrato de maternidad subrogada nulo. Dado que nuestra legislación en estudio también puede contravenir con la forma de solicitar o contratar la maternidad subrogada y, hacer que dicho acuerdo de voluntades sea nulo esto por no existir, un documento jurídico adecuado para regular tal situación. Y en base a las prohibiciones de estos países, es importante aclarar que la maternidad subrogada no puede ser sinónimo de comercialización, ya que también puede ser gratuita y/o altruista.

⁸⁰ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág.24

3.2 PAÍSES QUE PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

I. BRASIL.

En este país no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución **CFM N 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina**, considera en su sección VII, sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) que, *“...las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. **En estos casos, la madre sustituta debe pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta segundo grado. Los otros casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina...**”⁸¹.*

De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal de éste país, *“...El cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia **la gratuidad será un presupuesto de legalidad.**”⁸²*

Los brasileños consideran, que la maternidad subrogada, se puede dar con la donación del esperma y del óvulo, para que la madre sustituta, o gestante, no tenga ningún vínculo biológico. Dado que el Consejo Federal de Medicina erigió el anonimato como regla para, *“...los donantes no deben conocer la identidad de los*

⁸¹ MIR CANDAL, Leila. “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. Formato PDF, disponible en http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf visto el 24/10/13-19:30.

⁸² GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 24.

receptores y viceversa, esto para proteger al niño, con el fin de que no se torne en víctima de problemas que puedan surgir entre el donante y los padres usuarios de la inseminación artificial”⁸³.

II. CANADÁ.

Este País presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. **El informe Ontario (Ontario Law Reform Comisión)** permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos, elaborando ciertas recomendaciones sobre el tema.

“...En su recomendación N° 49 se plantea que: 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 este sea entregado a los padres sociales”⁸⁴.

Cabe señalar que en este país, a pesar de existir este documento, aún no se ha legislado al respecto. Y si bien está permitida la maternidad subrogada, únicamente sin fines de lucro, es decir, que se permite cuando se realiza de forma altruista. Y reconoce a los padres solicitantes, como legítimos, y son denominados padres sociales, por lo que los canadienses, no contemplan la adopción del hijo nacido por este método de reproducción asistida.

⁸³ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 25.

⁸⁴ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, Colombia, 2005. Pág. 185.

Disponible en Internet:

http://books.google.es/books?id=iLEy58F2EXkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true visto el 25/10/13- 14:20hrs

III. ESCOCIA.

En relación con el informe Warnock, expedido en Inglaterra, “...*En Escocia, el profesor Mason apoyó esta tesis y manifestó que debería permitirse la maternidad de sustitución, siempre que se realice por razones médicas...*”.⁸⁵ Además, señala que es necesario que se lleve a cabo por un médico y en un hospital con licencia para efectuar la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, y se realice a través de una agencia con fines no pecuniarios.

Cabe mencionar que este país, dictó una Ley, misma que prohíbe y declara de ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios e subrogación y todo aquello que esté encaminado a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada, considerándolos ilícitos. Es decir, que la maternidad subrogada, es lícita cuando no tiene interés económico ni comercial.

IV. INDIA.

La maternidad subrogada en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002; A su vez “...*El Consejo Indio de investigación Médica (ICMR) en 2006 publicó un documento titulado: Guía Ética para la investigación Bioméica y la Participación de Seres Humanos...* en 2010 el Ministerio de Salud de India definió un documento titulado: *Guía par la Reglamentación de Reproducción Asistida, entre ellas la*

⁸⁵GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *op. cit.*, pp. 219-220.

maternidad subrogada”...,⁸⁶ en estos documentos se prohíben actividades, como: experimentar con embriones, fecundación entre gametos humanos y animales, entre otros.

Estos documentos definen la maternidad subrogada como: “...*Un acuerdo en el cual la mujer está de acuerdo tener un embarazo que no la involucra genéticamente a ella o a su esposo, con el propósito de llevar el embarazo a término y entregarlo a los padres genéticos, con quienes ella establece una relación contractual...*”⁸⁷. De acuerdo con la legislación India, las partes del contrato son: la clínica, la pareja (casada o no) y la madre subrogante junto con su esposo o guardián.

La India es el país, en el que ha habido más nacimientos de niños, nacidos por maternidad subrogada, ya que sus leyes son muy flexibles, por lo que parejas de todas las partes del mundo van a la India, para convertir sus sueños de ser padres.

V. RUSIA.

La Federación de Rusia es uno de los pocos países donde el alquiler de vientre está permitido legalmente, ya que cuenta con los siguientes ordenamientos legales:

- *“Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículo 51.4 y 523.).*
- *La ley N° 5487-1 sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia. (artículo 35).*

⁸⁶ Revista Nomadías, noviembre 2011, número 14. Maternidad subrogada en India. Pág. 36. Disponible en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233> vista el 25/10/13 17:27hrs.

⁸⁷ Revista Nomadías, *op. cit.*, pág. 37.

- *La Ley Federal N° 143-FZ, sobre las actas del estado civil (Artículo 16.5).*
- *La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N° 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia⁸⁸.*

Lo que la legislación rusa no contempla, es la posibilidad de que hombres o mujeres solteros, puedan utilizar madres de alquiler; únicamente contempla que los cónyuges pueden hacer uso de una madre reproductiva. Los rusos no contemplan en sí un contrato de subrogación, sino un convenio, donde estipulan, cómo será la indemnización de la madre de alquiler.

VI. GRECIA.

La maternidad subrogada se regula mediante dos leyes: "...La **Ley 3089/2002** y la **Ley 3305/2005...**"⁸⁹, en las cuales, se hace referencia al embrión, mismo que se transfiera a la mujer gestante, (el óvulo no puede ser de ella), tiene que existir una autorización judicial por escrito, no debe de existir beneficios económicos, la madre solicitante debe de comprobar que es incapaz de llevar el embarazo a término y debe tener menos de 50 años. La gestante, si está casada, debe contar con el consentimiento del esposo; y los padres solicitantes, al nacer el niño se convierten en los padres legales del recién nacido.

⁸⁸ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 28.

⁸⁹ Maternidad subrogada, Formato PDF. Pág. 18. Disponible en internet: <http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1> visto el 25/10/13-18:30hrs

La maternidad subrogada puede ser la última oportunidad de las personas para convertirse en padres biológicos, como lo refieren las naciones antes citadas, y como estás nuestro país también debe contar con una ley expresa ya sea de manera federal o local, esto para evitar conflictos entre los intervinientes de esta práctica. Ahora bien, en nuestro país se practica la maternidad subrogada como otro medio de reproducción asistida, pero, no cuenta con ley expresa, en la que se estipulen todas las condiciones e, inclusive, las prohibiciones o posibles restricciones al hacer uso de esta técnica.

Es importante que nuestros legisladores tomen en cuenta la forma de operar y en qué circunstancias se implementará la maternidad subrogada, ya que estas naciones cuentan con normas en particular para regular este método de reproducción, esto es, que sea por cuestiones médicas en las que la mujer sea incapaz de gestar, que no exista pago hacia la madre gestadora para evitar todo tipo de contradicciones en nuestras leyes vigentes, etc.

El país que maneja la maternidad subrogada con tanta naturalidad es la India, por ser tan flexibles sus leyes para regular esta práctica, ya que cualquier persona de esa nación y de cualquier otra parte del mundo, pueden venir y solicitar una madre sustituta para procrear siempre y cuando paguen por dicho “servicio”, en razón de que en la India la maternidad subrogada si se contempla un costo. Por ende no comparto la forma en la que se maneja esta situación en aquel país, dado que aunque estas beneficiando a unos, también puedes afectar a otros, y sobre todo que se debe vigilar estrictamente el bienestar del menor. Aunque estoy a favor de la

maternidad subrogada, se que debe de existir una ley que contemple ciertos aspectos para proteger al menor, a los futuros padres y a la madre sustituta.

3.3 PAÍSES QUE NO CUENTAN CON REGULACIÓN EXPRESA.

I. ARGENTINA.

En Argentina, se practica la maternidad subrogada, aunque ninguna Ley la avale o respalde. Pero en la actualidad, este país se presta a convertirse en el primer país de América Latina en legalizar la gestación subrogada (aunque Brasil la permite, pero no cuenta con una Ley, en específico).

El 6 de marzo del 2013, la agencia de noticias IPS (*Inter Pres Service*), publicó que Argentina legalizará la gestación por sustitución.

La abogada Marisa Herrera, según el *Inter Press Servie*, “...Participó en la redacción de una profunda reforma del Código Civil, que data de 1869. Además de grupos expertos están desarrollando esta tarea, dirigida por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta de la presidenta Cristina Fernández”.⁹⁰

Herrera, argumenta que en varios países del mundo se está hablando de la maternidad subrogada, y no es una opción ignorarlo; la abogada argentina, refiere “...Que es mejor tener una ley que regule el proceso, la controle y que proteja en

⁹⁰ Inter Press Service, Agencia de noticias. Disponible en <http://www.ipsnoticias.net/2013/03/argentina-legalizara-la-gestacion-por-sustitucion/> visto el 25/10/13-19:20hrs

*primer lugar al niño, pero también a la gestante y quienes quieren tener un hijo biológico por este método”.*⁹¹

II. COLOMBIA.

Colombia no cuenta con una ley que prohíba o permita específicamente el tema de la maternidad subrogada, lo que ha generado de cierta forma, que existan organizaciones o entidades que ofrezcan este tipo de servicios sin ningún control, por eso la gran interrogante es si, en este país deberá ser legalizada dicha práctica para que pueda ser reglamentada mediante diferentes mecanismos y llevada a cabo sólo con la intervención de especialistas.

*“...Han surgido, varios proyectos de ley que se acercan al concepto de maternidad subrogada por parte de algunos senadores o representantes de la cámara, pero debido al tratamiento inadecuado que ha tenido tanto el tema de alquiler e vientres como el de las diferentes maneras de fertilización, procreación asistida y genética humana en el país, no han tenido éxito”.*⁹²

III. INGLATERRA.

Referente a la maternidad subrogada, se tiene lo contenido en el *informe Warnock* del mes de junio de 1984. *“...En este informe se alude que existe una laguna legal, y*

⁹¹ *Ibídem.*

⁹² Revista Ciencias Biomédicas. Maternidad subrogada, febrero 2011, Formato pdf. Pág. 96. disponible en: <http://revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/viewFile/65/60> visto el 25/10/13 - 20:04hrs.

*por consecuencia no es perseguida la maternidad subrogada... aunado que existe la Ley Surrogacy Arrngementes Act de 1985...*⁹³ que prohíbe y sanciona la maternidad subrogada cuando se comercializa, de esto se deriva que la maternidad subrogada no puede considerarse ilegal en Inglaterra, siempre y cuando sea gratuita o sin precio, pero, una vez que se efectúe el pago, automáticamente estarán infringiendo la ley antes citada.

En cuanto a la filiación es a favor de la mujer que tuvo al recién nacido, (aunque no sea la madre biológica) y se transfiere a los padres solicitantes tras solicitarlo en los tribunales.

IV. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Al ser este un país federal, compuesto por Estados independiente es lógico que existan tantas legislaciones, en este sentido, cada Estado tiene competencia, al igual que en el resto de las materias, para legislar sobre el derecho de familia, dado que no existe un derecho de familia a nivel federal.

La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el derecho a la privacidad que tiene cada uno de los ciudadanos norteamericanos, utilizando como fundamento legal y moral, la libertad de privacidad, y el derecho a la procreación, ya sea de forma natural o se logre, con el uso de las técnicas de reproducción humana para constituir su familia.

En los EUA, aumentó el uso de la maternidad subrogada regulada a través de convenios o contratos de arrendamiento de útero, pero sin una legislación que lo

⁹³ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.*, pág. 34.

regule o lo prohíba. Es importante destacar que dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de 17 Estados como: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin.

“Uno de los Estados que ha legislado al respecto es California. En este estado, se aceptó la figura de la maternidad subrogada. Los acuerdos, sean estos en la forma de contratos o acuerdos particulares, pueden ser ejecutados coercitivamente, y consecuentemente, tienen valor legal. Otro punto de importancia es que en California, los padres genéticos o biológicos son considerados como los verdaderos padres de la criatura que nace por esta vía, entendiéndose como tales los padres a los cuales se les conceden los derechos materno-filiales, ya que son los padres contratantes los que han tomado la decisión de tener descendencia, y los que han tomado la iniciativa de llevar a cabo esta técnica, a la cual debieron acudir por no haber podido tener un niño por los métodos naturales.”⁹⁴

Cabe destacar que el Estado de Michigan ha sido el primero en regular una Ley en la que se prohíbe esta práctica, cuando exista una contraprestación económica de por medio. Mientras que la disyuntiva está en unos Estados la permiten con

⁹⁴ GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *op. cit.* pág. 33.

compensación económica mientras otros dicen que sea gratuita y, finalmente, quienes la pretenden prohibir rotundamente.

Lamentablemente varios proyectos de ley se han presentado, pero a la fecha ninguno ha sido aprobado aún.

Con este panorama a nivel mundial de la maternidad subrogada, se percibe, que la mayor negativa para su legislación, es el bienestar del bebé, de los padres solicitantes y de la madre gestante, pero, sobre todo, en la negativa a que se realice una comercialización con la renta de úteros. Por lo que nos deja en la incógnita, de si, con un fin altruista, o gratuito, se accedería a legislar sobre la maternidad subrogada.

Sin embargo, sabemos que existen países que cuentan con una legislación bien definida, donde protegen y salvaguardan los derechos del menor, de los padres solicitantes e, inclusive, de la madre subrogada. Ahora bien, existen países que no cuentan con legislación expresa, y aún así se permite, con el fin de salvaguardar los derechos de las personas de formar una familia. Pero los conflictos surgen después de nacido el bebé: sí, aun con legislación hay problemas, muchos más cuando no existe un ordenamiento jurídico que los resuelva. Por lo que, es importante que en nuestro país se regule esta situación por la demanda que se está produciendo, en las técnicas de reproducción asistida.

Nuestro país también es uno de aquellos países en los que se utiliza la maternidad subrogada para procrear, pero no cuenta con un soporte legal, que protejan a los solicitantes, al menor y a la sustituta, dado que algunos Estados de nuestra república, contemplan esta técnica como ilegal o inexistente. Por tal razón este

trabajo se enfoca en el Distrito Federal, por ser éste la base primordial para que los Estados legislen a favor de la maternidad subrogada.

Lo que critico de los países que cuentan con legislación expresa, es la forma en que pretenden entregar al menor con sus padres biológicos o solicitantes. Puesto que intentan, que sea a través de la adopción, para que la filiación quede para la madre solicitante ya que se presume, que el padre, es el biológico por el simple hecho que se utilizo su semen para la fecundación *in vitro*; pero se sabe, que en casos de maternidad subrogada, los padres pueden recurrir a la donación de semen u óvulos, por causas de infertilidad de los que pretenden ser padres. Esta y otras cuestiones, dejan lagunas en la Ley, y los legisladores pueden utilizar para, tener una mejor regulación de la misma.

3.4 ¿QUÉ PASA EN MÉXICO?

La maternidad es un tema de novedad, ya que varios países y Estados de América y América Latina, están reformando sus legislaciones para abordar con eficacia las técnicas de reproducción asistida, para que no quepa lugar, al mal uso de las mismas. Sin embargo el método más polémico es el que trato hoy, la maternidad subrogada. Por lo que el País, no debe quedarse atrás.

México por constituirse en una república representativa, democrática, laica, federal, está compuesto por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, tal como lo estipula el artículo 40 *constitucional* que estipula lo siguiente:

Artículo 40: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, laica, federal compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Acerca de la maternidad subrogada algunos diputados, han tomado iniciativas para que la maternidad subrogada sea legislada a nivel federal, por lo que el 9 de abril del 2013, "...Ricardo Mejía Berdeja y Ricardo Monreal Ávila, integrantes del grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, sometieron en consideración la iniciativa con proyecto de decreto por el que 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..."⁹⁵

En esta iniciativa, se pretende esclarecer que son las técnicas de reproducción asistida, e incluir la maternidad subrogada en la Ley General de Salud; así como estipular los requisitos para utilizar la técnica de gestación subrogada; los centros hospitalarios donde se desarrollen estas técnicas etc., mientras que en el Código Civil Federal se pretende resolver los asuntos de la filiación que trae consigo la maternidad subrogada.

Los diputados del PAN, PRI Y PRD se pronuncian a favor de discutir a nivel federal la *Ley de Maternidad Subrogada*, a fin de que sea una medida de la que puedan hacer uso todos los mexicanos.

⁹⁵Iniciativas presentadas en la LXII Legislatura Turnada a Comisión, (Cámara de Diputados) disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409-V.html#Iniciativa10> visto el 28/10/13 - 16:35hrs.

Pero, como México está conformado por Estados libres y soberanos, por lo que es lógico, que algunos Estados de nuestra República, puedan estar en contra o a favor de la maternidad subrogada, ya que cada población es diferente, y se legisla conforme a sus necesidades.

3.4.1 ESTADO DE TABASCO.

El estado de Tabasco, tiene permitida la maternidad subrogada; si bien es cierto, Tabasco no cuenta con una regulación expresa tendiente a la maternidad subrogada, solamente en su Código Civil en su artículo 92 párrafos I, IV, y V, establece la referencia expresa a la Maternidad Subrogada, señalándola como una excepción a la presunción tradicional relativa a que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, que a la letra reza:

[...]

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán 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 por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

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

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

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

Artículo 360.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Una vez consultado el ordenamiento legal en cita, se puede observar que la maternidad subrogada en este Estado, no cuenta con una reglamentación expresa, puesto que no estipula si esta técnica estará regulada por un contrato, un convenio, u otro medio, sólo en su ordenamiento civil la contempla, y el hijo nacido en cuanto a la filiación con sus padres ya sea biológico, o con uno de ellos se equiparara a la adopción plena.

3.4.2 ESTADOS QUE LA PROHÍBEN.

a) SAN LUIS POTOSÍ.

San Luis Potosí, es uno de los Estados que prohíbe el uso de la maternidad subroga en su artículo 147 del Código Civil vigente en esta entidad, estipula que toda persona tiene derecho a decidir el esparcimiento de sus hijos, manifestando que los cónyuges, pueden hacer uso de la reproducción asistida para procrearlos, artículo que manifiesta las técnicas de reproducción asistida que se pueden utilizar especificando claramente que serán la: fecundación *in vitro* y la fecundación artificial, exceptuando a la maternidad subrogada, es decir, no se podrá hacer uso de este método de reproducción asistida, para que los cónyuges pueden tener hijos.

Al respecto, cabe citar el precepto 147 de la citada ley:

Artículo 147: 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.

Podrán ser utilizados los métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta.

Por lo que, en su Código Familiar, establece en su **artículo 238** los tipos de reproducción asistida que se pueden emplear, que a la letra dice:

Las técnicas de reproducción asistida que podrán paracticarse serán las siguientes:

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

- II. *Fertilización In Vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y*
- III. *Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.*

b) **COAHUILA DE ZARAGOZA.**

Este Estado, al igual que San Luis Potosí, contempla en su ordenamiento Civil, la reproducción asistida, de la cual los cónyuges o concubinos pueden hacer uso de las mismas, después de que por 5 años no han logrado el embarazo, especificando que técnicas podrán ser utilizadas, siendo estas: la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como cualquier otra técnica que se equipare a las anteriores, dejando de lado, la maternidad subrogada. Cabe citar al respecto el siguiente numeral:

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

Sin embargo, estipula claramente, en su artículo 421 del Código Civil vigente, que el contrato de maternidad subrogada es inexistente, a saber:

“Artículo 491. 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.”

c) QUERÉTARO.

Este Estado, en su ordenamiento Civil Vigente, considera en su Capítulo Sexto la adopción de embriones, manifestando que se podrá utilizar, un óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre, para transferirlos a su útero y así llevar la gestación misma que finalizara, con el nacimiento del bebé, para considerarlo hijo suyo. En el entendido, que queda totalmente prohibido hacer la transferencia de un embrión a una tercera mujer, para que tenga el hijo, de quien adopto el embrión, tal y como lo estipula los siguientes artículos:

*“**Artículo 399:** La adopción de embriones es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y su cónyuge o de ella y de su concubino...”*

*“**Artículo 400:** Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión...”*

[...]

Estos Estados, contemplan en sus legislaciones, el uso de técnicas de reproducción asistida, con el fin de que las parejas unidas en matrimonio o concubinato, tengan descendencia, más no a través de la maternidad subrogada, por contemplarla como comercial.

3.4.3 ESTADOS CON PROPUESTA DE LEGISLACIÓN.

Los Estados que tienen iniciativas de ley a favor de la maternidad subrogada, hasta la actualidad, no han sido aprobadas definitivamente, son los siguientes:

a) **DISTRITO FEDERAL.**

El 26 de noviembre de 2009, la diputada Maricela Contreras Julián, presentó una iniciativa de Decreto por el que se expide la *Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal*. En esta iniciativa se pretende la regulación de la maternidad subrogada, a través de un instrumento (que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales el Distrito Federal), considerándolo como aquel *“Instrumento mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante un Juez de lo Familiar por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio para gestar el producto fecundado e implantando en su útero y gestarlo hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, quienes manifiestan también su consentimiento, unida mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante.”*⁹⁶

En la actualidad, esta iniciativa aún no está aprobada para entrar en vigor, pero pretende cumplir con todos los requisitos necesarios para que no exista ninguna laguna legal y haya inadecuadas interpretaciones, para así evitar futuros problemas, entre los padres biológicos y la madre gestante. Lo mismo sucede con la iniciativa de ley a nivel federal, que propuso el partido Movimiento Ciudadano.

b) **MORELOS.**

⁹⁶ Iniciativa de Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal, pág. 27, disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf> visto el 30/10/13 – 15:30hrs.

Morelos, es otros de los Estados que pretende regular la maternidad subrogada, para esto el diputado Othon Sánchez Vela, el 11 de febrero del 2011, presento ante el congreso una “INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE CREA LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ESTADO DE MORELOS”⁹⁷. En este proyecto se habla de un contrato sin fines de lucro, aunque considera, que en la actualidad esto es imposible, ya que los padres deseosos de tener hijos, pagan cualquier cantidad de dinero para alcanzar su fin.

La iniciativa de Ley que impulsa el legislador Othón Sánchez Vela, permitiría a una mujer en Morelos, prestar su útero para la gestación de un embrión fecundado hasta la conclusión del embarazo, siempre y cuando sea de manera libre y sin fines de lucro.

c) **PUEBLA.**

La diputada María del Rocío García Olmedo, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional de la Quincuagésima Séptima Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla, presentó la INICIATIVA DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ESTADO DE PUEBLA, propuesta en la cual, se pretenden legalizar el uso de la maternidad subrogada, a través de un instrumento notarial, es decir, “...*El instrumento suscrito ante un Notario, 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; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un óvulo y un*

⁹⁷ Iniciativa de Ley de maternidad subrogada en el Estado de Morelos, disponible en <http://instituto.congresomorelos.gob.mx/ii/investigaciones/LI/OTJ/4.pdf> visto el 30/10/13 16:00hrs.

*espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento*⁹⁸.

Esta iniciativa al igual, que en el Distrito Federal, se pretende regular la maternidad subrogada a través de un instrumento, que en su defecto, en Puebla estará expedido por un Notario Público, esto para evitar el llamado contrato de maternidad subrogada, sin embargo, es viable que se entienda que ante el notario se hará un acuerdo de voluntades para darle forma a esta solicitud de maternidad subrogada.

Algunos otros Estados, contemplan en sus legislaciones civiles, el tema de la reproducción asistida como método para que los cónyuges, puedan procrear. Sin embargo, estos Códigos no contemplan, qué tipo de métodos de reproducción asistida podrán emplearse, tal como pasa en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Además de los Estados mencionados anteriormente, las siguientes legislaciones contemplan el uso de la reproducción asistida, dejando en el aire la maternidad subrogada, y son las siguientes entidades.

- ❖ Código Civil de Jalisco
- ❖ Código Civil de Estado de México
- ❖ Código de Familia para Michoacán
- ❖ Código de Familia de Hidalgo
- ❖ Código de Familia de Zacatecas.

⁹⁸ Iniciativa Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de Puebla, formato pdf. Disponible en www.congresopuebla.gob.mx visto el 30/10/13 -19:03hrs.

Si bien, como lo dije anteriormente la reproducción asistida está contemplada como el medio para que los cónyuges o concubinos puedan tener hijos, pero el error de estas legislaciones, es que no especifican si está permitida o prohibida la maternidad subrogada, como otro método de reproducción asistida. Por lo que puede surgir el uso de la misma, entre sus pobladores, tal como sucede en el Distrito Federal.

CAPÍTULO CUARTO.

LA FALTA DE LEGISLACIÓN ACERCA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

4.1 RELACIÓN JURÍDICA DEL (O LOS) HIJOS NACIDOS, A TRAVÉS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Las técnicas o métodos de reproducción asistida, han disparado su uso en la actualidad por los factores que anteriormente describí; sin embargo, surgen con

estas técnicas ciertas problemáticas respecto a los padres y, más aún, con los hijos nacidos por estas vías de reproducción asistida, sumado la maternidad subrogada ya que es la más controvertida a la fecha, tanto por su forma de regulación y las consecuencias que pudiere tener después de efectuada.

La maternidad tradicional, que radica, en que una mujer se embarace, con los gametos de su pareja y después de un término aproximado de nueve meses de a luz, no es ya la única manera de tener hijos; dado que con las nuevas tecnologías permiten la fertilización asistida para combatir la infertilidad o esterilidad, tanto del hombre como de la mujer.

Ahora bien, con la maternidad subrogada se pretende tener, una vía de acceso para aquella mujer que no puede concebir un hijo de forma natural, esto es, que la maternidad no se limite o condicione al simple hecho de que la mujer tenga que aportar su óvulo y gestar al hijo que tanto desea, y que la paternidad no se encierre solamente al hombre que provee el esperma.

La maternidad subrogada conlleva una problemática en cuanto, a que el hijo nacido *tendrá dos madres*, lo cual jurídicamente es totalmente imposible, ya que la maternidad subrogada como lo planteé anteriormente, se da cuando sólo la mujer sustituta es la que llevará la gestación de un hijo que no es suyo biológicamente; por lo tanto, no existe ningún vínculo de filiación entre la madre sustituta y el bebé.

Por lo tanto es importante entender que es la filiación.

4.1.1 FILIACIÓN.

La filiación es una de las instituciones fundamentales del Derecho de Familia cuya estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: la unión sexual del hombre y la mujer, para la procreación de los hijos.

Podemos entender a la filiación como, aquel parentesco que une a los padres con los hijos, pero Puig Peña citado por Méndez Costa, define la filiación como “...*Aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que liga a un tercero.*”⁹⁹ La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido.

Entonces la filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona como consecuencia de la relación natural que la liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas mediante un estado civil.

Galindo Garfias nos dice que “*La filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación de ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia, que en su estructura sociojurídica es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, religiosos, etc.*”¹⁰⁰

El ordenamiento civil vigente en el Distrito Federal en su **artículo 338 expresa**: La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo formando el

⁹⁹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La Filiación*, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina 1986. Pág. 13.

¹⁰⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1981, pág.255.

núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromisos en árbitros.

La lectura de este texto y las referencias doctrinales, nos llevan a concluir que no cabe la posibilidad de celebrar contratos de gestación dado que el Estado proteja el interés superior del niño; sin embargo, es claro precisar que la filiación diferentes doctrinarios la clasifican como: 'matrimonial o extramatrimonial'. En cuanto a la primera la filiación de los hijos habidos en matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio del padre y la madre; en el segundo supuesto son aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio pero que se establece la filiación con la madre por el simple hecho de haber dado a luz, no así con el padre ya que a éste se le puede atribuir dicha paternidad si él manifiesta su voluntad o si se declara por ésta, por sentencia ejecutoriada que así lo estipule.

Otro tipo de filiación es la que se da por la adopción, entre el adoptado y el adoptante (es), la cual se equipara a la filiación natural, ya que el hijo adoptado es considerado hijo natural o consanguíneo con sus padres adoptantes.

Entonces, surgen las siguientes preguntas ¿Dónde quedan los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida? ¿Se consideran hijos naturales, aunque haya existido donación de gametos? Como anteriormente se dijo, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 293 párrafo II, considera hijos consanguíneos a los nacidos por métodos de reproducción asistida, y si hubo donación de células germinales la misma ley estipula que no existirá ninguna relación de parentesco con el donante y el hijo nacido por estas técnicas.

Entonces la pregunta es ¿Deberá existir un nuevo concepto en nuestra legislación en relación a la filiación con las nuevas técnicas de reproducción asistida incluida la maternidad subrogada?

Ahora bien, en la maternidad subrogada, no existirá ninguna filiación con la madre gestante, por el hecho de que no es su madre genética. Analizando la idea principal del concepto de filiación nos dice que debe ser:

- ❖ Un hecho natural (acto sexual).
- ❖ Una relación de parentesco natural entre los padres y los hijos.
- ❖ Es un vínculo jurídico.

En las técnicas de reproducción asistida y en especial en la maternidad subrogada, si bien es cierto, no existe un acto sexual por lo mismo de que la fecundación es asistida, sin embargo, sí existirá una relación de parentesco natural, es decir, consanguíneo entre los padres solicitantes y el hijo nacido de una tercera persona que será sólo un medio para la gestación del hijo de la pareja solicitante. Ahora bien, si los legisladores aun así insisten en que la filiación no es natural, pues se puede dar a través de un vínculo jurídico, o sea, la adopción.

“La adopción es una institución jurídica, por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo, con el objeto de proporcionar al adoptado un hogar...”¹⁰¹

De forma personal, no veo viable la adopción como una alternativa para tener la filiación; con el hijo nacido a través de la maternidad subrogada. Si bien es cierto que

¹⁰¹ BRENA SESMA, Ingrid. *op. cit.*, pág. 153.

aparentemente existe una similitud entre la adopción y la gestación subrogada por la entrega de un niño y la transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la filiación; sin embargo, no es así, dado que la adopción es una institución jurídica cuya finalidad, es darle un hogar, padres y un mejor bienestar a un niño abandonado o cuyos padres no pueden hacerse cargo de él; en cambio en la maternidad subrogada el nacimiento de un menor es el deseo de una pareja que se ve frustrada al no poder concebir de forma natural un hijo. Por lo que veo ilógico tramitar una adopción respecto de un hijo propio.

Otra forma de tener la filiación con el bebé nacido por la maternidad subrogada para los padres de éste, sería a través de reconocimiento del mismo, sin embargo, conforme a la legislación vigente, la figura del reconocimiento se aplica sólo a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Por lo que los legisladores tendrían que optar por reformar el capítulo IV Del reconocimiento de hijos, del título VII De la filiación, de manera que los padres biológicos (genéticos), ya sean casados o no, puedan reconocer al menor en base a un documento oficial; esto para que los hijos nacidos de la maternidad subrogada, tengan un reconocimiento lícito.

4.2 PROBLEMÁTICAS QUE TRAE CONSIGO LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La oposición a la regulación y aplicación de la maternidad subrogada, se basa en los problemas que pudieran surgir primero: en la elaboración de un acto jurídico que regule la maternidad subrogada; segundo: elegir la persona adecuada para que lleve la gestación de un hijo que genéticamente no es suyo; tercero: la decisión de abortar

de la madre sustituta, con o sin consentimiento de los padres solicitantes, cuarto: los gastos que deberán efectuarse durante y después del parto; quinto: ¿qué pasaría si la madre sustituta no quiere entregar al menor? Y sexto: ¿cuál es la situación jurídica del recién nacido con los padres solicitantes y la madre sustituta? Éstos son algunos de los planteamientos que se hacen los doctrinarios y legisladores, para considerar la prohibición o aprobación de la maternidad subrogada. Ahora bien, con el presente trabajo se pretende, que la maternidad subrogada sea aprobada, y sea utilizada como otro de los medios de reproducción asistida.

Los problemas invocados anteriormente, deberán clasificarse de la siguiente manera.

4.2.1 JURÍDICOS.

✓ **El parentesco.**

Como anteriormente mencioné el parentesco origina una relación biológica entre los progenitores y sus descendientes, pero además vincula a la personas que descienden de un progenitor común. “...*Estas relaciones aparecen en forma espontánea y el derecho las toma en cuenta para crear un vínculo jurídico denominado parentesco...*”¹⁰². En el caso de la maternidad subrogada no existiría ningún vínculo biológico entre la gestante y el niño, puesto que los padres genéticos y/o biológicos son quienes aportaron sus gametos, para lograr la fecundación.

✓ **¿Regulación de la maternidad subrogada, en materia civil o familiar?**

Legislar la maternidad subrogada a través de un contrato, convenio e inclusive a través de un instrumento notarial, entabla una gran disyuntiva sobre en qué materia

¹⁰² BRENA SESMA, Ingrid. *op. cit.*, pág.154

jurídica entra la maternidad subrogada; sin embargo, es claro precisar que la maternidad subrogada, es un acto de voluntades que se dará entre particulares.

El derecho civil desde sus orígenes ha sido una disciplina jurídica que, como ninguna otra, tiene en cuenta fundamentalmente a la persona, en la integridad de su condición natural en su calidad humana. Así pues, es de considerarse los siguientes criterios:

Para Hans Kelsen citado por García Máynez, dice que el Derecho Civil “...*Determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)...*”¹⁰³. Por lo que Máynez advierte que esta rama del derecho suele ser dividida en cinco partes, a saber:

- I. “Derecho de las personas (personalidad jurídica, capacidad, estado civil, domicilio);
- II. Derecho familiar (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.);
- III. Derecho de los bienes (clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.);
- IV. Derecho sucesorio (sucesiones testamentaria y legítima);
- V. Derecho de las obligaciones.”¹⁰⁴

¹⁰³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2002, pág. 146.

¹⁰⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ibíd.*, pp. 146,147.

Galindo Garfias da el siguiente concepto “*El derecho civil es el derecho común y atribuye facultades personalísimas a los sujetos como individuos, como miembros de una familia y como titulares de un patrimonio. Regula las relaciones jurídicas de los particulares considerados como personas, es decir, como sujetos de derecho.*”¹⁰⁵

Así, esta disciplina jurídica establece normas destinadas a regular la conducta del hombre, tanto en su persona, en su patrimonio y como parte de una familia; normas que permiten cumplir los fines de su existencia dentro de la sociedad.

De lo anterior, puedo decir que el Derecho Civil es una rama amplia del Derecho, asociada a los actos y hechos jurídicos, en los que participan los ciudadanos, por lo que, la maternidad subrogada, al ser un acto de voluntad humana debe ser legislado y debe tener una rama de aplicación; me refiero al simple hecho, que, si el cumplimiento de contratos, de créditos entre particulares, etc., son actos jurídicos donde existe la voluntad de las partes concernientes a un grupo social, en consecuencia, existe una ley y un procedimiento civil adecuado para resolver polémicas entre los mismos, ya que existe un tribunal especializado para exponer dichas controversias; por ende, el juzgador que dé a conocer y resolver estos litigios, es el Juez de lo Civil, debido a la competencia que el Estado le otorga.

Ahora bien, surge el siguiente cuestionamiento, ¿La maternidad subrogada, debe ser parte de la ley y del procedimiento civil? Con lo anteriormente dicho, la respuesta sería, sí, dado que el derecho civil es el derecho más universal.

¹⁰⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *op. cit.*, pág. 204.

Claro es que el derecho familiar no es autónomo del derecho civil, por ser éste el origen del mismo. Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, instituye las facultades que tendrán cada juzgador, así como los asuntos que conocerán en los Tribunales Civiles y Familiares; tal como estipulan los siguientes artículos de la ley en cita.

Artículo 50. Los Jueces de lo Civil conocerán:

I. De los asuntos de jurisdicción voluntaria, cuyo conocimiento no corresponda a los Jueces de lo Familiar, del Arrendamiento Inmobiliario y de lo Concursal;

II. De los juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás derechos reales sobre inmuebles, siempre que el valor de éstos sea mayor de sesenta mil pesos, cantidad que se actualizará en forma anualizada en el mes de diciembre para empezar a regir el primero de enero siguiente, de acuerdo con el Índice Nacional de Precios al Consumidor que determine el Banco de México;

III. De los demás negocios de jurisdicción contenciosa, común y concurrente, cuya cuantía exceda de veinte mil pesos y que será actualizada en los mismos términos de la fracción anterior;

IV. De los interdictos;

V. De la diligenciación de los exhortos, rogatorias, suplicatorias, requisitorias y despachos, y

VI. De los demás asuntos que les encomienden las leyes.

Artículo 52. Los Jueces de lo Familiar conocerán:

I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier

cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios sucesorios;

IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden familiar;

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y

VII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

En vista de lo anterior, es claro que la maternidad subrogada, no puede ser competencia de los Tribunales Civiles, aunque el derecho civil, tenga como fin regular todo lo concerniente a la persona, al titular del patrimonio y lo tendiente a la familia. Por consiguiente el Derecho Familiar es una disciplina que protege a la familia y salvaguarda los derechos de sus miembros.

En todo el territorio mexicano, se cuenta con tribunales familiares para resolver las controversias del orden familiar, de ahí que analicemos los siguientes conceptos del Derecho de Familia:

Manuel F. Chávez Asencio lo define como “...*El conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso que regulan la familia, y las relaciones familiares, personales y patrimonial, que existen entre sus miembros y entre éstos con otras*

*personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueve a ambos para que la familia pueda cumplir su fin”.*¹⁰⁶

Del mismo modo, José Castán Tobeñas citado por Chávez Asencio, dice que “*El Derecho de familia es el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre los mismos miembros de la familia*”¹⁰⁷.

Güitrón Fuentevilla considera el Derecho de familia como “... *un conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.*”¹⁰⁸

Estos autores presuponen al derecho de familia, como ese conjunto de normas jurídicas que regulan todo lo concerniente a la familia, así como su relación con la sociedad y el Estado.

Es evidente, que la maternidad subrogada es un tema del derecho de familia, ya que el fruto u objetivo de la misma es un ser humano; por ende, se tocarán temas de parentesco, alimentos, filiación, patria potestad etc. etc., de ahí que, los legisladores deban tener en cuenta estos factores para poder legislar de forma adecuada.

Expuesta la ubicación del derecho familiar dentro del derecho civil; es claro precisar que la maternidad subrogada debe de ser regulada en el *Código Civil para el Distrito Federal*, como un tema del derecho familiar.

¹⁰⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *El derecho en la Familia*, Editorial Porrúa, México 1997, pág. 154.

¹⁰⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *ibid*, p. 153.

¹⁰⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué es el Derecho de Familiar?* Promociones jurídicas y culturales, S.C. México 1992. Pág. 40.

En mi opinión, la maternidad subrogada debe ser regulada por el derecho familiar, aunado que éste depende del derecho civil; sin embargo, por ser asuntos de carácter familiar, la persona indicada para resolver cualquier litigio tendiente a este tema sería, el Juez de lo familiar. Ahora bien, aunque el medio para regular este tipo de método de reproducción asistida sea un contrato o convenio, exigir el cumplimiento del mismo, le corresponde al juez de lo familiar, debido a que el contenido de éste, versa sobre cuestiones familiares; indudablemente, que se deberá cumplir ciertos lineamientos, que los legisladores deben proponer para que no existan situaciones que puedan considerarse ilícitas o nulas.

4.2.2 PSICOLÓGICOS.

En cuanto a las cuestiones psicológicas, es importante decir que los estudios y la experiencia clínica muestran que las mujeres experimentan con mayor frecuencia una perturbación psicosocial más intensa que los hombres, al no concebir ser madres o padres; debido a que se observa un impacto negativo más evidente en la autoestima, mayor sintomatología depresiva, más ansiedad y una mayor vulnerabilidad en las interacciones sociales con relación a contenidos asociados a su infertilidad.

“Los pacientes con problemas de fertilidad requieren asesoría psicológica por una serie de motivos ya sea, para identificar las dificultades psicológicas que la esterilidad les está ocasionando, tanto en el nivel individual como en la relación de pareja, para reconocer los recursos psicológicos que tienen para enfrentar el problema, para

*facilitar la toma de decisiones al conocer las opciones de tratamiento y desarrollar técnicas de manejo de estrés durante el mismo y para apoyarlas en el enfrentamiento de una experiencia que produce emociones intensas y ciclos reiterados de ilusión y de desilusión...*¹⁰⁹

La gran mayoría de las mujeres sometidas a la fecundación *in vitro* creen que la oportunidad de tener un bebé es más alta de lo que realmente es, es decir, tienden a sobreestimar su probabilidad de éxito con el tratamiento; sin embargo, en el caso de que el procedimiento médico no resulte exitoso, se pueden incrementar los disturbios psicológicos como ansiedad, depresión, dolor etc.; lo que más contribuye a esta reacción es la creencia de que ese tratamiento es la última oportunidad de tener un hijo.

Pero las preguntas serían ¿La maternidad subrogada, podría ser la última oportunidad de una mujer con problemas de fertilidad para tener un hijo? ¿Cómo debe llevarse el proceso de maternidad subrogada por parte de la madre solicitante? Y ¿La madre gestante cómo debe llevar psicológicamente el embarazo? Un sinnúmero de interrogantes surgen a través del uso de esta técnica de reproducción asistida, pero muchas al respecto no han podido ser contestadas, debido a la falta de regulación, si bien, la experiencia con los países que permiten la maternidad subrogada, se ha encontrado con diferentes dilemas, en cuanto a que la madre gestante, pretende quedarse con el recién nacido; verbigracia el caso *Baby M* (citado anteriormente).

¹⁰⁹ CASTELO BRANCO, Camil. *et al.* *Sexualidad Humana: una aproximación integral*, editorial Médica Panamericana, Buenos Aires 2005. Pág. 225-226.

Disponible en:

<http://books.google.es/books?id=gj1ciEAGVEgC&pg=PA220&dq=como+tratar+la+infertilidad+con+la+psicologica&hl=es419&sa=X&ei=hNynUtqPFOmz2QW2oAE&ved=0CHMQ6AEwBg#v=onepage&q=como%20tratar%20la%20infertilidad%20con%20la%20psicologica&f=true> visto el 10/10/13 a las 14:00hrs.

Por tal razón, debe existir una ley que regule expresamente que los involucrados en esta técnica de maternidad subrogada deberán tener sesiones psicológicas, para entender a qué tipo de método de reproducción asistida se están sometiendo; desde luego dejarle en claro a la madre gestante que el embrión que se está gestando en su interior, no es hijo suyo, sino que, simplemente, es la persona que está llevando la gestación del hijo de otra pareja.

El apoyo psicológico es imprescindible desde el momento en que la pareja recibe el diagnóstico de infertilidad, cuyo impacto produce una crisis vital que deriva en el surgimiento de múltiples emociones y que, si no son canalizadas por un psicólogo clínico, pueden no sólo prolongar esa vivencia de aflicción sino, incluso, ocasionar desorganización en el núcleo de la vida cotidiana de la pareja.

La doctora Luisa Baron, (médica psiquiatra especialista en fertilidad), nos dice, en uno de sus tantos artículos de fertilidad, que *“El método de subrogación es recomendable cuando médicamente es necesario y genera vínculos familiares adecuados... que las parejas que se sometan a éste tratamiento, deben de tener apoyo psicológico desde el inicio del tratamiento hasta el nacimiento del bebé.”*¹¹⁰

Con lo anteriormente dicho, es recomendable que antes de iniciar un procedimiento de reproducción asistida, las parejas se sometan a diversas sesiones psicológicas para que las parejas tengan conciencia del éxito y/o el fracaso de las mismas; por ende, con mucha más razón en un supuesto de maternidad subrogada, tanto los

¹¹⁰ Para profundizar, <http://www.luisabaron.com/?p=316> visto el 16/12/13 – 15:20hrs.

padres solicitantes como la madre sustituta, tendrán que asistir a sesiones psicológicas para entender qué conlleva la maternidad subrogada.

4.2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA MADRE SUSTITUTA.

Al hablar de la madre sustituta, me refiero a la madre gestante, a la mujer que prestará su cuerpo para llevar el proceso de gestación de un embrión que no será, su hijo. Aun así, sobre esta mujer recae una serie de obligaciones y derechos, que no son claros, por la falta de regulación de la maternidad subrogada.

Sin embargo, cuando se habla de la maternidad subrogada, y sobre todo, de la madre gestante, se piensa que es una mala mujer, ya que se presume que renuncia a la filiación materna a favor de alguna otra persona, y esto no es así, ya que la madre gestante y como su calificativo lo enuncia, sólo será la mujer que preste su cuerpo para la posible gestación del futuro bebé (hijo de la pareja solicitante).

Por otro lado, surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué alcance tendrán los derechos y obligaciones de la madre sustituta? ¿Cuál deberá de ser el estado civil de la madre gestante? ¿Qué pasará con la madre sustituta, en caso de incumplimiento a lo pactado con los padres solicitantes? ¿Si, la madre gestante desea abortar, cómo se debe de proceder? Estas y más son las posibles interrogantes que surgen al hablar de la maternidad subrogada, por lo que es tan importante que al momento de pensar en legislar al respecto, se tengan en cuenta estas cuestiones.

4.3 ¿CUÁL SERÁ LA FORMA IDÓNEA, DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA?

4.3.1 CONTRATO.

Una de las formas de regular la maternidad subrogada, podría ser un contrato, pero los cuestionamientos serían, ¿Qué tipo de contrato? Si bien, el contrato es un acuerdo de voluntades que transfiere derechos y obligaciones; no basta para regular la maternidad subrogada, dado que no existe un contrato de los regulados en el *Código Civil para el Distrito Federal*, que contemple todas las características y elementos de la maternidad subrogada.

El ordenamiento jurídico invocado, en su **artículo 1793** define al contrato como: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

El contrato, por ser el acto jurídico por excelencia, trae consigo una serie de elementos esenciales y de validez, los cuales son, el consentimiento y el objeto posible; así como la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud del objeto, y el motivo, fin o condición para el contrato. Tal cómo lo dice, los siguientes artículos del Código Civil vigente en el D.F.:

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- 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.*

Establecer una forma de regulación para la maternidad subrogada, a través de un contrato civil, sería totalmente inexistente.

Por otro lado, como se estableció en el capítulo anterior, los países que permiten la maternidad subrogada, con o sin legislación expresa, la regulan mediante un contrato o convenio entre las partes, es decir, los padres solicitantes, la madre sustituta o gestante, y/o en algunas ocasiones la institución en la que se llevará a cabo todo este procedimiento de reproducción asistida, hacen uso de este acto jurídico, para formalizar el proceso de maternidad subrogada.

Si bien es cierto, que en México el contrato por ser un acto jurídico, en el que se establece la voluntad de las partes como elemento esencial, no es suficiente para su validez jurídica ya que, el objeto del mismo debe cumplir ciertos lineamientos, los que el ordenamiento legal en cita establece en su **artículo 1824**, que a la letra dice:

“Son objeto de los contratos:

- I. *La cosa que el obligado deba de dar.*
- II. *El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”*

Mientras que el artículo 1825 de dicha ley, establece:

“Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza. 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3° Estar en el comercio”.

Por tal razón, se prevé que el contrato, no es el medio adecuado para que las partes involucradas en este método de reproducción asistida tengan un soporte jurídico, para remediar cualquier problema futuro, aunque en el mismo contrato conste el consentimiento expreso de las partes, ya que el objetivo del mismo es imposible, por el simple hecho de que el cuerpo humano y mucho menos el útero de una mujer, son cosas que estén dentro del comercio que se puedan vender o arrendar.

Tal como lo estipula el **artículo 327** de la *Ley General de Salud*, que a la letra reza:

“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

No se consideran actos de comercio la recuperación de los costos derivados de la obtención o extracción, análisis, conservación, preparación, distribución, transportación y suministro de órganos, tejidos, incluyendo la sangre y sus componentes, y células progenitoras o troncales.”

De ahí que, establecer un contrato de maternidad subrogada, resulta para algunos tratadistas, nulo e ilícito, ya que se prevé que se está comercializando con la vida de un ser humano.

Así, pues, Diana Rodríguez López considera que el objeto de los posibles contratos de maternidad subrogada, “...Presenta otra imposibilidad e ilicitud, pues también se contempla que la madre sustituta, una vez que haya nacido el menor, renunciará a todos sus derechos filiales y los cederá a favor del padre biológico y consentirá en la

adopción del menor por la mujer comitente; esto, simple y sencillamente no puede darse en nuestro sistema jurídico, porque todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación...”¹¹¹.

De lo anterior puede decir, que la madre sustituta no estaría renunciando a sus derechos que la ley otorga, por la maternidad, ya que, los padres genéticos del futuro bebé serán los solicitantes de este método de reproducción asistida, debido a esto, la madre gestante no tendría ninguna obligación para con el menor, porque no sería su madre biológica, aunque esta lo haya dado a luz.

4.3.2 CONVENIO.

El convenio es considerado como un sinónimo del contrato, ya que, ambos son actos jurídicos, en los que se manifiesta la voluntad, por lo que aquél debe cumplir los requisitos del contrato.

Sin embargo, en el convenio se crean, transfieren, modifican o se extinguen obligaciones, como lo dispone el siguiente artículo del *Código Civil para el Distrito Federal*, mismo que dice:

“Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.

¹¹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Diana. Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado, nueva serie, núm. 11, sección doctrina, 2005. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> visto el 30/12/13-15:30hrs.

Del anterior artículo, por simple deducción lógica, la mayoría de los doctrinarios han concluido que el convenio es el género y el contrato la especie.

En dirección contraria expone Jorge Alfredo Domínguez Martínez citado por Víctor Simental Franco (catedrático de la UNAM), va en dirección contraria respecto al género-especie, “...Él identifica que entre el convenio y el contrato no existe propiamente una relación genero-especie...”¹¹², debido que, el contrato hace referencia a la creación y transmisión de derechos y obligaciones, el convenio sólo marca lo conducente respecto las obligaciones. Pero la cuestión es, qué clase de obligaciones son las que están en juego, si de dar, hacer o no hacer, y qué tipo de derechos se transferirían, si los derechos de familia son intransferibles e irrenunciables.

Entonces, se puede decir que el convenio y el contrato son especies próximas más no género-especie, como algunos tratadistas lo consideran en el ámbito mexicano, porque al final de todo, prevalecen de un acuerdo, que se da entre dos o más personas, para tratar sobre algún tema en cuestión, en el que se estén involucrados derechos u obligaciones, para que se plasme en un documento, como el contrato u convenio y así tener un soporte jurídico.

Consecuencia de lo anterior, el contrato y/o el convenio, no deben contemplarse en una futura legislación al respecto, primero, porque el contrato se considera como inexistente por el simple hecho de no cumplir con los elementos impuestos en la ley, segundo, puesto que el convenio sigue los mismos lineamientos del contrato, como

¹¹² SIMENTAL FRANCO, Víctor A. “Contratos. Consideración entorno a su definición”, revista derecho privado, nueva época, año VII, núm. 21-22, septiembre 2008-abril 2009.pág. 104 disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf> visto el 9/01/14- 14:35hrs.

lo establece el **artículo 1859** del *Código Civil para el Distrito Federal* que estipula lo siguiente:

“Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

Queda en esa imposibilidad de ser, el instrumento jurídico para que regule la maternidad subrogada. Pero sin duda, el derecho mexicano de familia debe dar una respuesta concreta a esta situación, que se vive en la actualidad.

4.3.3 INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL.

Con todo lo anterior expuesto, se tiene que buscar una forma, razonable y posible para regular la maternidad subrogada. Si bien, el contrato y /o el convenio por su naturaleza, son imposible hacer uso de los mismos, sólo nos queda acudir a un ACUERDO DE VOLUNTADES, que sea validado ante una autoridad oficial.

La Real Academia Española, da los siguientes significados de la palabra acuerdo:

- “1. m. Resolución que se toma en los tribunales, sociedades, comunidades u órganos colegiados.*
- 2. m. Resolución premeditada de una sola persona o de varias.*
- 3. m. Convenio entre dos o más partes.*
- 4. m. Reflexión o madurez en la determinación de algo. Buen, mal, mejor, peor acuerdo.*
- 5. m. Conocimiento o sentido de algo.*
- 6. m. Parecer, dictamen, consejo.*

...

....

9. m. Arg. Pleno de ministros que se reúne para deliberar sobre asuntos de Estado por convocatoria del presidente.

10. m. Arg. Reunión plenaria por salas que celebran los miembros de un tribunal de justicia para resolver casos judiciales o administrativos.

11. m. Arg., Hond. y Ur. Conformidad que otorga el Senado a algunos nombramientos hechos por el poder ejecutivo.

12. m. Col. y Méx. Reunión de una autoridad gubernativa con uno o algunos de sus inmediatos colaboradores o subalternos para tomar conjuntamente decisiones sobre asuntos determinados.....”¹¹³

De los anteriores significados, se presume que el acuerdo puede ser un convenio, un contrato o un pacto, etc.; sin embargo, el acuerdo sobresale más que los dos anteriores. Por lo tanto una forma de plasmar el acuerdo hecho por dos o más personas es a través de un contrato o convenio, ahora bien, como ya se expuso anteriormente ese acuerdo de voluntades que llegarán a tener los padres solicitantes y la madre gestante, sobre la maternidad subrogada no podrá ser a través del contrato ni del convenio. ¿Pero si existe un acuerdo de voluntades, quién podrá regularlo para que sea válido?

En la iniciativa de ley que se presentó ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como en Puebla, se consideró el Instrumento Público Notarial, como forma de regular la maternidad subrogada.

Se debe entender por instrumento público notarial, como todo aquel documento autorizado por notario, a petición de parte interesada, en el cual, se hace constar declaraciones que tienen validez entre los participantes y ante terceros, el cual por intervención del notario se tiene como cierto y sirve de prueba en juicio y fuera de él.

¹¹³ Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=acuerdo> visto el 9/01/14- 18:00hrs.

Los instrumentos públicos, son: la escritura, el acta notarial, el testimonio, la copia certificada y la certificación.

Es así, que estas dos iniciativas pretenden que se haga un instrumento de maternidad subrogada, y lo refieren de la siguiente forma:

- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, revela que *“el instrumento para la Gestación Subrogada es el convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia del embrión o los embriones y, en caso de implantación, el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste, en beneficio de una o dos personas solicitantes, quienes manifiestan también su consentimiento para transferir uno o más embriones al útero de la persona gestante...”*¹¹⁴
- El Congreso de Puebla, refiere lo siguiente sobre el Instrumento para la Maternidad Subrogada: *“Instrumento ante un Notario, 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; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a*

¹¹⁴ Dictamen de la Ley de gestación subrogada, formato pdf. pág., 51, disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-4545221cd612526e661293473b35bc67.pdf> visto el 9/01/14-19:35hrs.

través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento.”¹¹⁵

Visto lo anterior, me queda más claro la definición de instrumento para la maternidad subrogada que emite el Congreso de Puebla, por ser más claro, al precisar que es un acuerdo de voluntades, sin fines de lucro; explica de forma breve la forma en que se llevará la maternidad subrogada, debido a que puntualiza la función de la madre gestante y de los padres solicitantes. En comparación al concepto que redacta la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, difiero en que se maneje la palabra convenio, ya que, a mí parecer la más correcta es acuerdo (aunque el fin sea el mismo); además de que habla de forma muy general, de cómo será llevada la maternidad subrogada.

Al ser el Notario Público el responsable de redactar este instrumento, por contar con fe pública, siento que este deberá de ser también un asesor, para que las partes se comprometan a cumplir con dicho acuerdo, esto en base a una ley clara y precisa que los legisladores deben de crear.

Por lo que puedo concluir que el instrumento de maternidad subrogada o gestación subrogada, es una forma idónea para tener un sustento legal en cualquier litigio futuro.

¹¹⁵ Iniciativa *Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de Puebla*, formato pdf. Disponible en www.congresopuebla.gob.mx visto el 09/01/14 -19:39hrs.

4.3.4 SOLICITUD ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR.

Buscar un medio válido para la maternidad subrogada cuesta mucho, debido a que, la misma ley tiene ciertas estipulaciones que no se pueden pasar por alto. Aunado a esto los legisladores deberán de buscar una forma apropiada para regular esta situación que día a día se da en el país y en el mundo.

Hablar de un proceso judicial, para solicitar la maternidad subrogada, es bastante complejo, ya que se tendría que ver qué tipo de juicio es el adecuado y establecer ciertas normas o modificaciones al Código Civil.

Claro es, como lo referí anteriormente, la maternidad subrogada es un asunto de carácter familiar y considero que, solicitar a un Juez de lo familiar la autorización o aprobación de la maternidad subrogada, mediante acuerdo o sentencia; sería, una estrategia para, de una vez, determinar todo lo referente a la filiación del bebé con sus padres biológicos.

En mi opinión, dicha solicitud sería a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, ya que no hay litigio alguno, y solamente se le estará solicitando al juez de lo familiar, la aprobación o autorización para iniciar con el procedimiento de lo que conlleva la maternidad subrogada. Indudablemente, su Señoría deberá corroborar la viabilidad de que sea procedente dicha solicitud, con base a lo establecido en la Ley de maternidad o gestación subrogada, que los legisladores expidan (obviamente a favor de la maternidad subrogada).

Es evidente que, una vez conocido el asunto de maternidad subrogada ante una autoridad judicial, y resuelto el asunto, no tendría por qué haber litigio alguno entre las partes en un futuro, ya que el juez, debe determinar, quiénes son los padres biológicos y jurídicos del recién nacido, así como que la mujer gestante deberá de entregar al recién nacido a los padres solicitantes y que estos correrán con todos los gastos desde la solicitud ante el juez de lo familiar hasta la recuperación total de la mujer gestante.

A pesar de todo, la carga de trabajo de los Tribunales es bastante y el procedimiento sería lento y posiblemente tedioso para los padres que ya han pasado por varios procedimientos de fertilidad sin ningún resultado y esto retardaría más y, tal vez, les negara la posibilidad de ser padres por no cumplir requisitos o se haría un trámite igual de burocrático que la adopción.

Lo único que se ocasionaría, sería recurrir a la clandestinidad, como actualmente se hace, para lograr que una pareja deseosa de ser padre y madre lo sean.

Es evidente que se está hablando de puros supuestos, pero cuyo fin es dar una posible solución para regular de forma correcta la maternidad subrogada, y evitar lo que tanto se teme: la comercialización y/o la clandestinidad de este método de reproducción asistida.

4.4 PROPUESTA.

LA FALTA DE LEGISLACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, no sólo en nuestra ciudad sino en todo nuestro país es un problema social y jurídico por su falta

de regulación, cuando en el mundo se está hablando y practicando lo que es la maternidad subrogada, gestación subrogada o como vulgarmente se dice, alquiler o arrendamiento de útero.

La realidad es que nuestra sociedad va cambiando y nuestras familias van transformándose conforme avanza el tiempo; por ende, el Derecho como buscador del bien común, debe ir transformando sus ordenamientos jurídicos para regular la conducta del hombre en la sociedad.

Es evidente que la ciencia va y sigue evolucionando constantemente; por tal razón, implica nuevos métodos y/o técnicas para la reproducción del hombre, cuando ésta no puede ser biológica y/o natural. Por qué negarle a una pareja o persona la posibilidad de ser padres, cuando no lo pueden ser por problemas de infertilidad o enfermedad; es posible que se genere una gran inconformidad y una posible violación a sus derechos humanos, incluidos en nuestra *Carta Magna* y Tratados Internacionales que le otorgan al hombre.

Muchos pueden prejuzgar la maternidad subrogada, como un egoísmo de quien solicita esta técnica de reproducción asistida; puesto que, si ya se buscó la forma de tener un hijo intentando con la inseminación artificial y/o fecundación *in vitro*, y aun así, no se logró un embarazo ¿Por qué no tener la opción de adoptar? En realidad sería una excelente opción para aquellas personas que no pudieron ser padres naturalmente; ya que existen una infinidad de niños que no cuentan con unos padres y un hogar digno.

Claro es, que esa opción no es la última para las personas que pueden acceder a la maternidad subrogada, ya sea de manera legal o clandestinamente, puesto que los seres humanos nos caracterizamos por ser egoístas y queremos que las cosas que nos rodean sean nuestras, me refiero a que cuando quieres y piensas en tener hijos, deseas que sean tuyos, o sea, tener hijos biológicos.

No dudo que algún ser humano, al no tener la posibilidad de tener un hijo genético, acuda a la adopción para cumplir esa parte fundamental de la existencia del hombre en la tierra. ¿Tener descendencia? Aunque suene algo totalmente egoísta, es un derecho natural que no se le puede negar a nadie, si bien es decisión de cada persona acceder a ese derecho, ¿por qué no crear una ley que permita la maternidad subrogada para cumplir esa ilusión?

Por tal razón, el paso de la adopción para una persona o pareja que todavía tiene la posibilidad de tener un hijo biológico, aunque la gestación del mismo lo lleve otra persona, actualmente resulta ser muy difícil; no solo psicológica sino económicamente; aun más, porque no se encuentra regulada la figura de la maternidad subrogada; esa simple razón, y la ilusión de tener un hijo que lleve su sangre y saber que es suyo; aunque algunos lo vean como egoísmo. En nuestra actualidad sucede, en mayor número, por lo que la creación de una ley que regule o contemple la maternidad subrogada debe de ser ya una realidad; ya que la ciencia avanza día con día, pero el derecho en este aspecto cada vez se torna más y más rezagado, porque hay que tener en consideración que el derecho no tiene lagunas, pero las leyes sí.

Indudablemente, el trámite de adopción es muy complejo y burocrático, razón por la cual las personas no quieren recurrir a esta opción, que si bien, se tiene que velar por el bienestar del menor, hace que personas que consideran la adopción como medio de tener hijos, deserten o recurran a las adopciones ilegales, a las que no se tiene ninguna certeza jurídica de que algún día te quiten al hijo que tanto anhelaste por no ser tuyo jurídicamente. Por otro lado, las personas siempre buscan a un recién nacido, por los prejuicios que tenemos como seres humanos, tales como que el niño o la niña no sepan que son adoptados, o que si son mayores ya tengan una educación o valores diferentes a los que los padres adoptivos, pretenden enseñarles, etc.

Así pues, la sociedad debe adaptarse a los cambios de la ciencia cuando éstos permitan resolver problemas no solo de infertilidad, sino de enfermedades genéticas, y todo aquello que ayude de gran manera a nuestra sociedad en el campo de la ciencia, por tal razón, la maternidad subrogada puede justificarse, por ser un derecho a la reproducción, garantizado en nuestra *Ley Suprema*. Del mismo modo, se deben cumplir reglas y requisitos que los ordenamientos jurídicos nos indican y la maternidad subrogada no es una excepción, primeramente, se expresará la voluntad de las partes para logran acuerdos, pero éstos deberán estar apegados a derecho y deberán respetar los derechos de los participantes de este método de reproducción asistida.

Es válido, hacer uso de los métodos de reproducción asistida para poder tener hijos, es legítimo considerándolo como un derecho recurrir a la maternidad subrogada, cuando por causas de infertilidad o enfermedades que pongan en peligro la vida de

la mujer, no pueda llevar la gestación de su hijo, o carezca de útero. Más no es válido, que una mujer renuncie a tener un hijo en su propio útero, por cuestiones de estética, por no enfrentar los dolores que trae consigo el parto, o simplemente que no quiera embarazarse, pero sí tener un hijo.

El objetivo de este trabajo, hacer viable legislar a favor de la maternidad subrogada, como un método de reproducción asistida, debido a la necesidad que exista una legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera íntegra todos los aspectos que trae consigo este método de reproducción, que sea clara y precisa, y acorde a las necesidades de la sociedad; que no se contradiga, con normas ya establecidas con anterioridad, para que no haya cabida a lagunas que puedan ser mal interpretadas.

Considerando lo anterior, presentaré una propuesta de los puntos esenciales que los legisladores, en su momento, deberán tomar en consideración para crear una ley, aplicarla e incluso que contenga sanciones.

PRIMERO: Se tendrá que hacer una reforma a la *Ley General de Salud*, para establecer qué son las técnicas de reproducción asistida, e incluir la maternidad subrogada como parte de éstas.

SEGUNDO: ¿QUIÉNES PUEDEN SER LOS SOLICITANTES? La pareja unida en matrimonio o concubinato, tal y como lo estipula el *Código Civil para el Distrito Federal*. Además que en la ley se deberá establecer la edad, los problemas de fertilidad de la pareja, y sobre todo, la manifestación que la mujer es incapaz de gestar, esto por ser el principal motivo que da origen a la maternidad subrogada;

problemas que deberán ser validados y avalados por una clínica que cuente con permisos de la Secretaría de Salud, para poder ser partícipes de la maternidad subrogada.

Este tema es aun más polémico cuando se habla del género lésbico-gay, pero así como, la misma ley le da acceso a los matrimonios a recurrir a la reproducción asistida para tener hijos, las parejas lésbico-gay tienen esos derechos por ser parte de la institución del matrimonio; porque hay que tomar en consideración que si una ley es creada en razón al sexo, color, idioma, tendencias sexuales, etc., por ese simple hecho se estaría hablando de discriminación y, por ende, serían contradictorias al derecho de igualdad del cual somos garantes.

Como anteriormente lo dije, las personas solteras también tienen derecho a acceder a este tipo de método de reproducción asistida, para no vulnerar su derecho constitucional a la reproducción. Sin embargo se tendrán que estipular claramente en una legislación, los requisitos que deberán cumplir, para ser partícipes de la maternidad subrogada.

TERCERO: LAS CÉLULAS REPRODUCTIVAS (ÓVULO Y ESPERMATOZOIDE).

Las células reproductivas deben pertenecer a los solicitantes, para evitar cualquier complicación, respecto a la filiación con el futuro bebé.

En caso que no se pueda utilizar el óvulo o esperma por causa de esterilidad, de una persona de la pareja, se podrá recurrir a la donación, ya sea en bancos de semen o de óvulos. Queda prohibido que la madre gestante sea la donadora del óvulo; esto para evitar cualquier vinculo biológico y jurídico con el recién nacido.

De ahí que la única forma en que se pueda dar la maternidad subrogada, con donación de las células germinales es de la siguiente forma:

- Cuando la madre sea estéril, e incapaz de gestar, pero que el esperma sea del esposo o concubino.
- Cuando la pareja sea fértil, pero la madre sea incapaz de gestar.
- Cuando el padre sea estéril, la esposa o concubina sea fértil pero incapaz de gestar.
- Cuando la pareja sea estéril e incapaz de gestar, se podrá recurrir a la donación de las células reproductivas.

CUARTO: ¿QUIÉN PUEDE SER LA MADRE GESTANTE? Esta es una parte muy importante y, para que los padres solicitantes tengan una mayor seguridad, de que no existirá ningún problema en el futuro, lo más recomendable es que sea un familiar de los solicitantes o cualquier persona que tenga un lazo de afecto con los solicitantes.

En caso de no existir los supuestos anteriores, podrá ser una tercera persona, la cual los interesados deberán de buscar, pero sin ninguna remuneración económica.

En cuanto al estado civil de la madre sustituta, puede ser soltera, casada o unida en concubinato. En caso de estar en los dos últimos supuestos, se deberá contar con el consentimiento expreso del esposo o concubino.

La edad de la mujer no importa, excepto que no sea menor de edad y que por su edad, sea apta para llevar el embarazo. Además de contar con el consentimiento expreso.

QUINTO: LA MATERNIDAD SUBROGADA DEBERÁ SER GRATUITA O ALTRUISTA. Esto, para evitar cualquier conflicto de de comercialización de este método de reproducción asistida.

Por su parte, los padres biológicos deberán cubrir todos los gastos que surjan desde que se inicie el procedimiento para que se lleve a cabo la maternidad subrogada, los gastos durante el embarazo, el parto, así como la recuperación de la madre gestante.

En caso de una complicación médica que repercuta en la madre gestante, los solicitantes y la madre gestante podrán llegar, a un acuerdo respecto a una compensación, que no será tomada como pago.

SEXTO: EN CASO DE UN ABORTO. Si, en algún momento del embarazo, surgiera alguna complicación que ponga en peligro la vida de la madre gestante, con previa consulta de los solicitantes, se podrá recurrir al aborto, en términos de lo establecido por el Código Penal. Ahora bien, si la mujer gestante llegara abortar, sin previo consentimiento de los solicitantes, responderá por los daños y perjuicios ocasionados, a la pareja solicitante.

SÉPTIMO: EMBARAZO MULTIPLE. Los legisladores deben de considerar, cuantos embriones serán transferidos al útero de la madre gestante. Debe permitirse el transferir, tres embriones como máximo, ya que sí los tres logran la gestación, se estaría hablando de un embarazo múltiple, y los solicitantes, deberán hacerse cargo de los bebés que resulten.

OCTAVO: MEDIO PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA. Como ya lo establecí anteriormente, tener un documento jurídico que sostenga quiénes son los padres solicitantes y quién es la madre gestante, es muy complicado; sin embargo, del análisis que anteriormente hice, cabe presumir que el instrumento notarial y la solicitud ante un juez de lo familiar, son dos formas idóneas para regular la maternidad subrogada, claro es, que los legisladores son los que deberán determinar cuál será la forma más adecuada para manejar esta situación.

NOVENO: ¿DÓNDE SE LLEVARAN ACABO ESTAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA? Debido a que, nuestro sector salud, no es el más moderno y peor aún, no cubre las técnicas de reproducción asistida como una de sus prioridades, la Secretaría de Salud deberá delegar estos servicios a instituciones privadas de las cuales, deberán vigilar, la calidad de sus servicios, la igualdad entre sus pacientes; la no discriminación por cuestiones sociales, culturales e inclusive económicas; además de vigilar los precios respecto a sus servicios.

DÉCIMO: LA PAREJA O PERSONA SOLICITANTE Y LA MADRE GESTANTE, DEBERÁN ACUDIR A SESIONES PSICOLÓGICAS. Los participantes de este medio de reproducción asistida deberán acudir a las sesiones que sean necesarias, para hacer entender a los involucrados, en qué consiste la maternidad subrogada, así como hacerle ver a la madre gestante, que ella no es la madre biológica del bebé que crece en su vientre, sino que es el medio para traer a la vida el hijo de otras personas, y que fue su voluntad aceptar dicho hecho.

DÉCIMO PRIMERO: SITUACIÓN JURÍDICA DEL RECIEN NACIDO. El estado civil de los menores que nacen como consecuencia de la práctica de la gestación subrogada es otro asunto sobre el cual se debe reflexionar, para que a la hora de legislar se tengan en cuenta todas estas circunstancias.

El certificado de nacimiento, el cual es el primer documento oficial que relaciona a la madre con el recién nacido, como lo refiere el artículo 54 del Código Civil vigente en el Distrito Federal mismo que estipula lo siguiente: El certificado de nacimiento debe ser suscrito por médico autorizado o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido por la Secretaría de Salud del D.F., el cual hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad.

En este entendido, la madre biológica o solicitante podrá registrar a su hijo, el médico debe especificar en el certificado de nacimiento el nombre de la madre biológica no así el de la madre gestante.

El acta de nacimiento, así como todos los derechos y obligaciones del hijo nacido a través de esta técnica, serán igual a los nacidos de forma natural.

Los padres tienen las mismas obligaciones con los hijos nacidos por estos métodos de reproducción asistida, tal como los hijos nacidos de forma natural o los adoptados.

En caso de muerte o separación de los solicitantes, antes o después de nacer el bebé, deber quedar estipulado, a quién corresponderá la guarda y custodia, o la tutela, en caso de que se dé, el primer supuesto.

Para finalizar el presente trabajo, es viable decir, que nuestro derecho debe ir modificándose de acuerdo a las necesidades de la sociedad, sea prohibiendo o permitiendo ciertas conductas. Además, nuestro derecho familiar debe ser más amplio para abordar todos los temas que puedan ir surgiendo, debido a la evolución que van sufriendo las familias en nuestra ciudad, país y en el mundo entero.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La mujer en la antigüedad, era un símbolo de procreación, ya que a través de ella surge la vida de otro ser, pero cuando la mujer no podía concebir, era discriminada e inclusive recibía castigos y era rechazada por la sociedad, su familia y sobre todo de su pareja. Si una mujer no podía tener hijos, no merecía ser llamada mujer, y esto se dio en todas las culturas, tanto en México como en el mundo. Una figura machista que, en la actualidad, se sigue dando en nuestra sociedad.

SEGUNDA.- Gracias a los avances científicos y tecnológicos, hoy se sabe que las causas de infertilidad y esterilidad, no se dan sólo en la mujer sino también en el hombre. Estas enfermedades pueden ser originadas por diferentes factores, pero algunos pueden revertirse con tratamientos médicos. Sin embargo, existen factores biológicos que impiden la fecundación normal, por lo que se debe recurrir a las técnicas de reproducción asistida, así las personas pueden ser padres y madres con ayuda de la ciencia. Sin embargo, hay ocasiones que ni esto funciona, por lo que la única posibilidad de tener hijos, sería a través de la maternidad subrogada.

TERCERA.- La maternidad subrogada ya se ha practicado es así el caso de “Baby M”, nombre que dio la justicia norteamericana a la niña nacida por un contrato de “maternidad subrogada”, donde dicho contrato fue revocado por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey. Por consiguiente, el uso de la maternidad subrogada, debe de tener una regulación más amplia, que la celebración de un simple contrato entre particulares para evitar futuros litigios. Pero esto no impide que se pueda legislar a

favor la maternidad subrogada, más porque ya es una necesidad, no un capricho de la sociedad.

CUARTA.- Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, ya que dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, religiosos, etc., es decir, la familia es el núcleo de toda sociedad donde surge los verdaderos valores y principios que tenemos como personas; sin embargo, el formar una familia con un hijo nacido de la maternidad subrogada, no implica alguna o impedimento, para formar parte de una familia y de una sociedad. No tener un embarazo, no significa que no puedes ser madre ya que, como reza el dicho popular “madre y padre no son los que engendran sino los que cuidan y te protegen”; por consiguiente, el que una mujer no lleve en su vientre a su hijo, no significa que no lo sea, ya que biológica y genéticamente, lleva su sangre, al igual que la de su padre.

QUINTA.- Existen circunstancias que se debe tener en cuenta para legislar sobre la maternidad subrogada, factores que originan que se ponga en práctica este método de reproducción asistida, como lo es, que la mujer solicitante sea incapaz de gestar; aunado a esto, que las células reproductivas sean de los padres solicitantes y sólo en situaciones de esterilidad de ambos solicitantes, se dé la donación de dichas células; para evitar así la práctica indebida de esta técnica de reproducción asistida.

SEXTA.- Sin duda alguna, la mejor forma de llevar a cabo la maternidad subrogada, es que una pareja solicite este tipo de técnicas para procrear, ya que el apoyo entre

sí es fundamental para la salud emocional tanto de los solicitantes como del futuro bebé, por el hecho de nacer en una familia constituida tal vez por una figura paterna y materna.

SÉPTIMA.- En muchas partes del mundo, se está practicando la maternidad subrogada como una opción más, para que personas que desean ser padres lo puedan ser, con base a una ayuda no sólo de la ciencia, sino de una tercera persona. Sin embargo, muchos lucran con el sueño de aquellas personas que están deseosas de tener un hijo; por lo que realizar esta técnica de reproducción pone en tela de juicio su uso, ya sea por que en algunas circunstancias hay un lucro de la madre gestante y/o problemas de parentesco que surgen nacido el bebé. Ahora bien la única forma de erradicar esta situación es legislando a favor o en contra de esta conducta. Tal como Alemania, España, Francia, que en la actualidad se sabe que prohíben el uso de la maternidad subrogada. Por el contrario, países como Brasil, India, Rusia, Canadá, permiten esta técnica, con lineamientos específicos, para evitar el uso indebido de la maternidad subrogada.

OCTAVA.- La maternidad subrogada en nuestro país, puede ser tema novedoso; sin embargo, el estado de Tabasco lleva años permitiendo el uso de la maternidad subrogada tanto en su sociedad como en su legislación. Aunque se permite el uso de madres sustitutas en esta entidad, cabe señalar que existen muchas lagunas en su aplicación, dado que no especifica cómo se va a regular o qué acto jurídico va a respaldar la práctica de la maternidad subrogada. Por ende, al momento de legislar a favor de la maternidad subrogada en el Distrito Federal, deben los legisladores

asegurarse, que todos los factores que conllevan el uso de este método de reproducción asistida, estén contemplados y especificados en la ley. Por ende, en esta investigación se contemplaron los supuestos y factores que se deberán de tomar en cuenta para así proponer, que se legisle a favor de la maternidad subrogada.

NOVENA.- Nuestra sociedad va transformándose ante los cambios, sociales, culturales, religiosos, políticos, etc.; sin embargo, la conducta del hombre en la sociedad sigue siendo regulada y sancionada a través del Derecho, a través de sus ordenamientos legales y tribunales que lo hacen valer; pero así como la sociedad cambia, el Derecho también debe modificarse, salvaguardar la paz y armonía de dicha sociedad como objetivo principal; por tal razón, al ser parte la maternidad subrogada como una conducta que nuestra sociedad está adoptando como medio para procrear, el Derecho debe velar por los intereses de todos los involucrados en esta actividad, para regularla conforme a las necesidades verdaderas del hombre. En consecuencia, los encargados de velar por el bien común de esta sociedad, deben legislar de forma correcta esta situación para así evitar problemáticas en torno a esta técnica de reproducción asistida, para evitar posiblemente una comercialización de la maternidad subrogada o situaciones que se consideren ilícitas en el futuro.

Por eso, es tan importante legislar sobre esta materia, sin retrasar más este tema, porque el uso de la maternidad subrogada no se detiene, al contrario va en aumento, en nuestro país y en el mundo.

GLOSARIO.

Células reproductivas: Las células reproductoras humanas son las células sexuales o gametos, es decir, óvulos y espermatozoides.

Cigoto: Se denomina cigoto o huevo a la célula resultante de la unión del gameto masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (ovocito) en la reproducción sexual, el cual contiene el ADN de los progenitores.

Desiderátum: Del lat. *desiderātum*, lo deseado. Aspiración, deseo que aún no se ha cumplido.

Embrión: El embrión es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero de la madre. En el caso específico del ser humano, el término se aplica hasta el final de la octava semana desde la concepción (fecundación). A partir de la octava semana, el embrión pasa a denominarse feto.

Espermatozoides: Es la célula reproductora sexual masculina o gameto masculino encargada de fecundar al óvulo, aportando la información genética complementaria a la de la célula femenina.

Espermios: Sinónimo de esperma, espermatozoario, espermatozoide.

Ginecólogo: Médico que ejerce la Ginecología.

Ginecología: Del griego γυναικα gynaika "mujer", que significa literalmente ciencia de la mujer y en medicina hace referencia a la especialidad médica y quirúrgica que trata las enfermedades del sistema reproductor femenino (útero, vagina y ovarios).

Obstetra: Médico especialista en el embarazo y el parto.

Óvulo: Los óvulos son las células sexuales o gametos femeninos. Son células grandes, esféricas e inmóviles.

Parteras: Partera o matrona, es la persona que se encarga del cuidado de la salud de las mujeres durante el embarazo, de la asistencia al parto y seguimiento del posparto.

Procrear: Del lat. *Procreāre*. Engendrar, multiplicar una especie.

Semen: Del latín semen, «semilla» o esperma. Es el conjunto de espermatozoides y sustancias fluidas que se producen en el aparato genital masculino. El semen es un líquido viscoso y blanquecino que es expulsado a través de la uretra durante la eyaculación.

Útero: También denominado matriz, es el órgano de la gestación y el mayor de los órganos del aparato reproductor femenino de la mayoría de los mamíferos, incluyendo los humanos.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

1. BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *et.al.*, *Derecho de Familia y Sucesiones*, editorial Oxford, 2005.
2. BERNALES ALVARADO, Manuel, *et.al.* *Bioética compromiso de todos*, ediciones Trilce, Uruguay, 2003.
3. BOSSERT G. Y ZANNONI E., *Manual de Derecho de familia*, 2da edición, editorial Astea, Buenos Aires Argentina, 1990.
4. BRENA SESMA, Ingrid, *El derecho y la Salud. Temas a reflexionar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
5. CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, José María Boch S.A., 1995.
6. CAREAGA PÉREZ, Gloria, *et.al.* *Ética y Salud Reproductiva*, Miguel Ángel Porrúa Programa Universitario de Estudios de Genero, México, 1998.
7. CASTELO BRANCO, Camil. *et.al.* *Sexualidad Humana: una aproximación integral*, editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2005.
8. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *El derecho en la Familia*, editorial Porrúa, México, 1997.
9. GAFO, JAVIER. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Camillas, Madrid, 1993.
10. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981.
11. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, editorial Porrúa, México 2002.
12. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la Filiación*, editorial Jurídica de Chile, 1993.
13. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué es el Derecho de Familiar?* Promociones jurídicas y culturales, S.C. México, 1992.

14. HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, Clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, editorial Porrúa, México, 1999.
15. MARÍN VÉLEZ Gustavo Adolfo. El arrendamiento de Vientre en Colombia, Editorial Universidad de Medellín, primera edición, Colombia, 2005.
16. MATORAS WEINING, Roberto, et.al. Tratado de Reproducción Humana para Enfermería, editorial Medica Panamericana, 2008.
17. MELO, Julieta, et.al. Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga, cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente, editorial Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia, 2007.
18. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La Filiación, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 1986.
19. MORAN DE VICENZI, Claudia C. El concepto de filiación en la fecundación artificial, Universidad de Piura y Ara editores, colección jurídica, Perú, 2005.
20. RODRÍGUEZ SHADOW, María J. “La Mujer Azteca”, Universidad Autónoma del Estado de México, cuarta edición, 2000.

LEGISLACIÓN.

- Código Civil del Estado de Tabasco, Editorial Sista, 2013.
- Código Civil del Distrito Federal, Editorial Sista, 2013.
- Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, Editorial Sista, 2013.
- Código Civil Federal, Editorial Sista, 2013.
- Código Penal del Distrito Federal, Editorial Sista, 2013.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, 2013.

OTRAS FUENTES.

- ARÁMBULA REYES Alma, Investigadora Parlamentaria, *Centro de Documentación y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Maternidad Subrogada*. Agosto, 2008. formato PDF disponible en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Bioética en la Red: Plataforma surgida en 2001 dedicada a publicar Artículos, libros, revistas, noticias así como legislación a nivel internacional sobre Bioética. Disponible en: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014
- Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf
- <http://instituto.congresomorelos.gob.mx/iil/investigaciones/LI/OTJ/4.pdf>
- Iniciativa Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de Puebla, formato pdf. Disponible en www.congresopuebla.gob.mx
- Iniciativa con Proyecto de Decreto por que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, consultada en: <http://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada>
- Iniciativa de Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal, disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf>
- Iniciativas presentadas en la LXII Legislatura Turnada a Comisión, (Cámara de Diputados) disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130409V.html#Iniciativa10>
- La Biblia Latinoamericana, Antiguo Testamento, Génesis 15-16.
- LUNA, Florencia. Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José C.R., 2008. . Disponible en formato PDF: <https://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2008/Libro%20.%20Reproduccion%20asistida.pdf>
- MASSINI CORREAS, Carlos. Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana Formato pdf.. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/404/7.pdf>

- MENDOZA GARCÍA, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pág. 80. Disponible en biblioteca-fes.aragon.unam.mx: <http://132.248.9.195/pd2001/296978/Index.html>
- MIR CANDAL, Leila. La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Formato PDF, disponible en http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf
- Revista Ciencias Biomédicas. Maternidad subrogada, febrero 2011, Formato pdf. disponible en el sitio web: <http://revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciabiomed/article/viewFile/65/60>
- Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22- nº 1 - Enero-Febrero 2005, Formato pdf. Disponible en: <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Ferti-En-Feb05-Trabajo1.pdf>
- Revista Nomadías, noviembre 2011, número 14. Maternidad subrogada en India. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233>
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Diana. Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado, nueva serie, núm. 11, sección doctrina, 2005. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm>
- SIMENTAL FRANCO, Víctor A. Contratos. Consideración entorno a su definición, revista derecho privado, nueva época, año VII, núm. 21-22, septiembre 2008-abril 2009. disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr4.pdf>

PÁGINAS DE INTERNET.

- Blog Sobre la Maternidad Surrogada, disponible en <http://maternidadsubrogada.net/?p=77>
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad>
- Fertility Consulting, sitio web: <http://www.vientrealquiler.com/index.php/es/noticias/1828-la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler>

- <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/284/1281/articulo.php?id=5709>
- http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/reproduccion_asistida_al.pdf
- Inter Press Service, Agencia de noticias. Disponible en <http://www.ipsnoticias.net/2013/03/argentina-legalizara-la-gestacion-por-sustitucion/>
- Maternidad Subrogada <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Maternidad subrogada, Formato PDF. Pág. 18. Disponible en: <http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>
- Nota del diario El País, disponible en: http://elpais.com/diario/2008/06/27/sociedad/1214517602_850215.html
- Nota <http://noticierostelevisa.esmas.com/nacional/548667/crece-infertilidad-mexico/>
- Nota, de Noticieros Televisa, disponible en: <http://noticieros.televisa.com/mundo/1308/abuela-53-anos-da-luz-sus-propias-nietas-gemelas/>
- Para profundizar, <http://www.luisabaron.com/?p=316>
- TIPOS DE FAMILIA. <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21897/Capitulo2.pdf>